

# La ilegitimidad de la privación de libertad de las personas menores de edad no punibles

Un enfoque desde el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia nacional



*Pablo Glanc*

## Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad demostrar que los regímenes jurídico y criminológico vigentes no permiten legitimar la privación de libertad de personas menores de 16 años en conflicto con la ley penal.

En la actualidad, aún hay sendos tribunales que sostienen la posibilidad de privar de su libertad a un/a niño, niña o adolescente (NNA) menor de 16 años tras la presunta comisión de un ilícito; para ello, suelen basarse en que –tras haber tenido la oportunidad de hacerlo– la inconstitucionalidad de la Ley N° 22278 no fue declarada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que el artículo 19 de la Ley N° 26061 permite la privación de libertad de NNA –de conformidad con la normativa vigente– y que la legislación actual permite la adopción de medidas tutelares sobre las personas menores de edad, siendo una de ellas su privación de libertad.

En virtud de lo antedicho, propongo dos ejes diferenciados y complementarios para abordar la problemática: la privación de libertad no puede sostenerse ni como medida cautelar en el marco de una investigación penal, como así tampoco en virtud de una supuesta medida tuitiva que pretenda ser en favor del/ de la joven en cuestión. Las diferentes argumentaciones son complementarias, y su orden en este trabajo no representa prevalencia de una sobre la otra, sino mera enunciación.

## La ley penal. Inimputabilidad (o no punibilidad)

En este apartado hemos de analizar si la legislación actual permite sostener una privación de libertad cautelar en el marco de una investigación penal; para ello, se ha de tener en cuenta la legislación internacional y nacional, doctrina y jurisprudencia. Pero empezaremos por lo básico, esto es, el Decreto Ley que sancionó Videla en 1980, y que específicamente modificara Bignone en 1983 que sigue rigiendo el fondo de la materia. Así, el artículo 1º de la Ley N° 22278 establece que

Artículo 1º.- 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.

La norma en cuestión es clara: no puede ejercerse la ley penal hacia una persona menor de 16 años. Así, la legislación fija *iure et de iure* un límite infranqueable a la persecución penal, y toda investigación criminal que tenga como sujeto activo a un NNA menor de 16 años culminará, indefectiblemente, en su sobreseimiento. Esto es así pues la ley prevé que, de no haber alcanzado los 16 años, los jóvenes carecen de susceptibilidad de ser reprochados penalmente por un hecho ilícito, lo que implica que tampoco puedan ser alcanzados por medidas cautelares que tenderían a dar cumplimiento a una posible condena al finalizar el proceso. Esta conclusión se colige de los distintos pronunciamientos internacionales y nacionales.

En el punto máximo de nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) establece la obligación del Estado de garantizar

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* (1989; el resaltado es propio).

La legislación actual, como decíamos, fija esa edad en los 16 años.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su Opinión Consultiva 17/02, sostuvo que

la inimputabilidad, desde la perspectiva penal [...] es la capacidad de culpabilidad de un sujeto. Si este carece de ella, no es posible formular en su contra el juicio de reproche que se dirigiría, en cambio, a quien es imputable [...] Se suele aceptar que carecen de esa capacidad los menores de cierta edad. Se trata de una valoración legal genérica que *no examina las condiciones específicas de los menores, casuísticamente, sino que los excluye de plano del ámbito de la justicia penal* (2002: 105, el resaltado es propio).

Los estándares internacionales de Derechos Humanos indican que todo NNA no punible debe ser excluido de la justicia penal. Este es el criterio que se desprende del precedente de nuestro máximo tribunal “García Méndez”, ocasión en la que resolvió “excluir la judicialización de los problemas que afectan a los menores no punibles [...], en consecuencia, cobra toda su magnitud el art. 40.4 de la Convención relativo a las ‘diversas medidas’ ajenas a los procedimientos judiciales” (CSJN, fallo García Méndez: 2008). Este punto ha sido profundizado recientemente por la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, que el 6 de febrero de 2020 afirmó que

una exégesis correcta de lo dispuesto en el art. 1 de la ley 22.278 determinar que, acreditada la edad del niño, niña o adolescente al momento del hecho, debe procederse a su desvinculación en los términos del art. 336, inc. 5, CPPN, al cese del trámite tutelar y a dar intervención a las autoridades establecidas por la ley 26.061 y a la justicia civil de ser necesario (Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala I; 2020).

En idéntico sentido se expresó la Sala III del mismo cuerpo colegiado, estableciendo que

parece claro que la competencia de los jueces penales de menores subsiste con fundamento legal solo en aquellos supuestos en los cuales se haya imputado un comportamiento susceptible de ser caracterizado como un ilícito a alguien respecto del cual resta verificar si se trata o no de un inimputable, esto es, en el caso de menores, si se encuentra dentro del límite de edad que el legislador establece para considerarlo absolutamente inimputable. Allí el artículo 1º de la mencionada ley (22.278) contempla lo que podría llamarse una tutela provisoria, o provisional, hasta tanto se verifique uno de los extremos que determinen que efectivamente se está frente a un menor inimputable (Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala III; 2018).

Por lo expuesto, la consecuencia lógica de la inimputabilidad de todo/a joven menor de 16 años tiene que ser su desvinculación de un proceso penal y no, en sus antípodas, su privación de libertad. Lo

contrario redundaría en un expansionismo punitivo que contraría el régimen de excepción a la privación de libertad, principio rector del régimen especial minoril, tal como ha quedado de manifiesto en las citas precedentes. Es que, si deviene jurídicamente imposible la imposición de toda condena, toda decisión –cualquiera fuera su fundamento– que prive de la libertad a un NNA inimputable en razón de su edad, contrariaría el principio de proporcionalidad que debe tener el derecho penal y se convertiría en una pena encubierta. Se daría la contradicción en la cual resultaría siempre e indefectiblemente más gravosa una decisión cautelar que aquella que finalice el proceso.

En el mismo sentido, pero desde diferente análisis, el artículo 37 de la CDN establece que

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. *La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda* (CDN, 1989, el resaltado es propio).

De esta manera, la Convención permite la privación de libertad de un joven, pero nos obliga, al mismo tiempo, a considerarla como medida excepcional, razón por la cual *su procedencia debe tener una interpretación totalmente restrictiva*. Siguiendo estos lineamientos, el artículo 19 de la Ley N° 26061 también prevé que “[l]a privación de libertad personal, entendida como ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no pueda salir por su propia voluntad, debe realizarse de conformidad con la normativa vigente”.

La única interpretación posible de las normas señaladas es aquella que emana del Comité Internacional de Derechos del Niño –organismo encargado de velar por las condiciones de vigencia de la Convención–<sup>1</sup>, el cual en la Observación General 24 ha establecido que

Los niños difieren de los adultos en su desarrollo físico y psicológico. Dichas diferencias constituyen la base de una menor culpabilidad y de un sistema separado con un enfoque diferenciado e individualizado. Se ha demostrado que la exposición al sistema de justicia penal causa daño a los niños, lo que limita sus posibilidades de convertirse en adultos responsables (Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General 24, 2019).

<sup>1</sup> Las condiciones de la vigencia de un tratado hacen referencia “a la situación existente al momento de la ratificación [y a] la interpretación que realiza cada uno de los órganos de aplicación de los instrumentos internacionales en su ámbito específico de competencia (informes particulares y generales, sentencias, opiniones consultivas, observaciones particulares y generales” (Gil Domínguez, Famá y Herrera, 2010: 27). En igual sentido, Bidart Campos (2001).

En base a ello,

*El Comité recomienda que ningún niño sea privado de libertad, a menos que existan problemas genuinos de seguridad pública o salud pública, y alienta a los Estados partes a fijar un límite de edad por debajo del cual los niños no pueden ser privados legalmente de su libertad, como los 16 años de edad (Comité sobre los Derechos del Niño, Observación General 24, 2019, el resaltado es propio).*

De la misma manera se ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos de las Américas, en la cual afirmó que

La Comisión estima que los Estados deben respetar y garantizar que los niños, niñas y adolescentes que no hayan cumplido la edad prevista para infringir las leyes penales no sean procesados por su conducta y mucho menos privados de su libertad (CIDH, 2011).

Así las cosas, no solo la Convención nos obliga a interpretar la privación de libertad de una manera restrictiva, sino que todos los organismos encomendados a su interpretación y control nos definen los alcances de dicha disposición: la privación de libertad nunca puede alcanzar a los jóvenes no punibles, pues ello sería una interpretación extensiva, y la privación de libertad quedará únicamente reservada para aquellos/as NNA punibles, en cuestiones que representen “genuinos problemas de seguridad pública”.

El andamiaje jurídico se complementa con lo establecido por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing<sup>2</sup>), que en su Regla 17.1 establece que

La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad; b) *Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible; c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada* (1989, el resaltado es propio).

---

<sup>2</sup> Adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

Entonces, para adecuarse a los criterios esgrimidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Argentina no debe privar de su libertad a una persona menor de edad si no ha sido condenado, razón por la cual en ninguna circunstancia podrá legitimarse una medida de esa naturaleza sobre NNyA que nunca podrán serlo.

No se ignora aquí que la mayoría de los casos donde se resuelve la privación de libertad de un/a joven no punible se trata de investigaciones que versan sobre hechos graves, en particular, homicidios dolosos de diferente índole. Sin embargo, no debe dejar de recordarse que nunca esos hechos podrían configurar delito alguno, pues justamente la legislación vigente y la teoría del delito nos pondrán un límite a la pretensión punitiva: no escapa al análisis de cualquier abogado que para que se configure un delito debe haber una acción típica, antijurídica y culpable; en el caso que analizamos, la ausencia de culpabilidad que acarrea la desvinculación de todo NNA menor de 16 años conlleva la carencia de reproche penal, por lo que toda medida en el ejercicio del poder punitivo deviene excesiva y, como aseveraba en la jurisprudencia precitada y en la normativa internacional reseñada, por fuera del marco legal vigente. Pero aún en delitos graves, como principio que rige la especialidad del fuero penal juvenil, la libertad de los NNA debe prevalecer.

Este es el criterio que ha sostenido la CNCCC, al resolver la exención de prisión de la imputada mayor de edad por hechos cometidos cuando era menor de edad, pero punible, aun cuando había sido declarada responsable del delito previsto y reprimido en el artículo 165 del CPN (homicidio en ocasión de robo) y había sido declarada rebelde. Al momento de otorgar la exención de prisión la CNCCC afirmó que

se trata de un proceso en que la persona ha cometido el hecho [...] cuando era menor de dieciocho años de edad y [...] lo único que resta decidir en este caso es si hay que aplicar una pena o no a la Señora A.A.D., pues ha sido declarada responsable de aquel hecho cometido cuando era niña y según la legislación interna vigente, no es imperativa la aplicación de una pena sino que esto tiene que ser estimado por el tribunal, lo cual lleva un examen de principios de proporcionalidad en el sentido de si, en estas condiciones especiales [...] se justifica una decisión que impondría su encarcelamiento [...] y corresponde conceder la exención (CNCCC, Sala de feria, 2008).

La Cámara de Casación entendió que, pese al hecho, no podía aseverarse que se imponga pena a la imputada (punible), razón por la cual la privación de libertad cautelar carecía de legitimidad y excedía la proporción que debe haber tanto en la pena con el hecho atribuido, como así también en aquellas medidas restrictivas que se impongan durante el proceso. Esta resolución es acorde a los lineamientos provenientes del derecho internacional de los derechos humanos que marcan las condiciones de la vigencia de los tratados internacionales signados por nuestro país; en este contexto, y teniendo presente el precedente jurisprudencial dictado hacia una persona menor de edad punible, la aplicación de dicha medida sobre un joven no punible sería perjudicar a las NNA por su minoridad.

En similar sentido, la gravedad del hecho atribuido nunca podría ser fundamento de una medida cautelar privativa de la libertad, en tanto y en cuanto nuestro máximo tribunal ya tiene dicho, aún en el caso de personas mayores de edad, que

en tales condiciones, la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas –por más aberrantes que puedan ser– como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad (CSJN, *Fallos* 303:267: 1998).

Finalmente, cabe hacer una aclaración. No escapa al suscripto que, en muchas ocasiones, la edad límite de 15 años, sumado a la comisión de un hecho grave, hacen que los magistrados sientan la necesidad de adoptar medidas restrictivas para poder, de alguna manera, llevar un mínimo de reproche penal. Esta situación no hace más que ir en contra de lo que la ley taxativamente dispone: el límite de 16 años para efectuar el reproche penal. Recordemos que, en su texto original, el Decreto Ley que signaran Videla y su Ministro de Justicia, Rodríguez Varela, ponía la edad de punibilidad en los 14 años; sin embargo, el dictador Bignone debió haber considerado que dicha franja etaria era muy represiva, por lo que la elevó en 2 años. En diversas ocasiones se ha evaluado en el Congreso Nacional, marco democrático por excelencia, bajar esa valla hasta los 14 años; hasta la fecha, no ha habido consenso político y social para ello, por lo que se impone la barrera de los 16 años para el funcionamiento del sistema penal. Lo contrario sería derogar la modificación realizada al Decreto Ley durante el régimen dictatorial y retomar aquel originario signado por el primer dictador que tomó de facto la presidencia del país.

## **La privación de libertad como medida “en favor” de las personas menores de 16 años**

En otra línea argumental, la privación de libertad de las personas menores de 16 años suele encontrar fundamento en el marco de los legajos tutelares, como medidas abordadas “en favor” del/ de la joven bajo disposición; así, no se las nomina como medidas cautelares o prisión preventiva, sino que encuentran la denominación de “internación en lugares de puertas cerradas”. Corresponde, a esta altura del análisis, examinar dicha fundamentación y mentada denominación.

La internación. En primer lugar, es dable destacar que toda resolución judicial que implique la restricción a su libertad ambulatoria y ordene a una persona que no puede retirarse de una determinada institución, está privándola de su libertad, más allá de la nominación que intente ponerle, pues por

más que se asevere que se adopta dicha medida “en su favor”, lo cierto es que la restricción a la libertad ambulatoria resuelta por un juzgado penal como consecuencia directa de su intervención por la investigación de un ilícito no es otra cosa que una privación de libertad, así sea en una institución con esa finalidad específica, o incluso en su propia vivienda. La única modificación se encuentra en la nominación, lo que no hace más que enmascarar la privación de libertad con otro nombre para intentar darle un marco normativo inexistente. Ya el máximo tribunal ha establecido que

otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son “dispuestos”, “*internados*” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”. Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos (CSJN, “Maldonado”, 2005 el resaltado es propio).

Este criterio ha sido confirmado por el Comité de Derechos del Niño que, en su Observación General 24/2019, estableció que se

define la privación de libertad como “cualquier forma de detención o encarcelamiento o la colocación de una persona en un entorno de custodia pública o privada, de la cual no se le permita salir a voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública” (CDN, OG. 24, 2019).

Bajo esta concepción, tendríamos que preguntarnos cómo es posible concebir el encierro de una persona menor de 16 años como una medida “en su favor”. Esta línea de pensamiento solamente puede encontrar asidero en la “doctrina de la situación irregular”, que actualmente no se encuentra vigente y que no puede ser utilizada para privarlo de su libertad. Más aún, se trata de un paternalismo estatal que deja de lado los más elementales derechos constitucionales, tanto a la autonomía personal, la privacidad, y la defensa en juicio (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional). Tal como mencionara en otra oportunidad,

con sustento en esta doctrina, aún en el fuero penal, a los efectos de decidir sobre la vida y la libertad ambulatoria de los niños, niñas y adolescentes, dejaba de tener trascendencia el hecho imputado en sí y la posibilidad de reprochar penalmente una conducta, para dar lugar a las características personales del joven, causal que otorgaba –y otorga, como en el caso en estudio- fundamento a las decisiones judiciales restrictivas. Pónese a los jóvenes imputados bajo un supuesto ‘estado de peligrosidad’, que puede en cualquier momento dañar a terceros o a sí mismo (Glanc, 2020).



De esta manera, se impuso en Argentina –al igual que en la comunidad latinoamericana toda–<sup>3</sup> la doctrina de la “situación irregular”, a través de la cual

se otorgaron plenos poderes a los jueces como para disponer de los niños y jóvenes sometidos a su jurisdicción, y se hizo depender de sus condiciones personales, las de su familia y su entorno la decisión de otorgarles la libertad luego de cometer un delito, o de imponerles penas de prisión (Cesaroni, 2010: 46).

Así, se complementaba la entonces vigente Ley N° 10903 y se configuraba un derecho penal de autor donde los jueces y juezas de menores podían decidir sobre la vida de los NNA por su personalidad y no por sus actos. El derecho penal moderno dejaba su lugar, en estos casos, para dar paso a un paternalismo estatal que obviaba los derechos y garantías de los/as jóvenes. En palabras de nuestro Máximo Tribunal,

el régimen previsto en la ley 22.278 contiene un régimen penal de la minoridad que consagra un derecho penal de autor, en tanto prevé consecuencias jurídicas similares para menores que requieren tutela por encontrarse en ‘situación irregular’ como para quienes han realizado comportamientos ilícitos (CSJN, “GJL”, 2010).

De esta manera, aun con las mejores intenciones, se otorga la potestad a jueces y juezas de apartarse de las normas y garantías del procedimiento penal, para otorgar “libertad” al momento de abordar la problemática de los y las jóvenes en conflicto con la ley penal. Sin embargo, esa “libertad” del juez o la jueza se torna directamente proporcional con la imposibilidad de NNA de ejercer su derecho de defensa en juicio. Como decía Guemureman en su compilación, “la justicia de menores sería visualizada por sus usuarios más como una instancia apropiada para regular la conflictividad social, familiar e interpersonal, que como una instancia represiva” (2005: 120). Pero es justamente el carácter difuso de las medidas adoptadas lo que permite continuar discutiendo, aún en el año 2020, si una medida que obligue a un/a adolescente a ser privado/a de libertad puede ser adoptada “a favor” de una persona. Entiendo contundente el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, que a fin de dar por tierra con la “función manifiesta”<sup>4</sup> del fuero penal juvenil, aseveró que

con el pretexto de proteger los derechos del joven L.A.G. se lo sujeta a la justicia criminal sin una norma que lo habilite [...] la continuación del trámite tutelar luego de la decisión impugnada es ilustrativa de lo insatisfactorio e ineficaz de la intervención de la jurisdicción penal (CNCCC, Sala I, “G., L.A.”, 2020).

<sup>3</sup> Conf. CSJN “Maldonado”, Recurso de hecho, c/n 1174.

<sup>4</sup> “En Sociología, es clásica la distinción que la teoría funcionalista establece entre función manifiesta y función latente. La primera incluye los objetivos que se buscan de manera explícita y declarada. La segunda implica los efectos no buscados o no deseados de una acción o actividad social” (Guasch, 2000: 77).

Con la reforma constitucional de 1994, se incorporó a la Carta Magna la Convención sobre los Derechos del Niño y, con ella, se impuso un cambio de paradigma: la protección integral de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Posteriormente, y como señala la CSJN, “recientemente nuestros legisladores, en el mismo sentido de las recomendaciones de las Naciones Unidas, derogaron la ley 10.903 ‘Agote’, y la reemplazaron por la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” (CSJN, “Maldonado”, 2005). De esta manera, los niños, niñas y adolescentes dejaron de ser considerados objetos de tutela, para ser sujetos plenos de derecho. El modelo de la protección integral de derechos parte de un principio básico, que no está de más expresar: las niñas, niños y adolescentes no solamente *tienen todos los derechos de las personas adultas, sino que, a su vez, tienen un plus de derechos que emergen de la situación particular de la vida en la que se encuentran, que los ponen en una situación de vulnerabilidad.*<sup>5</sup> De esta manera, la especialidad del fuero de responsabilidad penal juvenil debe cesar en su poder discrecional para la toma de decisiones, y debe fundarse en las normas penales y procesales del debido proceso, a lo que debe agregarse todos los derechos y garantías propios de los niños, niñas y adolescentes en virtud del estado de vulnerabilidad que su edad, de por sí, los coloca. Lo contrario sería continuar con una doctrina que tiene como base la discreción y la anulación de las reglas del debido proceso.

Por otro lado, tomando en cuenta el momento vital en el que se encuentran, los conflictos de los NNA con la ley penal deben ser abordados, en la mayor medida posible y tal como se aseverara previamente, por fuera de la jurisdicción criminal; allí donde no se pudiere, la especialidad del fuero debe tender hacia la reparación y las medidas alternativas para resolver estos conflictos que eviten la privación de libertad. Es que las

medidas impuestas a adolescentes y a niños, cuando configuran institucionalizaciones, tienen los efectos deteriorantes de las instituciones totales considerablemente agravados porque el deterioro institucional es mucho mayor en un sujeto en edad evolutiva que en un adulto. La prisionización de niños y adolescentes, llevada a cabo con el nombre que sea, provoca deterioros irreversibles, pues no tiene un efecto regresivo, como en el adulto, sino directamente impeditivo de la evolución más o menos común de la persona (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2000: 178).

En este contexto, la privación de libertad ordenada judicialmente no podría ser considerada una medida a favor de una persona, puesto que se enmarcaría en un paternalismo que evade la participación de los NNA en las decisiones sobre su vida. Y si evaluamos la forma de vida que está llevando el joven, no hacemos más que ingresar en la doctrina de la situación irregular, largamente criticada.

<sup>5</sup> Esta ha sido la jurisprudencia de la Corte IDH en “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México” Excepción preliminar, fondo reparaciones y costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, N° 205, en “Masacre de las dos R vs. Guatemala”, del 24 de noviembre de 2009, serie C, N 211, párr. 189, y en la OC 17/02, p. 54.

Por otro lado, al momento de su sanción, la Ley N° 26061 –la última legislación específica que se ha sancionado respecto de los derechos de niñas, niños y adolescentes– determinó una división de funciones: mientras que el fuero penal tendrá a su cargo la investigación de delitos criminales, será el Poder Ejecutivo local quien tenga a su cargo la política y ejecución (valga la redundancia) de aquellas medidas que tengan como finalidad la restitución de derechos vulnerados. Ha dicho ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación que

el texto de la ley 26.061 permite afirmar, sin mayor esfuerzo interpretativo, que la política de protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes ‘debe ser implementado mediante la concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios [...] en la elaboración de a) políticas, planes y programas de protección de derechos [...] c) recursos económicos [...] c) medidas de protección de derecho (arts. 32 y 33)’ [...] la interpretación de la ley 22.278 no debe ser efectuada en forma aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática (CSJN, “García Méndez”, 2008).

En algunos casos, dichas medidas, por representar también una restricción de derechos, deben ser controladas por la justicia civil. Sin embargo, en relación a las medidas a favor de este grupo en situación de vulnerabilidad, la normativa fija un claro estándar: “En ningún caso las medidas a que se refiere el artículo 33 de esta ley podrán consistir en privación de la libertad” (art. 36). Las medidas a las que hace mención el artículo 33 son aquellas de protección y restitución de derechos, es decir, *a favor* de los niños, niñas y adolescentes.

Una errada lectura de la normativa en cuestión nos haría dirigir únicamente este principio rector a la Administración. Esto no sería más que un absurdo, o más bien, presumir que los/as legisladores/as han sancionado una obviedad, pues nunca la Administración puede privar de su libertad a un NNA. La única y armónica interpretación posible es que la Ley ha dejado en claro que la privación de libertad de NNA no puede utilizarse como pretexto para la restitución de sus derechos.

## Conclusiones

A lo largo del presente se ha tratado de demostrar que el andamiaje jurídico actual prohíbe la privación de libertad de personas menores de edad no punibles. El derecho internacional de los derechos humanos forma una barrera contundente e implica la obligación del Estado argentino de abordar toda problemática de una persona menor de 16 años por fuera del sistema penal, con intervención, en su caso, del sistema de protección de derechos. Si bien una rápida lectura del Decreto Ley N° 22278 nos haría pensar que la adopción dicha medida es posible, lo cierto es que una interpretación armónica de toda la legislación nacional e internacional vigente obtura la posibilidad de que ello ocurra.

Para ello, ha de tomarse siempre en cuenta que la privación de libertad de un/a NNA no punible nunca podrá ser una medida cautelar a fin de garantizar el objeto de la investigación, pues la edad de la persona en cuestión sella su suerte, corta la teoría del delito y obliga a la desvinculación del/ la joven. Así, una medida cautelar privativa de la libertad de un/a joven no punible siempre resultaría una pena encubierta e ilegítima, pues sería más gravosa que el mismo objeto del proceso que se buscaría garantizar.

Por otro lado, la adopción de una medida de protección que tenga como fin la privación de libertad de una persona menor de edad no punible se enmarcaría en un paternalismo estatal propio de la política criminal diseñada por la última dictadura, que ignora no solamente las recomendaciones internacionales de los organismos específicos, sino también la obligación de la Administración local de reparar toda forma de vulneración de los derechos del colectivo en cuestión. Las medidas de protección deben ser desarrolladas por los Poderes Ejecutivos locales, que son aquellos que contarán con conocimiento del territorio, presupuesto y personal para llevar a cabo las políticas de niñez y adolescencia en general, y de los/as jóvenes con derechos conculcados en particular. Lo contrario sería una intromisión judicial en la democrática división de funciones, que terminaría cercenando derechos bajo el pretexto de defenderlos. La discrepancia de criterios, e incluso la posible inacción del Poder Ejecutivo no podría nunca dar lugar a la peligrosísima noción de actuación supletoria de la justicia penal juvenil.

## Bibliografía

- Anitua, G. I. (2005). *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Bidart Campos, G. J. (2001). *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: Ediar.
- Cesaroni, C. (2010). *La vida como castigo. Los casos de adolescentes condenados a prisión perpetua en la Argentina*. Buenos Aires: Norma.
- Gil Domínguez, A.; Famá, M. V. y Herrera, M. (2010). *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Ediar.
- Glanc, P. (2020). Las disposiciones tutelares de jóvenes inimputables. De la situación irregular al paradigma de Protección Integral de Derechos. En Análisis del Derecho Penal y Procesal Penal. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 4.
- Guasch, O. (2000). *La crisis de la heterosexualidad*. Barcelona: Laertes.
- Guemureman, S. (2005). *Érase una vez... un tribunal de menores. Observatorio de demandas y respuestas judiciales en los tribunales de menores de la Provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Vianna, A. (2007). *El mal que se adivina. Policía y minoridad en Río de Janeiro (1910- 1920)*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Zaffaroni, E. R; Alagia, A. y Slokar, A. (2000). *Derecho Penal, parte general*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2007). *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.

## Normativa y jurisprudencia internacional

Asamblea General de las Naciones Unidas (1985). Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). Informe sobre Justicia Juvenil y Derechos Humanos de las Américas.

Comité Internacional de los Derechos del Niño (2019). Observación General 24/19.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”. Excepción preliminar, fondo reparaciones y cosas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, N° 205.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Masacre de las dos R vs. Guatemala”, del 24 de noviembre de 2009, serie C, N 211, par. 189.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002). Opinión Consultiva 17/02.

## Normativa y jurisprudencia nacional

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala I, 2020, “G., L.A. s/ incidente de medidas tutelares”, nro. 38818/19/1.

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala III, 2018, “O., J. s/ incidente de medidas tutelares”, registro 1479/18, expediente número 48516/16/1.

Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala de Feria, 2018, “A.A.D s/exención de prisión” (c/n 500000071/2008/TO1/2/CNC/) resuelta el 24/7/2018.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “GJL”. G. 53. XLIV. Resuelta el 15/6/2010.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2008, “García Méndez” (*Fallos* 331: 2691).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2005, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado” causa N° 1174.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1998 “Nápoli” (*Fallos* 303: 267).

Decreto Ley N° 22278.

Ley N° 26061.