



**UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

Práctica Profesional Abogacía - Especial - Derecho Penal Juvenil.

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN**

**TÍTULO:**

“El Inconstitucional Expediente Tutelar. Solicitud de Cese. Recusación.  
Imposibilidad Probatoria”

**Profesor Regular Titular: MARTINIANO TERRAGNI**

**Comisión: N° 1309**

<b>Alumnos:</b>	Alonso Silvina Andrea	DNI 30.447.953
	Maneiro Juan Cruz	DNI 30.135.653
	Pasarin Carolina	DNI 20.451.222

## **INDICE**

1) Introducción: páginas 3; 4

2) Desarrollo: páginas 5 - 34

Expediente tutelar, facultad de disposición

Análisis de las leyes 10.903, 22.278 y 26.061 –teniendo en cuenta la Convención de los Derechos del Niño como marco normativo obligatorio

- Ley 10.903 – Doctrina de la situación irregular – Ley de Patronato – Ley Agote – 1919
- Ley 22.278
- Ley 26.061 – Ley de protección integral – 2005
  - Procedimiento estatuido en la Ley 26.061

Observaciones finales realizadas a la Argentina por el Comité de los Derechos Del Niño – Unicef- 9 de octubre de 2002

Marco normativo vigente en la Argentina, como se compatibilizan las leyes 22.278, ley 26.061, artículo 412 del Código Procesal Penal de la Nación y la Convención sobre los Derechos del Niño en relación a la facultad de disposición

Principio de imparcialidad –recusación-, debido proceso y defensa en juicio

Imposibilidad de utilización del expediente tutelar como medida probatoria

3) Conclusión: página 35

**“El Inconstitucional Expediente Tutelar. Solicitud de Cese. Recusación. Imposibilidad Probatoria”**

## **INTRODUCCIÓN**

Antes de comenzar a desarrollar la hipótesis planteada, explicaremos que es el expediente tutelar.

Asimismo, estudiaremos que significa y porque consideramos que ha quedado derogada la facultad de disposición que tenía el Juez Penal de Menores. Para poder arribar a tal consideración, realizaremos un análisis del marco normativo vigente al respecto en la República Argentina teniendo en cuenta las normas locales y las normas internacionales -normas internacionales que desde la reforma constitucional de 1994 han sido incorporadas al bloque de constitucionalidad, artículo 75 inciso 22 de nuestra ley suprema-.

Por otro lado, se expondrá cual es el criterio acorde a nuestra carta magna que debe seguirse en el tratamiento de los menores a fin de

resguardar sus garantías constitucionales como son el principio de imparcialidad, el debido proceso y la defensa en juicio.

Propugnaremos la desaparición del expediente tutelar de la vía penal; entendemos que lo adecuado sería que las secretarías tutelares con las que cuentan los actuales tribunales de menores dejen de existir, así como el sumario que llevan adelante.

Mientras tengamos en nuestra organización judicial el expediente tutelar -que aquí atacaremos- veremos como es imposible su utilización como medida probatoria útil a los efectos de adjudicarle o no responsabilidad penal a un niño, niña o adolescente.

A fin de tener sustento en nuestro planteo utilizaremos ciertas explicaciones doctrinarias y tendremos en cuenta la jurisprudencia, la cual hasta hoy -en su gran mayoría- nos es adversa, pero venimos generando desde la comisión "Derecho Penal Juvenil" del Centro de Formación Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, a cargo del Dr. MARTINIANO TERRAGNI.

Hemos de destacar que los planteos formulados -ante los tribunales de menores, de las diversas instancias que posteriormente analizaremos- radican en la inconstitucionalidad de la utilización de los expedientes tutelares; y mientras estos existan: **A)** en la imposibilidad de utilizar dichos expedientes como medida probatoria y **B)** en la recusación del juez de menores que intervenga en el expediente tutelar, quien entendemos no puede ser el mismo que intervenga en el actuarial; esto último implicaría una grave vulneración a la imparcialidad que se le exige a un juez.

Nos preguntamos: qué imparcialidad puede tener un juez quien -al momento de condenar o absolver, al momento de sobreseer o procesar a un niño, niña o adolescente- tiene acceso a un expediente actuarial en el cual, por ejemplo, el niño en su declaración niega haber participado del hecho investigado, pero -y por otro lado- ese mismo juez tiene la confesión del niño efectuada en el marco de una entrevista con un psicólogo, incorporada al expediente tutelar.

Finalmente, arribaremos a una conclusión sobre la temática objeto de nuestro estudio.

## **DESARROLLO**

### **Expediente tutelar, facultad de disposición**

El proceso de niños, niñas y adolescentes en la actualidad consta de dos expedientes:

1- Expediente tutelar: dicho expediente es un sumario donde se dispone un estudio del niño, niña o adolescente, estableciéndose sus condiciones personales, sociales y familiares; en él se constata donde y con quien vive el menor, se determina a que se dedican sus padres, que actividades desempeña el joven; por ejemplo, si tiene hermanos y si cuida de ellos, si estudia, en que ocupa su tiempo libre, si trabaja, etc.

2- Expediente actuario: el mencionado expediente describe la acción típica y antijurídica, incorporando elementos que sustentan la acción imputada o que demuestra la inexistencia de la misma. En este expediente se aporta la prueba que las partes consideran pertinente según cuál sea el rol asignado en el proceso, y se lleva adelante el reproche de responsabilidad, ajustándose el seguimiento de este sumario a los modos y formas establecidos en el Código Procesal Penal de la Nación.

Un punto crítico en el procedimiento judicial penal argentino aplicable a niños, niñas y adolescentes versa entorno a la sanción de la “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” (ley 26.061), la cual se halla en contradicción con la normativa, hoy vigente, de la ley 22.278 (aunque desde nuestra posición –y como a continuación explicaremos- abogamos fervientemente por la derogación tácita de parte de la normativa de la ley 22.278 desde la aparición de la ley 26.061) y la obligación del Estado Argentino de hacer cumplir las dispositivas de la Convención sobre los Derechos del Niño –la cual ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, desde la reforma constitucional de 1994-.

Desde 1994 nuestro país asumió la responsabilidad de referirse a los niños, niñas y adolescentes, como individuos portadores de los mismos derechos y garantías que se le reconoce a un adulto, pero con un plus extra que es otorgado por el mencionado instrumento internacional. La Convención sobre los Derechos del Niño establece que los niños no deben ser considerados incapaces o meros objetos del proceso, sino sujeto de derecho.

Hemos de destacar que en la ley 10.903 –derogada por la ley 26.061- vemos la aplicación del llamado modelo de la “situación irregular” donde el niño es considerado objeto de protección y no sujeto de derecho, por ende, en función de su situación económica y social es objeto de intervenciones estatales, bajo el argumento que el menor se encuentra en una situación de abandono material y moral y necesita protección. Esta ley permitió durante mucho tiempo que los jueces dispusieran de los menores; disposición que históricamente se materializó en internación o en cualquier otra restricción de los derechos de los niños, cada vez que el juez considerara que se encontraban en estado de abandono. Estas internaciones “detenciones” eran determinadas por el juez penal con fundamentos que se desprendían del expediente tutelar.

El artículo 21 de la ley Agote –ley 10.903- define al abandono material o moral y al peligro moral como: “la incitación por parte de los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a la salud física o moral, la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación de sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores, o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud”.

Como se puede apreciar esta base protectora y de tutela nada tiene que ver con el hecho delictivo que debe investigar un juez penal de menores.

De esta forma se confunden aspectos asistenciales con aspectos penales y se establece la misma intervención para chicos y chicas víctimas de delitos, imputados, condenados o con problemas socioeconómicos o familiares y se criminaliza a aquellos que no son imputados de delitos; nada más alejado de lo que impone la Convención sobre los Derechos del Niño.

La doctrina de la *“protección integral”*, constituye un cambio sustancial, determinado a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño; la cual sostiene que el niño no es un objeto a proteger, sino un sujeto de derecho con responsabilidades, derechos y obligaciones. Esto constituye un importante cambio con respecto a la postura de la *“situación irregular”* –instaurada en la *“ley Agote”*–.

La Convención sobre los Derechos del Niño diferencia claramente dos situaciones distintas entre sí: una es la de los niños imputados de delitos y otra la de niños que tienen sus derechos vulnerados.

Según nos indica la dicha convención ambas situaciones merecen diferentes tratamientos, la primera incumbe a la política criminal; la segunda es una cuestión de políticas sociales que el Estado debe abordar por otras vías diferentes de la justicia penal. Criterio que es seguido por la ley 26.061 la cual deroga la antigua ley Agote.

Entendemos que la existencia del expediente tutelar solo es compatible siguiendo la doctrina de la *“situación irregular”* y dado que hoy ha sido dejada de lado por la aplicación de la doctrina de la *“protección integral”* esto conlleva a la desaparición del expediente tutelar del mundo penal.

Los artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño que se refieren a los derechos de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal e instauran sus derechos y garantías son –en lo que aquí nos interesa– los artículos 12, 37 y 40.

Los mencionados artículos entran en juego con las garantías procesales, que a continuación se detallan:

**A) Principio Nullum Crimen Sine Lege:** Nadie puede ser penado por un delito que no haya sido plasmado en una ley con anterioridad a la comisión del hecho;

**B) Presunción de Inocencia:** Todo niño será considerado inocente hasta que se pruebe lo contrario mediante sentencia firme dictada en un debido proceso. Es decir que antes y durante el proceso penal se debe considerar que el niño es inocente;

**C) La obligación de información de los cargos que pesan contra el niño:** todo niño sometido a un proceso penal tiene derecho a ser informado acerca de la acusación que existe en su contra. Esta garantía mínima se refiere al conocimiento efectivo que debe tener el niño del hecho que se le atribuye;

**D) Derecho a ser oído durante el proceso:** derecho expresamente previsto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño;

**E) Garantía del debido proceso:** garantía que de no cumplirse, provoca la nulidad absoluta del proceso y se refiere a que se efectuó una acusación detallada, una defensa, prueba y sentencia acorde a la reglamentación vigente;

**F) Garantía de imparcialidad:** perfila al juez como un verdadero tercero neutral entre las dos partes, que decidirá el proceso con objetividad;

**G) Garantía de justicia especializada:** tendiente a que todo niño, niña y/o adolescente sometido a proceso penal, sea juzgado por un juez especializado en lo que a justicia de niños, niñas y adolescentes refiere, debiendo la especialidad primar por encima de la materia del delito en cuestión;

**F) Indubio pro reo:** en caso de duda debe estarse a favor de la inocencia del niño, niña y/o adolescente.

Debemos recalcar que todas estas garantías tienen por objeto velar por el cumplimiento del derecho de defensa en juicio.

En relación a la privación de libertad de un niño, la Convención sobre los Derechos del Niño establece (artículo 37, inciso b) que esta debe ser excepcional (sólo para delitos graves), de último recurso y por un tiempo determinado. También, en la mentada Convención, se establecen medidas como la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, las órdenes de orientación y supervisión, entre otras; de lo que se deriva que todo niño privado de su libertad –el cual debe ser separado de los adultos (artículo 40, inciso c de la mencionada Convención)- tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante el tribunal o autoridad competente.

Un modo de plasmar el modelo de la “protección integral”, que contenga la línea conceptual que venimos comentando, se establece

mediante la aplicación de un sistema de responsabilidad penal juvenil, cuyas características son las siguientes: **1-** El niño debe ser reconocido como sujeto de derechos, lo que implica que tiene capacidad para ejercer sus derechos y asumir responsabilidades acordes a su edad. **2-** El sistema reconoce derechos y garantías de personas que se encuentran en desarrollo. **3-** Se centra la atención en el hecho cometido (derecho penal de acto) y no en las circunstancias económicas en que se encuentra el niño o su familia (derecho penal de autor). **4-** Se fija una edad mínima por debajo de la cual no se aplica sanción penal, es decir que los más pequeños quedan excluidos del sistema penal (aplicación de la intervención penal mínima). **5-** El juez resuelve exclusivamente conflictos de naturaleza jurídico-penal. **6-** Se les otorgan a los niños las garantías previstas en los artículos 12, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño. **7-** Se establece el carácter no coactivo de toda intervención dirigida al restablecimiento de un derecho vulnerado de un niño. **8-** Se introducen mecanismos de solución de conflictos en instancias no judiciales (conciliación, mediación, etc.), que sean menos estigmatizantes para el niño, niña, o adolescente. **9-** Se aplican sanciones privativas de libertad para determinados delitos establecidos taxativamente (sólo delitos graves), y con límite de duración de la privación de libertad según el grupo de edad de que se trate, quedando descartada la posibilidad de imponerle a un niño, niña o adolescente la pena de prisión perpetua, siendo el máximo admitido de 50 años.

Como se puede apreciar es claro que la utilización del expediente tutelar y la facultad de disposición –métodos originados en una ley hoy

derogada, ley 10.903, la cual seguía la doctrina de la “situación irregular”- no es compatible con la Convención sobre los Derechos del Niño; y tampoco es compatible con la ley 26.061, la cual deroga la inconstitucional ley Agote, e instaura la implementación del modelo de la “protección integral” siguiendo el lineamiento establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

**Análisis de las leyes 10.903, 22.278 y 26.061 –teniendo en cuenta la Convención de los Derechos del Niño como marco normativo obligatorio- Ley 10.903 – Doctrina de la situación irregular – Ley de Patronato – Ley Agote – 1919**

Según esta ley, el juez interviene cuando “el menor se encuentre en peligro material o moral, sea por la conducta de sus padres o tutores, por la de él o por el ambiente en que vive; el hecho de haber cometido un delito o ser víctima de él, es un indicio especialmente importante del peligro que se cierne sobre el menor y autoriza al juez a disponer de él en miras a su protección o reeducación. El Patronato es ejercido por el juez con la concurrencia del Ministerio Público (artículo 4º, ley 10.903). Naturalmente, el órgano máximo es el juez, (...) Puede dejarlo en casa de sus padres, (...); o bien entregarlo a una persona honesta, encargándole la tutela o la simple guarda; o internarlo en un establecimiento de beneficencia o en un reformatorio (artículos 14 y 15)”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Guillermo A. Borda; “Tratado de Derecho Civil, Parte general”; Tomo I; Abeledo-Perrot; Bs. As; 2003; páginas 402/403.

El Estado interviene frente a los problemas económicos y sociales que pueden afectar al niño, a través de la figura del patronato, disponiendo de su vida, es decir, trata a los problemas asistenciales y jurídicos –civiles o penales- a través del juez penal de menores.

En esta ley se considera abandono, no sólo a la falta de los padres, sino a toda situación socioeconómica generada por la pobreza de ese grupo familiar, restringiendo los derechos del niño, disponiendo de él, sin tener en consideración la voluntad de los padres.

El juez puede resolver el destino del niño y éste no tiene el derecho a ser oído, no puede expresarse ante el juez, le está vedado este derecho.

El niño es considerado como un “objeto” para la justicia, y no como un sujeto de derechos.

El niño que es autor de un delito, el que ha sido víctima del mismo, o aquel que se encuentra en una situación de abandono material o moral, o se encuentra en peligro moral, reciben el mismo tratamiento.

### **Ley 22.278**

De esta ley consideramos importante realizar una mención de lo referido a la facultad de disposición: párrafos 2º, 3º y 4º del artículo 1º, párrafos 2º y 3º del artículo 2º, artículos 3, y el artículo 4.3.

El artículo 1 de la mentada ley en su párrafo 2º nos indica en relación al niño, niña o adolescente que “(...) 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 (...)”

Por otro lado, el párrafo 3º de ese mismo artículo nos indica que “(...) En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable (...)”; y, el 4º párrafo establece “(...) 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”.

El artículo 2 de la ley 22.278 nos enseña que se considerará punible al menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1º; y establece en su párrafo 2º que “(...) 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 4º. Mientras que el 3º párrafo del mismo artículo nos indica que “(...) 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”.

El artículo 3 de la ley 22.278 establece que: “La disposición determinará: a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea convenientes respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio; b) La consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutor; c) El discernimiento de la guarda cuando así correspondiere.

La disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad”.

Finalmente, en lo que aquí nos interesa analizar el artículo 4 establece que la imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2º estará supeditada a tres requisitos; señalando en su inciso 3 a “(...) que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad (...)”

Como advertimos la ley 22.278 parece mantener vigente la facultad de disposición y la necesidad que un juzgado penal lleve adelante la formación de expedientes tutelares.

Sin embargo, demostraremos que las facultades de disposición que se desprenden de la ley 22.278 implícitamente han sido derogadas por la ley 26.061 y por la Convención sobre los Derechos del Niño.

### **Ley 26.061 – Ley de protección integral – 2005**

La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, por lo cual, siguiendo éste criterio, la Nación Argentina sancionó la ley 26.061 “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”.

Con esta ley se deroga expresamente la ley 10.903, más los artículos 234 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; 393 y 457 del Código Civil, y los Decretos nacionales 1606/90 y modificatorios 1631/96 y 295/01, de Creación y mantenimiento del Consejo Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia.

### **Procedimiento estatuido en la ley 26.061**

La mentada ley, es una ley nacional y determina un procedimiento a llevarse a cabo. Esta circunstancia genera problemas, ya que la ley 26.061 es una ley nacional, y el dictado de las normas de forma constituye una de

las facultades no delegadas por las provincias al gobierno nacional; atento a éste planteo algunas provincias acatan dicha normativa y otras no.

El procedimiento establecido en la ley 26.061 esta regulado en sus artículos 32 a 41 correspondientes al Título III “SISTEMA DE PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES”.

A los fines expositivos haremos una breve mención a lo referido en los artículos indicados.

- El artículo 32 en lo que aquí nos compete analizar establece que “(...) La Política de Protección Integral de Derechos de las niñas, niños y adolescentes debe ser implementada mediante una concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios (...)

- El artículo 33 nos explica que son las medidas de protección integral indicando que: “Son aquéllas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias”. Señalando dicha norma que: “(...) La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente (...)” y (...) que “(...) La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de

los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización”.

- El artículo 33: refiere a la finalidad de las medidas de protección integral y nos enseña que “(...) tienen como finalidad la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias”.

-El artículo 35: indica que “(...) se aplicarán prioritariamente aquellas medidas de protección de derechos que tengan por finalidad la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes. Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas dirigidos a brindar ayuda y apoyo incluso económico, con miras al mantenimiento y fortalecimiento de los vínculos familiares”.

- El artículo 36 establece: “(...) en ningún caso las medidas a que se refiere el artículo 33 de esta ley podrán consistir en privación de la libertad conforme lo establecido en el artículo 19”.

Hemos de destacar que el artículo 19 refiere al derecho a la libertad de las niñas, niños y adolescentes.

- El artículo 37: instauro las medidas de protección y nos indica que: “Comprobada la amenaza o violación de derechos, deben adoptarse, entre otras, las siguientes medidas:

**a)** Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar;

**b)** Solicitud de becas de estudio o para jardines maternas o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar;

**c)** Asistencia integral a la embarazada;

**d)** Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar;

**e)** Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa;

**f)** Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes;

**g)** Asistencia económica.

La presente enunciación no es taxativa”.

- El artículo 38: establece que “Las medidas de protección pueden ser sustituidas, modificadas o revocadas en cualquier momento por acto de la autoridad competente que las haya dispuesto y cuando las circunstancias que las causaron varíen o cesen”.

Por otro lado, el artículo 39 de la ley 26.061 se refiere a las medidas excepcionales, explicando que: “Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio.

Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias.

Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen”.

- El artículo 40: indica la procedencia de las medidas excepcionales y nos dice que: “Sólo serán procedentes cuando, previamente, se hayan cumplimentado debidamente las medidas dispuestas en el artículo 33.

Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción.

El funcionario que no dé efectivo cumplimiento a esta disposición, será pasible de las sanciones previstas en el Capítulo IV del Código Penal de la Nación.

La autoridad competente de cada jurisdicción, en protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes dentro del plazo de SETENTA Y DOS (72) horas de notificado, con citación y audiencia de los

representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida; resuelta ésta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes”.

Finalmente, el artículo 41 de la ley 26.061 indica: “Las medidas establecidas en el artículo 39, se aplicarán conforme a los siguientes criterios:

**a)** Permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos. Las medidas consisten en la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes;

**b)** Sólo en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario. Al considerar las soluciones se prestará especial atención a la continuidad en la educación de las niñas, niños y adolescentes, y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico. Estas medidas deberán ser supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente;

**c)** Las medidas se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas, niños y adolescentes;

**d)** Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos;

**e)** En ningún caso, las medidas de protección excepcionales pueden consistir en privación de la libertad;

**f)** No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo”.

Como podemos apreciar de la normativa transcrita, es claro que sea que se tome una medida de protección integral de derechos o una medida excepcional, no es adecuada la concreción de un expediente tutelar dentro de la vía penal, así como tampoco es apropiada la disposición de un niño por parte de un juez penal.

Han sido establecidas claramente las diferencias en el tratamiento de un niño víctima de delito o niño en situación de desamparo, de lo que es tratamiento de un niño en conflicto con la ley penal.

El juez penal solo debe expedirse en relación al hecho delictivo que se investiga y solo podrá ordenar la detención del menor en los casos que le permite hacerlo el artículo 411 del Código Procesal Penal de la Nación, el cual nos enseña que: “La detención de un menor sólo procederá cuando hubiera motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación, o

intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá a falsas declaraciones.

En tales casos el menor será alojado en un establecimiento o sección especial, diferentes a los de mayores, donde se lo clasificará según la naturaleza y modo de ejecución del hecho que se le atribuye, su edad, desarrollo psíquico y demás antecedentes y adaptabilidad social.

Toda medida a su respecto se adoptará previo dictamen del asesor de menores”.

A los fines de tutela del menor, ya sea víctima o victimario, el juez penal es incompetente; siendo el caso objeto de estudio del órgano administrativo en el caso de las medidas de protección integral de derechos; o siendo una cuestión a resolverse por un órgano administrativo quien decidirá y establecerá el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado debiendo notificar fehacientemente la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción, en caso de tener que tomarse una de las medidas excepcionales. Recordamos a este respecto que el artículo 39 de la ley 26.061 nos dice que medidas excepcionales son aquellas que se adoptan cuando los niños, niñas o adolescentes tuvieran que estar privados - temporal o permanentemente- de su medio familiar, o cuyo interés superior exija que no permanezcan en ese medio.

Es importante tener en cuenta también que esta forma de tratar al niño es la más acorde al lineamiento establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño.

### **Observaciones finales realizadas a la Argentina por el Comité de los Derechos Del Niño – Unicef- 9 de octubre de 2002**

Es prioritario tener en cuenta que al 9 de octubre de 2002 aún la Ley 26.061 no se encontraba vigente y por ende no había derogado la Ley 10.903. Sin embargo, aún hoy las observaciones efectuadas por el Comité de los Derechos del Niño sigue siendo un llamado de atención para el Estado Argentino.

Con respecto a los niños privados del medio familiar, el comité expresó:

- Una profunda preocupación por el hecho que la Ley 10.903 – hoy derogada- de 1919, y la Ley 22.278 se basan en la doctrina de la “situación irregular”, y no distinguen, en lo que se refiere a los procedimientos judiciales y el trato, entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia.

- El Comité recomendó a la Argentina que establezca mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección con la aplicación de la ley 26.061 y no la aplicación de las leyes 10.903 y 22.278.

- El Comité expresó su grave preocupación por el número de niños, especialmente los niños 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, manifestando al respecto que sólo se internen a los niños únicamente como medida extrema; y

- Con respecto a la ley 24.417 -de protección contra la violencia familiar- el Comité expresó que le sigue preocupando la magnitud del fenómeno de la violencia doméstica, la falta de procedimientos normalizados para la detección y comunicación de los casos de descuido, maltrato y abuso, y el carácter limitado de los servicios de apoyo a las víctimas, especialmente en las provincias.

**Marco normativo vigente en la Argentina, como se compatibilizan las leyes 22.278, ley 26.061, artículo 412 del Código Procesal Penal de la Nación y la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación a la facultad de disposición**

Lo primero que tenemos que tener en cuenta es la derogación expresa de la cuestionada ley 10.903 por parte del artículo 76 de la ley 26.061; y la derogación tácita, en virtud del contenido de la nueva legislación –ley 26.061 y Convención sobre los Derechos del Niño la cual desde 1994 ha sido incorporada al bloque de constitucionalidad- de la totalidad de las disposiciones de la ley 22.278 que se refieren a las facultades de disposición

–esto es párrafos 2º, 3º y 4º del artículo 1º, párrafos 2º y 3º del artículo 2º, artículos 3, y el artículo 4.3-; así como también la facultad de disposición que se desprende del artículo 412 del Código Procesal Penal de la Nación.

Hemos de destacar que el artículo 412 del Código Procesal Penal de la Nación, establece: “El tribunal evitará, en lo posible, la presencia del menor en los actos de la instrucción y observará lo dispuesto a su respecto en el artículo 76.

Podrá disponer provisionalmente de todo menor sometido a su competencia entregándolo para el cuidado y educación a sus padres o a otra persona o institución que, por sus antecedentes y condiciones, ofrezca garantías morales, previa información sumaria, audiencia de los interesados y dictamen del asesor de menores.

En tales casos, el tribunal podrá designar un delegado para que ejerza la protección y vigilancia directa del menor y periódicamente le informe sobre la conducta y condiciones de vida de aquél”.

El mencionado artículo se halla en contradicción con la “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” (ley 26.061) y con la Convención sobre los Derechos del Niño, criterio que ha sido así ratificado y sostenido en el fallo “G. F. D y O. s/ expediente tutelar” de la Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala I, del 6/12/2006:

“(…) Los niños en conflicto con la ley penal, el cambio consiste en abandonar viejas practicas que convertían la condición de menor de edad en

un pretexto para legitimar arbitrarias intromisiones sobre sus derechos en desmedro de los principios rectores de todo proceso penal en un Estado de derecho, los que paradójicamente si eran reconocidos a los adultos -principio de inocencia, juez natural, doble instancia y recurso efectivo, principio contradictorio, requisito de publicidad- sino que además se les reconozcan derechos adicionales y un cuidado especial (...) La Convención acogió, por tanto la doctrina de la protección integral, que reconoce al niño su condición de sujeto de derecho y en materia penal significo el cambio de una jurisdicción tutelar a uno punitivo (...) Se amplia la gamas de sanciones (...) Resulta insostenible a nivel nacional la doctrina de la situación irregular y un concepto de niño arraigado a una justicia eminentemente tutelar (...) No obstante la sanción de la ley 26.061, que derogo la antigua ley Agote, la subsistencia del régimen penal de minoridad en su actual configuración es contrario a las nuevas reglas y principios que gobiernan toda practica estatal sobre la materia (...) en nuestro ordenamiento aún persisten vestigios del sistema de la situación irregular y la disposición definitiva a través de los postulados de la ley 22.278 y el artículo 412 del Código Procesal Penal de la Nación, lo que a todas luces resulta contradictorio con los presupuestos constitucionales y es susceptible de comprometer la responsabilidad de nuestro país en el ámbito internacional (...) La exégesis de las leyes 10.903, 22.278 y el artículo 412 del Código Procesal Penal de la Nación revelan que la doctrina de la situación irregular encierra un grave defecto: no logra distinguir entre la atención de situaciones de desprotección, desamparo o abandono y juzgamiento calificados como delitos por la ley penal (...) es así

que los eufemismos tales como TUTELAR O INSTITUCIONALIZACIÓN ofrecen una visión distorsionada de la realidad, que esconde verdaderas privaciones de la libertad de plazo incierto, independientemente de su responsabilidad penal (...) Lo peor de la tradición tutelar con lo peor de la tradición penal, no protege sino castiga y castiga sin garantías ni derechos”<sup>2</sup>.

Entendemos que la ley 26.061 resulta no sólo la ley posterior en la materia –posterior a la ley 22.278 y al artículo 412 del Código Procesal Penal de la Nación-, sino también la llamada ley especial, capaz sin más de desvirtuar las disposiciones de toda otra norma en cuanto pretendan regular cuestiones propias a los asuntos de su especialidad.

Lo expuesto se sustenta en virtud que la nueva ley aplicable a la materia –ley 26.061, la cual sigue el espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño-, se ocupa específicamente de establecer qué órganos estatales y con qué singular intensidad son competentes para avocarse a la llamada “protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, y en consecuencia prescribe qué medidas –y con qué límites- podrá tomar el Estado en sus distintas esferas, en relación con los niños, niñas y adolescentes para paliar una situación de vulneración de derechos.

En este orden de ideas, al estipularse órbitas de competencia específica en el marco de la “Administración” para el abordaje estatal de la problemática socio-económica de niños, niñas y adolescentes, debe

---

<sup>2</sup> “G. F. D y O. s/ expediente tutelar”; Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal; Sala I; 6/12/2006.

entenderse que ha caído toda responsabilidad y competencia que pudiera haberle correspondido en lo que hace a su situación social y familiar al juez de menores que hubiera de entender en aquella causa penal.

Es dable entender así que, a partir de ésta nueva ley, el Congreso Nacional ha redefinido las competencias estatales en materia de protección de derechos de los niños, al punto de derogar el instituto del “Patronato de Menores” y de desplazar a los jueces en materia penal juvenil de su ejercicio; concibiendo, de esta manera, un nuevo sistema de competencias en la materia con especial énfasis en el diseño e implementación de aquellas políticas sociales orientadas a niños, niñas y adolescentes con expresas características y limitaciones en cabeza de otras autoridades gubernamentales.

Así en la sentencia dictada 18 de octubre de 2005 en la causa N° 3594 Sentencia N° 954 del T.O.M. N° II, la Dra. FELLINI sostiene respecto de la ley 22.278 “(...) me hago cargo de que esa normativa no ha sido expresamente derogada por el Parlamento, como sí ocurriera recientemente con la ley 10.903, mediante la 26.061, sancionada el 28 de septiembre de 2005 lo cual NO impide reconocer que sus disposiciones son operativas y obligatorias para el juzgador(...) que la Convención es ley posterior no necesita demostración (...) Me abocaré entonces a demostrar que es, además de ello, ley más benigna, lo cual justifica sobradamente que no sea necesaria una ley que expresamente la derogue (...)”

Continúa, entonces, la sentenciante: “Evidentemente no se ha advertido la diferencia existente entre un centenario sistema tutelar que

vincula la respuesta jurídico-penal del Estado con “el tratamiento”, o con “las condiciones de vida del autor”, y no con “el hecho delictivo” como determinante de la incorporación del joven al sistema criminal. Esta concepción equivocada en mi criterio, vulnera garantías constitucionales, como los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, proporcionalidad, reserva; y procesales, como el de defensa en juicio, el debido proceso etc.; las medidas que se disponen arbitrariamente, no resultan en beneficio del joven, porque son indeterminadas en su clase, en su duración y en su ejecución (...) Lo que beneficia a los menores de determinada edad, es que se tengan en cuenta y se respeten las garantías constitucionales que les son debidas como integrantes de la sociedad, toda vez que nuestra Carta Magna no hace ningún distingo entre diferentes edades.(...)”

La Dra. FELLINI antes de finalizar su voto expresa: “La facultad de disposición de los magistrados, establecida en la ley primigenia, sin responder a los parámetros señalados y teniendo como base el sistema tutelar, no puede considerarse un bien, sino un mal para la formación y el desarrollo de jóvenes que no han alcanzado el grado de madurez exigido por la ley para ser considerados seres adultos y responsables de sus actos”<sup>3</sup>.

Por otra parte, cabe citar las conclusiones de la Dra. LÓPEZ GONZÁLEZ en dicho decisorio, en relación con la “vigencia” del llamado sistema tutelar, quien planteo que no todos los preceptos de la ley 22.278

---

<sup>3</sup> Voto de la Dra. Fellini; Sentencia dictada el 18 de octubre de 2005;

Causa N° 3594; Sentencia N° 954; T.O.M. N° II.

quedarán vigentes, pues algunos de ellos, a su criterio se oponen abiertamente al espíritu que consagra la nueva legislación.

### **Principio de imparcialidad –recusación-, debido proceso y defensa en juicio**

La Corte Federal a señalado que: “(...) la imparcialidad del juzgador puede ser definida como la ausencia de prejuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación a las partes como a la materia (...)”<sup>4</sup>

Como ya hemos explicado el sistema procesal penal juvenil -hoy vigente en la Argentina- se organiza en dos expedientes con competencia diversa: “expediente actuario” y el “expediente tutelar”, ambos poseen características propias: el primero de ellos describe la acción típica, antijurídica, culpable y atribuible incorporando elementos que sustentan la acción imputada o que demuestra la inexistencia de la misma; mientras que el segundo describe las aptitudes personales de niños, niñas y adolescentes que ingresan al sistema penal juvenil. En el mismo se detallan las características personales y las condiciones socio–ambientales del chico objeto de criminalización.

---

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación; Llerena, Horacio L 17/05/2005.

Sabido es que el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial constituye, sin lugar a dudas, una garantía constitucional, y como tal es una garantía fundamental propia de la administración de justicia en un Estado de Derecho, en tal sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso.

Es decir, debe evitarse que en la decisión sobre la responsabilidad penal influyan hechos, circunstancias o situaciones que surjan del expediente tutelar y que son completamente ajenos a los hechos efectivamente probados en el expediente actuario.

La garantía de imparcialidad puede ser analizada desde dos puntos de vista, uno objetivo y otro subjetivo:

**1) *Imparcialidad objetiva:*** ampara al justiciable cuando éste pueda temer la parcialidad del juez por hechos objetivos del procedimiento, sin cuestionar su personalidad y su honorabilidad;

**2) *Imparcialidad subjetiva:*** involucra directamente actitudes o intereses particulares del juzgador con el resultado del pleito.

Mientras exista el expediente tutelar –del cual propugnamos su desaparición- consideramos que no puede el mismo juez intervenir en el expediente tutelar y en el expediente actuario. La cuestión que traemos se refiere a la imparcialidad del juez desde el enfoque objetivo, imparcialidad que se ve viciada por el hecho que es el mismo juez quien interviene en ambos expedientes.

La opinión dominante en esta materia sostiene que la imparcialidad objetiva se vincula con el hecho que el juzgador muestre garantías suficientes tendientes a evitar cualquier duda razonable que pueda conducir a presumir su parcialidad frente al caso. Si de alguna manera puede presumirse, por razones legítimas, que el juez genere dudas acerca de su imparcialidad frente al tema a decidir, debe ser apartado de su tratamiento.

Respecto del tema aquí en estudio, se ha expedido la Procuración General de la Nación, en tanto consideró que "la facultad de apartar a los jueces sospechados de parcialidad, no debe ser confundida con una agresión a la honorabilidad u honestidad de los jueces (...) el temor de imparcialidad es un vicio objetivo del procedimiento y no una mala cualidad subjetiva o personal del juez"<sup>5</sup>.

Al decir de Andrés Ibáñez "(...) juez imparcial quiere decir, antes que otra cosa, juez intelectualmente honesto, empeñado en una actividad cognoscitiva que ha de empezar por proyectarse en la contrastación autocrítica de la propia posición frente al caso. Tal es, precisamente, la actitud a que obliga el hoy principio constitucional de presunción de inocencia. Este demanda la renuncia metódica al pre-juicio y la depuración

---

<sup>5</sup> Dictamen in re "Zenzerovich"; Fallos: 322:1941.

racional de los indicios y datos inculpatorios en el juicio, a través del método dialógico como instrumento (...)”<sup>6</sup>

Es indudable que la intervención del mismo juez en el expediente tutelar y actuario, genera en el sentenciante un conocimiento (directo o indirecto) sobre los hechos materia de debate, que puede provocar prejuicios e impresiones que influyan al momento de juzgar su responsabilidad penal, generador de temor fundado y justificante para el planteo de su recusación.

La Cámara Nacional de Casación Penal se ha pronunciado indicando que “(...) El juez que de alguna manera haya "conocido en el proceso" -sea por haber actuado en él con anterioridad como magistrado pronunciando sentencia (por ejemplo cuando intervino en un juicio anterior luego anulado) o llevando a cabo otra actividad jurisdiccional (verbigracia como juez instructor habiendo pasado luego a integrar un tribunal de juicio), o dictaminando como fiscal, o participado como defensor, mandatario, perito, etc.-, impone su deber legal de inhibirse o excusarse de continuar interviniendo en la causa. Ello así, porque como en cualquier otro proceso, en el penal la imparcialidad del juez es característica imprescindible para el desarrollo de su función, de ahí que la ley quiera evitar toda situación que pudiera desmerecerla o aún, que permita plantear dudas sobre ella. Esta inobservancia del texto expreso de la ley (artículo 55 inciso 2 del Código

---

<sup>6</sup> Andrés Ibáñez; “Ética de la función de juzgar”; reelaboración de la ponencia expuesta en el seminario sobre “Ética de las profesiones jurídicas” organizado por la Universidad de Comillas; Madrid; febrero de 2001.

Procesal Penal de la Nación) de conformidad con lo normado en el artículo 167 del código formal, determina en el caso la existencia de un supuesto de nulidad absoluta; y ello así, habida cuenta el carácter insubsanable de la misma. La voluntad de los integrantes del Tribunal colegiado no puede dejar de lado la observancia de las normas que regulan la actuación de los jueces en el proceso; de suerte que en caso de infracción, la nulidad de todo lo actuado es la consecuencia ineludible (...) Cabe agregar, que en el derecho argentino se encuentran incorporadas (artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional) normas internacionales que reconocen la garantía de imparcialidad, porque ésta junto con la independencia funcional de los jueces es esencial al sistema republicano (...)”<sup>7</sup>

El fin del instituto de la recusación es la de separar de la causa al juez interviniente por encontrarse comprometida la superlativa y cara garantía de imparcialidad (establecida en el artículo 18 de la Constitución Nacional; en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos –todos instrumentos internacionales que por aplicación del artículo 75 inciso 22 de nuestra carta magna han adquirido jerarquía constitucional-).

---

<sup>7</sup> Voto del Dr. Riggi; C.N.C.P. Sala III; Causa 1604; “Oliva Gerli, Carlos Gustavo y otros s/recurso de casación”; 8/03/99.

Creemos importante recordar el voto del Dr. Caravatti en la causa “Acevedo s/pedido de ser tenido como defensor”, T.O.M. II, mayo de 2004, quien ha dicho: “(...) No puedo dejar de mencionar lo insólito de este sistema judicial y tuitivo en cabeza del mismo Magistrado, que en ocasiones hace que el juez de menores deba actuar conforme al régimen jurídico penal por una parte, y por la otra tutelando al mismo menor (...)”<sup>8</sup>

Hemos de destacar que la garantía de contar con un juez imparcial es reconocida, también, por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal -denominadas "Reglas de Mallorca"-, que disponen en su regla 4, inciso 2° que "Los tribunales deberán ser imparciales. Las legislaciones nacionales establecerán las causas de abstención y recusación. Especialmente, no podrá formar parte del tribunal quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa. Tampoco podrán hacerlo quienes hayan participado en una decisión posteriormente anulada por un tribunal superior", consagrando así expresamente tanto la división de funciones, como el apartamiento del juez por temor de parcialidad.

En este sentido, el artículo 55 del Código Procesal Penal de la Nación establece las causales de recusación. Sin embargo, y como señala Maier “Resulta razonable permitir, a quienes pueden recusar, invocar y demostrar otro motivo que funde seriamente el temor de parcialidad en el caso

---

<sup>8</sup> Voto del Dr. Caravatti en la causa “Acevedo s/pedido de ser tenido como defensor”; T.O.M. II; mayo de 2004.

concreto. De allí que las reglas sobre el apartamiento de los jueces no deban funcionar como clausura de las facultades de los intervinientes en el procedimiento (reglamento taxativo) sino en el sentido de facilitar para esos casos el ejercicio efectivo de la facultad de apartar a un juez (de sustanciación y prueba sencilla, y de alto índice de predecibilidad) sin perjuicio de que el interesado pueda demostrar su temor razonable por la posible parcialidad de un juez apoyado en razones analógicas que fundan seriamente su pretensión”<sup>9</sup>

Es por ello, que proponemos –mientras no desaparezca el expediente tutelar del que seguiremos insistiendo en su inconstitucionalidad- una separación de expedientes; propugnamos que la tramitación del expediente actuario esté a cargo de un juzgado de menores y la tarea de entender en los temas referentes al tratamiento tutelar este en manos de otro juzgado de menores. De esta forma no descuidaríamos uno de los principios base de esta rama de la justicia, el principio de especialidad y asimismo estaríamos respetando la garantía de imparcialidad. De esta manera, se evitaría la “contaminación” a la que hacemos referencia, y los niños, niñas y adolescentes imputados de delitos estarían frente a un proceso penal alejado de los temores de parcialidad, en los que se respetase el principio de justicia especializada.

---

<sup>9</sup> Julio B.J., Maier; “Derecho Procesal Penal”; Editores del Puerto; 1996; Tomo I; 2º Edición; pág. 754 “La garantía de imparcialidad no es una garantía del juez, sino del justiciable”.

## **Imposibilidad de utilización del expediente tutelar como medida probatoria**

Desde el año 1994, la Argentina ha incorporado a su ordenamiento jurídico, tratados internacionales con jerarquía constitucional los cuales son enumerados en el artículo 75 inciso 22 de nuestra carta magna; atento a ello, uno de los incorporados al bloque de constitucionalidad, ha sido la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño tuvo por fin garantizar los derechos de los niños, logrando que se abandonara un sistema en donde no eran considerados como sujetos de derechos. Atento a ello, vela porque los Estados ratificantes, adopten medidas atinentes -en lo que a proceso de niños, niñas y adolescentes se refiere- que sean lo menos estigmatizantes para los niños, prevaleciendo así su interés superior ante todo tipo de resolución o disposición. Tenemos que tener en cuenta que todo niño, niña o adolescente goza de los mismos derechos y garantías que un adulto y además cuenta con derechos y garantías propios de su condición, no pudiendo quedar en una situación más perjudicial que la de un adulto.

Es así, que todo niño, niña o adolescente que no este privado de su libertad ambulatoria, pero -sin embargo- se encuentre dispuesto tutelarmente, esta privado de su libertad.

Debemos tener en cuenta el importante avance que significo la incorporación del sistema de la “protección integral” por sobre el antiguo sistema tutelar iniciado por la Ley 10.903 y vigente siguiendo taxativamente

la letra de la ley 22.278.

A partir de la ley 26.061 y de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño al bloque de constitucionalidad –como hemos expuesto a lo largo de éste trabajo- no resulta viable la facultad de disposición en el juez penal, así como tampoco la existencia del expediente tutelar en nuestros juzgados de menores; por lo cual, creemos que mientras estos existan dos medidas que deben tomarse son: **a)** que no intervenga el mismo juez en el expediente tutelar y en el actuario; y, por otro lado, **b)** que no se utilice lo que surge del expediente tutelar como medida probatoria en el juicio donde se juzgara la responsabilidad penal del niño, niña o adolescente.

## **CONCLUSIÓN**

Al exponer la realidad que circunda al expediente tutelar y sacar fruto de la reflexión de lo que está sucediendo hoy en nuestros tribunales de menores.

Planteamos -con los fundamentos expuestos- porqué debe dejar de existir el expediente tutelar, el cual fue creado en base a una ley hoy derogada. Propugnamos el respeto a nuestra Constitución Nacional y así nos vemos obligados a insistir sobre la inconstitucionalidad de dichos expedientes; y mientras no logremos instaurarla, insistiremos en las solicitudes de cese de disposición tutelar de los casos que se nos presenten en la Comisión de Práctica Profesional de la que hoy formamos parte; también continuaremos insistiendo en la no utilización como medida probatoria de lo obtenido consecuencia de lo actuado a partir de la disposición de los niños.

Finalmente, y mientras existan los expedientes tutelares, hemos de destacar que insistiremos en la recusación de los jueces de menores, a fin que no sea el mismo juez quien intervenga en el expediente tutelar y el actuarial de un niño, niña o adolescente.

Debemos exigir el respeto a nuestra carta magna y el presente trabajo ha sido llevado a cabo siguiendo tal deber, a partir de postulados lógicos y fundados que a la vez nos dilucidan la irracionalidad del sistema penal en relación a los menores y la vulnerabilidad que presentan estos últimos frente al mismo.

