



ES COPIA

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

**RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL**

(Acordada 4/2007, reglamento, art. 4)

**Expediente.**

**Nro. de Causa: 9738/13**

**Carátula:** "Ministerio Público Tutelar – Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en /Incidente de apelación en autos s/ infr. Art. 189 bis, CP"

**Tribunales intervinientes.**

**Tribunal de origen:** Juzgado de Primera instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 31 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**Tribunal que dictó la resolución recurrida:** Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**Consigne otros tribunales intervinientes:** Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**Datos de la presentante.**

**Nombre y Apellido:** Dra. Laura Cristina Musa, Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**Domicilio constituido:** Adolfo Alsina 1826, planta baja, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**Ministerio Público Tutelar**  
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires



**Decisión recurrida.**

**Descripción:** Resolución del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que decidió rechazar el recurso de queja por recurso inconstitucionalidad denegado que había presentado el Asesor Tutelar ante la Cámara de Apelaciones contra la decisión de la Sala III de esa cámara que había rechazado el recurso de apelación, oportunamente interpuesto contra la denegatoria de un pedido de archivo, al dar por concluida la intervención de la Asesoría Tutelar, en razón de que el imputado menor de 18 años al momento del hecho criminal, había alcanzado la mayoría de edad.

**Fecha:** 23 de diciembre de 2013.

**Ubicación en el expediente:** Resolución obrante a fs. 93/95.

**Fecha de notificación:** 4 de febrero de 2014.

**Objeto de la presentación.**

**Norma que confiere jurisdicción a la Corte:** art. 14, inc. 3º, ley 48.

**Oportunidad y mantenimiento de la cuestión federal:** Recurso de inconstitucionalidad planteado contra la decisión de la Cámara de Apelaciones que resolvió de oficio excluir del proceso penal al asesor tutelar.

**Cuestiones planteadas. Normas.**

Derecho del niño a recibir un asesoramiento jurídico especializado (arts. 4, 37, b. y 40.2.b.iii, CDN); derecho del niño a contar con un sistema de justicia especializada (arts. 2, 3, 37 y 40.3, CDN; 75, inc. 22º, CN); derecho a contar con medidas de protección especiales (art. 19, CADH); principio republicano de gobierno (arts. 1º, 5 y 129, CN); principio del debido proceso legal (arts. 18 y 33, CN).

**Cuestiones planteadas. Precedentes involucrados.**

**CSJN; Fallos, 331:2691.** Estos derechos especiales que tienen los niños por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario sino un imperativo constitucional que se erige, nada menos, que en pauta determinante de la nueva perspectiva que debe informar el sistema. Por otro lado, entre dicho imperativo y el régimen de la ley 22.278 en cuanto regula los casos de menores no punibles, media una fuerte tensión.

**CSJN, Fallos 328:4343.** Los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado. Estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica.

**CSJN; Fallos; 319:3148.** [...], reviste gravedad institucional la posibilidad de que se origine la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

**CSJN; Fallos; 318:514:** De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2° ley 23.054).

**Cuestiones planteadas. Precedentes involucrados (cont.)**

**CSJN; Fallos, 325: 3514.** Si bien la Constitución Nacional garante a las provincias el establecimiento de sus instituciones y la elección de sus autoridades sin intervención del gobierno federal (arts. 5 y 122), las sujeta a ellas y a la Nación al sistema representativo y republicano de gobierno (arts. 1 y 5) y encomienda a la Corte el asegurarla (art. 116) con el fin de lograr su funcionamiento y el acatamiento a aquellos principios que todos en conjunto acordaron respetar al concurrir a la sanción de la Constitución Nacional

**CSJN; Fallos, 331:1090.** La apelación extraordinaria resulta formalmente procedente, si la sentencia impugnada reviste el carácter de definitiva, aunque lo debatido remite al examen de aspectos de hecho, prueba y derecho común, regularmente ajenos a la instancia extraordinaria, pues ello no es óbice para que el Tribunal conozca en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ella sobre la base de la doctrina de la arbitrariedad, toda vez que con ésta se tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa.

**CSJN; Fallos, 313:209.** La doctrina de la arbitrariedad es de aplicación excepcional, y no puede, por su intermedio, pretenderse el reexamen de cuestiones no federales cuya solución es de resorte exclusivo de los magistrados de la causa, si no se demuestra un notorio desvío de las leyes aplicables o una total ausencia de fundamentos.

**CSJN; Fallos, 244:523.** El principio con arreglo al cual las sentencias deben ser fundadas impone a los jueces la necesidad de determinar la regla general de derecho aplicable a las circunstancias del caso a decidir. A esos efectos aquéllas pueden referirse a la jurisprudencia o a la doctrina o incluso a normas obvias que no requieren declaración expresa; pero lo que no debe ocurrir es que lo argüido no permita vincular la solución del caso con el sistema legal vigente, en otra forma que por la libre estimación del juez.

**CSJN; Fallos, 333:1075.** Corresponde revocar la sentencia que fue suscripta por dos jueces que al examinar el caso en una intervención anterior ya habían llegado a una conclusión semejante y que no se limitó a cuestiones sólo relativas a la admisibilidad formal del recurso, sino que, por el contrario, apoyó el rechazo del recurso en consideraciones de fondo, atinentes a la responsabilidad del acusado, ya que aun cuando el agravio relativo a la violación de la garantía de imparcialidad sólo fue introducido en oportunidad del recurso de queja, el procedimiento seguido por el *a quo* no satisfizo los estándares mínimos del debido proceso

**Exponga qué decisión pretende de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:**  
Que se haga lugar al presente recurso extraordinario federal, se revoque la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en fecha 23 de diciembre de 2013 y, en su caso, se reconozcan plenas facultades a la asesoría de menores para continuar con su actuación en esta causa.

Fecha... 12/02/14

Firma...   
Laura Cristina Wissa  
Abogada General  
Ministerio Público  
Ciudad Autónoma de Buenos Aires





ES COPIA

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ministerio Público Tutelar

Asesoría General Tutelar

Expte. n° 9738/13 "Ministerio Público Tutelar – Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en /Incidente de apelación en autos s/ infr. Art. 189 bis, CP"

Tribunal Superior de Justicia de la CABA

**RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL**

Excm.a. Corte Suprema de Justicia:

Laura Musa, titular de la Asesoría General Tutelar, con domicilio constituido en la calle Adolfo Alsina 1826, planta baja de esta ciudad y domicilio electrónico en penal-juvenil-agt@jusbaire.gov.ar, a los Sres. Jueces me presento y digo que:

**I.- OBJETO**

Vengo en favor del joven

... y en legal tiempo y forma, a presentar un recurso extraordinario federal en contra de la resolución judicial de fecha 23 de diciembre de 2013, dictada por los miembros del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y notificada a esta parte el 4 de febrero de 2014 (arts. 59, CC; 14 y cctes. de la ley 48 y arts. 256 y cctes. del CPCCN).

**II.- ANTECEDENTES DE LA CAUSA**

A.- En fecha 11 de abril de 2012, el asesor tutelar de primera instancia tomó intervención en favor del joven ... de 17 años de edad al momento el hecho investigado e imputado del delito de portación de arma de uso civil, y solicitó su sobreseimiento en razón de entender que se hallaba amparado por una condición personal de exclusión de la punibilidad, "pues ante la ausencia de una previsión normativa que observe la prohibición de que los niños sean sometidos a una amenaza de pena que, en su naturaleza y *quantum*, en nada difiera a la prevista para los adultos (arts. 16, 75, incs. 22° y 23°, CN; 5.5, 19, CADH; 2, 3, 37 y 40, CDN; 10, 11 y 39, CCBA), se imponía una interpretación constitucionalizada de las previsiones de la ley *de facto* 22278, y, con ello, la aplicación de la reducción punitiva prevista por el art. 4 de



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

dicho cuerpo normativo como marco punitivo en abstracto, por lo que –con aplicación de art. 44 del CP, en su interpretación más restrictiva de la punibilidad: esto es, la que, partiendo de la pena en concreto, permite la disminución ‘de un tercio a la mitad’, sin superar la mitad del máximo de la pena del delito consumado- la pena conminada en el tipo penal del art. 189 bis, inc. 2º, tercer párrafo, del CP, no superaba los dos años de prisión (fs. 26/30, del expediente principal)”.

La defensa adhirió a dicho planteo (fs. 39, del expediente principal).

En fecha 4 de junio de 2012, luego de ordenar a la fiscalía la acreditación fehaciente de la edad del imputado, la jueza de garantías rechazó el sobreseimiento peticionado, sobre la base de entender que “la potestad de aplicar las reglas de reducción del *quantum* punitivo en causas en las que un menor de edad resulte imputado, de acuerdo a aquellas que prevé el instituto de la tentativa [...] corresponde a un ámbito extraño al presente, puesto que se trata de una pauta de cuantificación de pena, propia de otro estadio procesal” (fs. 50/51, del expediente principal).

Contra dicha decisión, la defensora y la asesora tutelar interpusieron recursos de apelación.

Como motivos de agravio, la asesora tutelar indicó que la interpretación del art. 4 de la ley *de facto* 22278 practicada por la jueza *a quo* se halla totalmente desvinculada del plexo normativo constitucional y convencional aplicable, que prohíbe dispensar idéntico trato punitivo a las personas menores de edad que a los adultos (arts. 10, 11 y 39, CCBA; 16 y 75, incs. 22º y 23º, CN; 5, 19 y 24, CADH; y 2, 3, 37 y 40, CDN), y había sido efectuada en violación al principio *pro homine* (art. 29, inc. b; CADH), haciendo incurrir al estado argentino en responsabilidad internacional.

**B.-** La Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas declaró inadmisibles los recursos de apelación interpuestos por la asesora tutelar y, rechazando el deducido por la defensa, confirmó la decisión apelada.

La jueza Paz votó por declarar inadmisibles los recursos de apelación de la asesora tutelar, por considerar, luego de efectuar la transcripción de los arts. 49, inc. 2º,



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

de la ley 1903 y 40 del RPPJ, que “la intervención del Ministerio Público Tutelar debe cesar a partir del momento en que el imputado cumple la mayoría de edad pues su actuación no puede ni debe superponerse con su defensa técnica”, citando en apoyo de dicha afirmación lo decidido por V.E. *in re*: “Romano”, y que “atento a que al momento de su interposición, [redacted] había cumplido la mayoría de edad (cfr. constancias agregadas a fs. 14/16), [...] la recurrente carecía de legitimación para seguir interviniendo en autos”. También propuso admitir el recurso de la defensa.

Sobre el fondo de la cuestión a decidir sostuvo que: (a) “el llamando “régimen procesal y penal” del niño (a quien se atribuye un delito) debe tener como norte procurar que, tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y valor, fortalezca su respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, promueva su reintegración y asuma una función constructiva de la sociedad (Convención de los Derechos del niño, art, 40, inc. 1º). La consecución de estos objetivos resulta la regla a seguir, resultando indispensable que cualquier restricción de los derechos del mismo se fundamente en su participación en el hecho delictivo que originó la actuación de la justicia [...] El procedimiento deberá procurar establecer la participación material del niño en el hecho objeto de investigación. Luego, el proceso debe permitir la realización, si fuera el caso, de un tratamiento socio-educativo que procure los fines enunciados”; (b) [redacted] nació el 07/04/1994 (cfr. constancias de fs. 14/16), por lo que teniendo en cuenta la fecha de la supuesta comisión del hecho imputado el presente caso queda subsumido en la previsión del art. 2º de la ley N° 22.278”; y (c) “[l]a Convención de Derechos del Niño y la ley invocadas por la defensa exigen dar un trato diferencial al menor, que radica exclusivamente en su edad –con independencia de otras motivaciones–, pero no exige la no punibilidad que reclaman los recurrentes”, “las normas constitucionales invocadas por los impugnantes para dar sustento a su postura no permiten arribar a la conclusión que ellos postulan”, “la primera interpretación de la norma es la hermenéutica y de la misma surge en forma palmaria la obligación de reducir la pena en caso de menores, mas no una disminución de la pena máxima prevista en abstracto para el delito imputado a los fines de establecer *ab initio* la condición de no punibilidad del mismo”; “es de incumbencia del Congreso Nacional introducir las modificaciones o adecuaciones, si



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

es que correspondieren, de la legislación procesal penal. Hasta tanto ello no ocurra, los jueces debemos resolver con apego a la ley, no haciéndole decir a la norma lo que ella no dice”; por lo que propuso al acuerdo el rechazo del recurso de apelación de la defensa y la confirmación del fallo recurrido.

La jueza Manes adhirió a dicho voto y la jueza Marum, por similares fundamentos, votó en el mismo sentido.

C.-Contra esa decisión esta parte interpuso recurso de inconstitucionalidad.

Se indicó que la resolución en crisis, dictada por el tribunal superior de la causa, en tanto implica (a) una inconstitucional interpretación de la normativa local, que torna inoperantes a las garantías convencionales y constitucionales que amparan a una persona menor de dieciocho años de edad imputada de la comisión de un delito y que integran su derecho de defensa en juicio (16, 18 y 75, incs. 22° y 23°, CN; 5.5, 19 y 24, CADH; 3, 5, 37 y 40, CDN; y 10, 11, 13.3 y 39, CCBA), en particular, la de ser asistida por el órgano técnico especializado (Ministerio Público Tutelar), so pretexto de haber alcanzado, durante el trámite del proceso, la edad de 18 años; y (b) la inefectivización del derecho que ampara a toda persona imputada de la comisión de un delito antes de haber alcanzado los 18 años de edad a no recibir el mismo trato penal que un adulto, lo que afecta gravemente los derechos a la igualdad, a contar con una protección integral y a ser respetado en su autonomía progresiva (arts. 16 y 75, incs. 22° y 23°, CN; 5, 19 y 24, CADH; 3, 5, 40.3, CDN; 10, 11, 39, CCBA); generó agravios concretos, que aún subsisten, y que dan por configurado el requisito de interés actual en la obtención del amparo jurisdiccional de los derechos y garantías constitucionales lesionados.

Se dijo que la resolución recurrida resultaba equiparable a sentencia definitiva en razón de que irrogó un agravio irreparable, al vedar irremediabilmente la intervención de un órgano del Ministerio Público, gratuito y predispuesto por ley para la efectivización de derechos y garantías constitucionales del imputado menor de edad al tiempo del hecho que se le atribuye (arts. 16, 18 y 75, incs. 22° y 23°, CN; 5.5, 19 y 24, CADH; 3, 5, 37 y 40, CDN; y 10, 11, 13.3 y 39, CCBA).



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

Se recordó que V.E. ha señalado que “no puede aceptarse que las resoluciones que deciden declarar la falta de legitimación resultan irrecurribles por el derrotado [...] Si se declara la falta de legitimación para intervenir en un proceso, resulta ilegítimo impedir su impugnación, conforme los medios recursivos previstos por el orden jurídico” (c. 1472, “Comisión Municipal de la Vivienda c/Tambo, Ricardo s/desalojo”, rta. 16/10/02, del voto de los jueces Muñoz y Casás).

En igual sentido, se explicó, la decisión que implica la continuación del sometimiento a juicio de una persona amparada, en razón de su edad, por una causa personal de exclusión de la punibilidad es susceptible de ser impugnada mediante esta vía extraordinaria, en atención a que el gravamen que provoca requiere atención inmediata a fin de evitar, tempestivamente, los padecimientos, la situación de incertidumbre y la innegable restricción a la libertad que comporta la persecución penal, que es lo que justamente se ha querido evitar mediante la petición liberatoria incoada, pues de dilatar su tratamiento a ulteriores etapas procesales, el perjuicio que se ha querido evitar ya se hubiera soportado íntegramente.

Resulta de aplicación la doctrina sentada por V.E., en cuanto afirmó que “el gravamen que invoca la recurrente resulta irreparable en la medida en la cual cuestiona la existencia y continuidad misma de este proceso; cuestionamiento que busca evitar la situación de colocar a una persona [...] en la obligación de tener que tolerar intromisiones del Poder Judicial local, que, en opinión de la Asesora General y el Defensor General, serían ilegítimas e injustificadas y que no encontrarían una reparación suficiente si se espera al dictado de un pronunciamiento final” (*in re*: Romano, expte. 7287/10, rta. 19/10/11).

Se dijo también que se encontraban involucradas las siguientes cuestiones constitucionales, cuyo tratamiento se vincula directamente con la solución del caso de autos: (a) el alcance que cabe asignarle al derecho de defensa en juicio de una persona imputada de la comisión de un delito siendo menor de edad (arts. 16, 18 y 75, incs. 22° y 23, CN; 5.5, 8, 19 y 24, CADH; 5, 37 y 40, CDN; y 10, 11 y 39, CCBA); (b) el principio de estricta legalidad (arts. 18, 19 y 75, inc. 22°, CN; 9 y 29.b, CADH; 5.2 y 15, PIDCyP; 10 y 13.3, CCBA); (c) el debido proceso adjetivo (arts. 18 y 75, inc. 22°, CN;



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

13, CCBA), y (d) el derecho del imputado menor de edad a recibir un trato penal diferenciado, que atienda su condición de niño (arts. 16 y 75, incs. 22° y 23°, CN; 5.5, 19 y 24, CADH; 5, 37 y 40, CDN; y 10, 11 y 39, CCBA).

Sobre la legitimación del Ministerio Público Tutelar se dijo que la cámara, en un manifiesto exceso del ámbito de su competencia (art. 276, CPP), y confundiendo el examen de impugnabilidad subjetiva con la legitimación para intervenir en el proceso, abordó una cuestión no impugnada por las partes –la legitimación de la asesora tutelar-, violando el principio de congruencia comprendido en el principio del debido proceso, existente entre la materia impugnada y la materia a decidir por el órgano jurisdiccional, el cual goza de jerarquía constitucional (CSJN; *Fallos*: 332:892).

Se explicó que la decisión impugnada importó, también, flagrante violación a la prohibición de la *reformatio in pejus*, garantía que “se vincula con el agravio del recurrente y no con el acierto del fallo” (CSJN, *Fallos*: 248:125).

La cámara había resuelto, en perjuicio del imputado, una cuestión no sometida a su decisión, ubicándolo en una situación peor de la que se encontraba con anterioridad a la interposición del recurso en su favor, al privarlo de su derecho a contar con una asistencia especializada y adecuada en todos los órdenes jurisdiccionales (arts. 40.3, CDN; 27, inc. c, ley 26061; 11, inc. d, ley 114; y Reglas 29 y 30, Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad, 1/5/09, CSJN), el que integra su derecho de defensa en juicio (arts. 18 y 75, inc. 22°, CN; 8, CADH; 14, PIDCyP; 40, CDN; 13.3, CCBA), puesta en cabeza del asesor tutelar (arts. 49, inc. 2°, ley 1903; 40, RPPJ).

Se dijo que la conclusión a la que arribó el tribunal *a quo* de disponer el apartamiento del único órgano especializado que se hallaba interviniendo en defensa de la persona imputada por un hecho presuntamente acaecido cuando contaba con 17 años de edad no fue normativamente fundada, por lo que la misma sólo puede ser adjudicada al mero decisionismo de las judicantes.

A su vez se señaló que “el *corpus iuris* de la infancia resulta aplicable en virtud de la edad de la persona al momento del presunto acaecimiento del hecho imputado (arts. 1 y 7, RPPJ), y éste prevé la necesaria intervención del asesor



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

tutelar (art. 40, y, concordantemente, arts. 31, incs. 4° y 6°, 78, inc. a, 79, entre otros), sin que corresponda efectuar vía jurisdiccional, en perjuicio de quienes resisten la imputación penal, distinciones no previstas legalmente, y, menos aún que impliquen la marginación, como en el caso, de la garantía -convencional y constitucional- de contar con una asistencia letrada especializada, la que complementa, sin sustituirla, la labor de la defensa técnica, y que responde al principio de especialidad, el que exige el establecimiento de órganos, procedimientos y disposiciones de fondo que atiendan al carácter de sujeto privilegiado de derechos que poseen las personas menores de edad (16 y 75, incs. 22° y 23°, CN; 5.5, 19 y 24, CADH; 5, 37 y 40, CDN; y 10, 11 y 39, CCBA)".

Sobre el sobreseimiento del imputado se dijo que la decisión recurrida, al efectuar una interpretación de los arts. 1 y 4 de la ley *de facto* 22278 – cuya aplicación constitucionalizada había sido requerida en orden a disponer el sobreseimiento del joven [redacted] desvinculada del contexto normativo constitucional y convencional que rige la materia, e incompatible con el modelo de protección integral por éste diseñado, se ha apartado –mediante su completa elusión- del plexo normativo aplicable sin dar razón plausible alguna para ello, por lo que resulta descalificable como acto jurisdiccional válido.

Se señaló que la cuestión sometida a decisión ha sido resuelta a nivel infraconstitucional, interpretación que, a la luz de los principios constitucionales que emanan de los arts. 16 y 75, incs. 22° y 23° de la CN; 5.5, 19 y 24 de la CADH; 3, 5, 37 y 40 de la CDN; y 10, 11 y 39 de la CCBA -preteridos en la decisión impugnada-, así como de los compromisos asumidos internacionalmente, ha dejado de ser plausible, por lo que no se trata la denunciada de una mera discrepancia con la inteligencia que cabe asignar a los preceptos legales invocados.

Por el contrario, la decisión recurrida implicó admitir la posibilidad de que las personas menores de edad puedan ser sometidas a idéntico tratamiento penal que el previsto para los adultos, lo que se halla expresamente vedado.

Se afirmó que el modelo de la protección integral propuesto por los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos importa el otorgamiento a los niños de los mismos derechos con que cuentan los adultos y, a su vez,



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

el reconocimiento de otros derechos propios que derivan de su condición de personas en proceso de desarrollo. Entre ellos, la prohibición absoluta de que los jóvenes se vean sometidos a una amenaza de pena que, en su *quantum*, en nada difiera de las previstas para los adultos, pues ello, justamente, significa el menosprecio de la misma condición de persona en evolución, o sea, de la misma condición de niño.

La decisión impugnada mediante el recurso de inconstitucionalidad, en cuanto circunscribió a la mera literalidad de los arts. 1 y 4 de la ley *de facto* 22278, afirmando que no se trata la presente de la etapa procesal oportuna para practicar la reducción conforme a la escala de la tentativa y tomarla como monto punitivo en abstracto y, con ello, desvincular al joven imputado de la presente persecución penal, implicó la inoperatividad de los derechos a la igualdad, a una legislación específica, a contar con una protección integral, y a ser respetado en su autonomía progresiva que lo amparan (arts. 16 y 75, incs. 22° y 23°, CN; 5, 19 y 24, CADH; 3, 5, 40.3, CDN; 10, 11, 39, CCBA).

Al propio tiempo, se realizó una exégesis en perjuicio de quien resiste la imputación penal, procedimiento que viene expresamente vedado por el principio *pro homine* (arts. 75, inc. 22°, CN; 29.b, CADH; y 5.2, PIDCyP), en tanto "criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre" (PINTO, Mónica, *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos y por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS/Editores Del Puerto, 1997, p. 163).

Se denunció también una peculiar interpretación de las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Maldonado" y su aplicabilidad –sin más– en la presente para el rechazo que por esta vía recurre, por



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

cuanto se ha desconsiderado lo allí sostenido en cuanto a que, en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona, *“no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto”*; lo que –lejos de limitar su alcance a situaciones de imposición de pena en concreto- habilita a extender su empleo al tiempo de considerar la amenaza penal en abstracto, como se había propiciado.

Se dijo que los jueces tienen la obligación de efectuar una interpretación que compatibilice la normativa infraconstitucional con los preceptos constitucionales (CSJN, *Fallos*: 331:1664), al tiempo que deben realizar un control de convencionalidad de las normas jurídicas (Corte IDH, cfr. casos “Boyce y otros”, sentencia del 20/11/2007; “Almonacid Arellano y otros”, sentencia del 26/09/2006; y “La Cantuta”, sentencia del 29/11/2006).

Se expuso que ante las omisiones legislativas señaladas y el reclamo concreto de subsanación de dichas falencias mediante la propuesta de una interpretación constitucionalizada de un precepto que riñe seriamente con dicha normativa, su rechazo jurisdiccional configura un incumplimiento internacional adicional al ya verificado, además de una grave agresión al mandato que emerge del art. 10 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

D.- El tribunal de apelación, en fecha 3 de mayo de 2013, resolvió declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad deducido por el Asesor Tutelar de Cámara.

E.- A raíz de esa decisión se interpuso un recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado (art. 33, ley 402). Por medio de ese recurso se realizó una crítica suficiente de los argumentos dados en el auto denegatorio de Cámara de Apelaciones.

F.- Por último, en fecha 23 de diciembre de 2013, el Tribunal Superior de Justicia de la CABA resolvió rechazar el recurso de queja interpuesto.

### III.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

#### 1. Interés concreto



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

Del relato expresado en el punto que antecede puede apreciarse sin dificultad mi interés particular en lograr la revocación de la resolución del tribunal *a quo* de fecha 23 de diciembre de 2013, presupuesto del recurso que aquí se intenta. La resolución en crisis, al resolver el cese de la intervención de la Asesoría Tutelar, provoca un perjuicio efectivo en los intereses de este órgano del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, toda vez que lo decidido por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires priva a este órgano de un ejercicio válido y legítimo de sus funciones de raigambre constitucional en un proceso penal.

Al tomar esa determinación, el máximo tribunal local no observó la profusa normativa local, nacional e internacional que impone la participación procesal de un órgano estatal apropiado, especializado, que asista jurídicamente al niño punible cuando se lleva adelante un proceso penal en su contra (art. 42. b. iii, CDN; art. 1º de la ley 2451; entre otros).

El tribunal superior de la causa convalidó la sorpresiva y abusiva expulsión de los representantes del Ministerio Público Tutelar. Es decir que, de ahora en más, el asesor de menores, en principio, no podrá en esta causa ejercer sus facultades ante el Tribunal Superior de Justicia, en contraposición al claro mandato legal y constitucional que lo obliga a continuar en todas las instancias con su labor de asesoramiento jurídico de la persona menor de dieciocho años de edad al momento del hecho. Además, de acuerdo a los parámetros que fija el tribunal *a quo* en su resolución, el asesor tutelar tampoco podrá seguir actuando en el resto del procedimiento penal seguido contra el joven del modo en que lo prevén los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos referidos a la infancia.

En rigor, si bien el criterio del tribunal superior de la causa tiene como efecto inmediato la separación del asesor de menores del proceso penal y, por ello, son sus funciones las cercenadas inválidamente, en definitiva ese agravio repercute en forma inocultable en las garantías constitucionales del joven de ser juzgado en un sistema judicial especializado (art. 40. 3, CDN) y de contar con una asistencia jurídica adecuada para velar por la observancia de los derechos sustantivos y procesales inherentes a su condición etaria al momento del hecho delictivo (art. 40.2.b.iii, CDN). Desde



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

este punto de vista, el interés jurídico de mi parte en lograr la revocación de la resolución de fecha 6 de noviembre de 2013 tiene una inocultable y decisiva nota dominante de índole federal que, al propio tiempo, se relaciona con su actualidad (art. 40.2.b.iii y 40.3, CDN). El alcance de estos derechos constitucionales, pues, se ve restringido desde el mismo momento en que la resolución generó efectos procesales, por lo que la actualidad del interés en la revocación de ésta alcanza evidente notoriedad.

## **2. Sentencia definitiva o equiparable a tal**

La resolución en cuestión, dictada por el tribunal superior de la causa, es recurrible por este medio extraordinario ya que resulta equiparable a una sentencia definitiva, en tanto que la expulsión del Ministerio Público Tutelar del proceso penal no será posible de ser reestablecida durante el proceso por otra vía distinta a la presente. Esta circunstancia conlleva la imposibilidad de toda actuación posterior del órgano excluido, lo que pone en evidencia los efectos definitivos de la resolución recurrida y la inexistencia de otra oportunidad útil para obtener el amparo de los derechos constitucionales de los niños violentados por ella.

Una tutela razonable del derecho constitucional que tiene toda persona menor de dieciocho años de edad a ser juzgada en un proceso penal en el que participen órganos especializados no podrá ser efectuada sino en esta instancia, en este momento. En lo que puede catalogarse como un evidente incumplimiento por parte de los órganos locales competentes de lo dispuesto en la legislación procesal local (ley n° 2451) y en la Constitución de la Nación Argentina (v. arts. 40.3, CDN y 75, inc. 22, CN), en el proceso penal seguido contra jóvenes menores de dieciocho años de edad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no participan actores judiciales especializados en materia penal juvenil (v.gr. fiscal, juez, defensor oficial), salvo el asesor tutelar. Vista esta situación, en virtud de la expulsión del representante del Ministerio Público validada por el Tribunal Superior de Justicia local, en lo que resta del proceso penal el juzgamiento de un delito supuestamente cometido por personas menores de dieciocho años de edad será llevado a cabo sin la intervención del único órgano de los exigidos por la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 40. 3 en funciones en la ciudad de Buenos Aires.



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

Asimismo, ello también revela una cuestión de gravedad institucional, en atención a que los jueces del Tribunal Superior de Justicia no repararon en que el incumplimiento de los principios establecidos en la mencionada Convención, al que nos expone el fallo aquí criticado, compromete la responsabilidad del Estado ante los organismos internacionales (arts. 2.1 y 4, CDN). En este sentido, cabe aducir que de vuestra jurisprudencia surge que reviste gravedad institucional la posibilidad de que se origine la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales (CSJN, *Fallos*, 319:3148).

### **3. Cuestión federal**

a) La cuestión federal involucrada en el presente caso se basa en el debido respeto del correcto alcance y sentido del principio constitucional de especialización del sistema de justicia en el que se lleva a cabo el juzgamiento de personas que, al momento de la comisión de un hecho delictivo, tengan menos de dieciocho años de edad, en su conexión con el derecho del niño a contar con una asistencia jurídica adecuada (art. 5.5, CADH; arts. 40.2.b.iii y 40.3, CDN, y art. 75, inc. 22, CN). Puede decirse que lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia vulnera principios básicos relacionados al juzgamiento penal de una persona menor de dieciocho años al momento de la comisión del presunto delito.

El artículo 5.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece claramente que los niños que sean acusados de infringir leyes penales deben ser sometidos a un sistema especializado de justicia (v. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe titulado “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas” (2011), p. 81).

El principio de especialización en materia penal juvenil se traduce básicamente en la existencia de un régimen integral para jóvenes que se caracterice por poseer una competencia específica para actuar cuando los hechos presuntamente delictivos sean cometidos por personas menores de dieciocho años de edad, y conformar un sistema especializado con normas y procedimientos diferentes al de los adultos, con jueces y funcionarios especialmente capacitados en cuestiones relativas a los derechos humanos de los niños.



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

De ello se deriva que los procesos en este régimen integral deberán contar “con una ley de fondo, un procedimiento y actores procesales especializados en materia de infancia y adolescencia en conflicto con la ley penal” (v. Seguimiento de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Dirección Nacional de Asistencia Directa a Personas y Grupos Vulnerables de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina, con la colaboración del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia; Directora Nacional Lic. Victoria Martínez; 2007; pág. 62/63).

Entonces, resulta evidente que el principio en cuestión debe formar parte del sistema penal juvenil y debe calificarlo como un sistema especializado por las características propias de su razón de ser, esto es, su finalidad, sus técnicas de intervención, garantías y mecanismos procesales, entre otras (v. art. 40, CDN). También es inobjetable, desde este punto de vista, que la existencia de funcionarios con particulares condiciones y versación es un pilar fundamental de la estructura de ese sistema, y que en nuestro medio el asesor tutelar es uno de esos funcionarios (v. art. 155, ley n° 2303, art. 40, ley n° 2451 y arts. 46 y sgtes., ley n° 1903).

Visto todo ello, cabe concluir que la aplicación de este sistema juvenil especializado se efectúa teniendo en cuenta la edad del joven al momento del hecho delictivo que se le atribuye. Por lo cual, el *corpus iuris* de la infancia resulta aplicable también a quienes alcanzaron los dieciocho años de edad durante el transcurso del proceso.

Si ello es así, no existe razón alguna para sostener, sin contrariar el correcto alcance del principio de especialización, que uno de los actores especializados (v.gr. el asesor tutelar) debe dejar de intervenir en el momento en el que el imputado alcance los dieciocho años de edad. Ante una postura contraria, la correcta observancia del mentado principio sería doblemente puesta en crisis; de un lado, se dejaría de aplicar, sin razón alguna, un segmento de la ley procesal específica que determina la intervención del asesor tutelar como regla del procedimiento cuando el niño tiene menos de dieciocho años de edad al momento del hecho (arts. 1° y 40, ley n° 2451) y, del otro, se excluiría, sin fundamento normativo alguno y en contravención con los principios de



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

raigambre constitucional, a uno de los actores procesales especializados, idóneos para participar en el proceso penal juvenil desde su inicio —con la constatación de la existencia de una persona menor de dieciocho años de edad al momento de la comisión del hecho— y hasta su finalización —con una sentencia definitiva—, por su capacidad para abordar y actuar en función de las particularidades propias del sistema, las que, vuelvo a decirlo, se vinculan con el concepto conocido como edad mínima a efectos de responsabilidad penal, esto es, con la edad del imputado al momento del hecho objeto del proceso. Es que este concepto es nuclear en el sistema penal juvenil; él define las reglas y particularidades propias del enjuiciamiento y sanción de ese sistema; por él se aplica al imputado una legislación específica con órganos especializados para que actúen durante todo el desarrollo del proceso penal; por él, en definitiva, interviene el asesor de menores para velar por los derechos constitucionales de quien tiene al momento de los hechos la edad mínima a efectos de la responsabilidad penal.

Recuérdese aquí, previo a continuar la exposición, que V.E. ha sostenido que la opinión de los órganos internacionales de protección de los pactos “constituye una guía para la interpretación de los preceptos convencionales” (CSJN, Fallos, 318:514). El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en su Observación General n° 10 sobre “Los derechos del niño en la justicia de menores”, sostuvo en la consideración de la edad mínima a efectos de responsabilidad penal (EMRP), que si los niños cometen un delito antes de cumplir la EMRP el presupuesto irrefutable es que no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables de un procedimiento penal”. A su vez, en ese mismo instrumento en forma inmediata posterior también se afirmó que “los niños que tengan la EMRP en el momento de la comisión de un delito (o infracción de la legislación penal), pero que tengan menos de 18 años, podrán ser objeto de una acusación formal y ser sometidos a un procedimiento penal. Sin embargo, estos procedimientos, incluido el resultado final, deben estar plenamente en armonía con los principios y disposiciones de la Convención (...)” (v. párrafo 31).

La edad mínima a los efectos de la responsabilidad penal en nuestro sistema se halla establecida a los dieciséis años (art. 1, ley de facto 22278). A su vez, la edad máxima para la aplicación del sistema penal juvenil definido por



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

la Convención sobre los Derechos del Niño —entre los que quedan abarcados tanto la legislación procesal específica como la intervención de órganos especializados— resulta ser la edad de dieciocho años al momento del hecho objeto del proceso penal, aun cuando se reconozca como aceptable, en la interpretación de la misma Convención, la posibilidad de que se apliquen las normas y reglamentos de la justicia penal juvenil a personas mayores de dieciocho años de edad al momento de la comisión del hecho delictivo, por lo general hasta los veintiún años de edad (v. Observación General n° 10 sobre “Los derechos del niño en la justicia de menores”, párrafo 38).

De todas formas, lo trascendental es que el principio absoluto resulta ser aquel según el cual “las normas de la justicia de menores, especiales tanto por lo que respecta al procedimiento como a la remisión de casos y la adopción de medidas especiales, deberán aplicarse, a partir de la EMRP establecida en el país, a todos los niños que, en el momento de la presunta comisión de un delito (o acto punible de acuerdo con la legislación penal), no hayan cumplido aún 18 años de edad” (Observación General n° 10 sobre “Los derechos del niño en la justicia de menores”, párrafo 36).

Por lo demás, las personas que al momento de realizar una conducta delictiva cuenten con menos de dieciocho años de edad deben tener una asistencia jurídica especializada, adecuada a las exigencias propias de su particular condición etaria (art. 40.2,b.iii, CDN). Esto último obliga al Estado a prever para el niño el otorgamiento de mayores herramientas jurídicas en comparación con una persona mayor de edad, es decir, el Estado debe prever el establecimiento de órganos que como medios de asesoramiento adecuado acrecienten la eficacia de los derechos de la persona menor de dieciocho años de edad al momento de la comisión del delito. El Estado, en función del art. 19, CADH, debe admitir diferencias de trato en este sentido, pues la condición de niño así lo exige (v. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n° 17/2002).

En la opinión consultiva traída a colación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos aseguró que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos —menores y adultos— y tienen además derechos



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos del Estado (párrafo 54).

En el mismo sentido se ha expedido V.E. cuando, después de reconocer la vigencia en nuestro país del Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, aseveró que “partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos”, pues ello implicaría “arribar a un segundo paradigma equivocado como aquel elaborado por la doctrina de la ‘situación irregular’ de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo”. En suma, según vuestro criterio coincidente con el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado” (CSJN, *Fallos*, 328:4343).

Es éste el razonamiento a partir del cual se debe concluir que el asesor tutelar, en la justicia penal, contravencional y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es un órgano que responde cabalmente a la exigencia constitucional de asesoramiento jurídico especializado y a la vez adecuado, dado que responde, por un lado, a la exigencia constitucional derivada del art. 40.2.b.iii, CDN, en tanto su labor se comprende en el proceso penal como una labor técnico-jurídica de asistencia del niño, y, por el otro, y sobre todo, al mandato también constitucional que establece la necesidad de adoptar, respecto de los niños, medidas de protección adicional de derechos sustantivos y procesales de raigambre constitucional o legal, debido a la situación específica en la que ellos se encuentran (art. 19, CADH).

Por lo tanto, aquellas “medidas de protección” que menciona el Comité de los Derechos del Niño como de obligatoria aplicación en el juzgamiento de personas que en el momento de la presunta comisión de un delito no hayan



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

cumplido aún dieciocho años de edad deben abarcar, entre otros aspectos, la previsión de un mecanismo de asesoramiento jurídico especializado. Es por ello que el asesor tutelar debe ser considerado como un medio específico del sistema penal juvenil tendiente a que el ejercicio de los derechos del niño frente al poder punitivo estatal se desarrolle con la debida atención de sus condiciones especiales, de una manera más favorable que la de un adulto en la misma situación. Esta es la postura que logra adecuarse a las exigencias del Sistema de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, que reconoce al niño como un sujeto de derechos privilegiado.

Es esta misma consideración del niño, propia del paradigma de la Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes y ajena al derogado Sistema de Situación Irregular, la que permite valorar la intervención del asesor tutelar como una actuación que de ningún modo se asienta en un sentido paternalista o tutelarista que considere al "menor" objeto de protección y justifique, así, la intervención discrecional estatal a través del argumento de la tutela. A juzgar por el régimen legal vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (leyes nº 114 y nº 2451), de obligatoria observancia para los órganos jurisdiccionales locales al momento de interpretar y definir el alcance de los derechos de los niños, no hay lugar para medidas de disposición sobre el joven imputado que exijan un rol asistencial del asesor tutelar; es más, medidas como éstas en un proceso penal en nuestro ámbito se encuentran absolutamente proscriptas. De esta forma, resultaría un absurdo manifiesto utilizar la lógica y los parámetros del sistema tutelar de la derogada ley del Patronato de la Infancia o de reglas procesales ajenas al ámbito autónomo de la Ciudad de Buenos Aires (arg. art. 129, CN) para desentrañar el sentido de la intervención de un órgano especializado de asistencia jurídica adecuada, el asesor tutelar, en un régimen procesal penal juvenil que en su normativa respeta cabalmente las imposiciones constitucionales en la materia, es decir, que respeta las imposiciones del Sistema de Protección Integral antes mencionado.

En fin, resulta obligatorio, a más de legítimo, sostener que el asesor tutelar en el proceso penal juvenil no interviene en función de una supuesta situación de incapacidad de hecho del joven imputado, sino que lo hace, en lo que puede ser definido como un punto central del análisis de su rol y funciones (v. arts. 1º; 31, incs. 4 y



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

6; y 40, ley n° 2451), con motivo, justamente, de la capacidad jurídico penal de la persona menor de dieciocho y mayor de dieciséis años.

En conclusión, el derecho del niño a ser asistido jurídicamente en forma adecuada a través de órganos especializados (arts. 40.2.b.iii y 40.3, CDN; y art. 19, CADH) impone considerar al asesor tutelar como parte insoslayable del sistema penal juvenil que se aplica a todo el juzgamiento de quien, al momento de la supuesta comisión del hecho delictivo, cuenta con menos de 18 años de edad. Por lo que su exclusión anticipada del procedimiento no hace sino contrariar esos derechos constitucionales.

La posibilidad de que el joven alcance la mayoría de edad durante el transcurso del proceso no hace mella en las conclusiones arribadas. Por el debido alcance de la antes aludida especialidad del sistema, los órganos jurisdiccionales especializados, la legislación específica y la intervención de sujetos especializados de asistencia adecuada responden a principios normativos relacionados únicamente con la edad en la que el imputado al tiempo del hecho delictivo que se le atribuye. Lo que particulariza al delito como objeto del sistema penal juvenil es, pues, la edad del imputado al momento de su comisión, circunstancia que proyecta la aplicación de todos los principios y todas sus implicancias a todo el procedimiento penal.

b) Además es dable poner de resalto las consecuencias que tiene el exceso cometido en esta causa al desconocer el rol constitucional del asesor tutelar en el proceso penal. Vista la manera en que se pronunciaron los órganos jurisdiccionales locales, y en atención a los fundamentos que brindaron para ello, una breve aclaración se impone, pues nuestro sistema de garantías (arts. 18 y 33, CN) impide tolerar situaciones de arbitrariedad como las cometidas, las que lesionan al principio republicano de gobierno que debe regir imperiosamente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 1°, 5 y 129, CN) y al de debido proceso legal recogido en el art. 18, CN. Ello así puede decirse dado que, al resolver la cesación de la intervención del asesor de menores sin basamento legal alguno, la Cámara de Apelaciones se arrogó facultades legislativas y así creó una norma procesal inexistente, tras soslayar la imposición propia del derecho



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

procesal penal según la cual sus reglas deben ser definidas y dispuestas por una ley formal.

La Nación Argentina adopta la forma republicana de gobierno, según lo dispone el art. 1º de la CN. De ello se sigue, entre otras cosas, la división básica del poder estatal en poder legislativo, ejecutivo y judicial. Esta separación del poder implica atribuciones propias de cada uno de ellos. Se ha interpretado la finalidad de este sistema de división de poderes en la necesidad de control, la posibilidad de libertad y la garantía de derechos de las personas. Además se dijo que “la doctrina de la división de los poderes o de la separación de las funciones, especialmente en nuestras sociedades modernas, halla su causa y finalidad en la especialización que pide el cumplido ejercicio de las diversas funciones que deben satisfacer los Estados. La distribución de dichas funciones en órganos cuya integración personal y medios instrumentales está pensada con arreglo a la especificidad de aquéllas, es prenda de un mejor acierto de sus proyectos y realizaciones” (CSJN, *Fallos*, 310:120). En síntesis, por diversos motivos, según este principio constitucional, la actividad legislativa es ajena al poder judicial por el riesgo que ello trae de poner en crisis el sistema de gobierno diseñado por la Constitución de la Nación Argentina.

De acuerdo a lo que establecen los arts. 5, 123, 129 y cctes. de la CN, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el ejercicio de la facultad de jurisdicción debe respetar el principio republicano de gobierno. En este sentido, las leyes tienen origen en la legislatura, y los órganos jurisdiccionales no deben arrogarse facultades legislativas y, por lo demás, deben desempeñar sus funciones de conformidad con lo que prescriben las leyes. Cualquier extralimitación en el ejercicio de estas facultades significará un menoscabo del principio contenido en el art. 1 de la Constitución de la Nación Argentina. Si ello sucede, corresponde que V.E. intervenga para procurar la corrección del principio base de nuestro sistema de gobierno, que la Ciudad de Buenos Aires y las provincias acordaron respetar. Se dijo en este sentido que “si bien la Constitución Nacional garante a las provincias el establecimiento de sus instituciones y la elección de sus autoridades sin intervención del gobierno federal (arts. 5 y 122), las sujeta a ellas y a la Nación al sistema representativo y republicano de gobierno (arts. 1 y 5) y encomienda a la Corte el asegurarla



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

(art. 116) con el fin de lograr su funcionamiento y el acatamiento a aquellos principios que todos en conjunto acordaron respetar al concurrir a la sanción de la Constitución Nacional” (CSJN, *Fallos*, 325: 3514).

Con igual razonamiento se puede apreciar que el principio del debido proceso legal funciona en nuestro sistema cual instrumento que persigue una concreta meta de contenido político: garantizar y resguardar la seguridad jurídica contra los actos de la autoridad que imponen un arbitrario uso del poder. Por ello es que, sobre todo en materia procesal penal, resulta ineludible la determinación de los actos de procedimiento mediante una ley formal. El debido proceso adjetivo como institución de un Estado de Derecho consolida los diversos derechos y garantías generales del justiciable, y es así “generalmente caracterizado por la invocación de los elementos que lo integran y cuyos méritos derivan de la conformidad entre el enjuiciamiento y la ley, pero también entre ambos y la justicia” (Cfme. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Panorama del debido proceso (adjetivo) penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en AAVV Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, Konrad AdenauerStiftung, Vol. 2006-II, pág. 1125).

Con suma claridad surge esta garantía procesal en el sistema penal juvenil, de la manera como lo receipta la Convención sobre los Derechos del Niño. Este instrumento jurídico se refiere expresamente al principio de legalidad del procedimiento, que presupone que el proceso penal debe estar fijado por ley y ésta no debe ser alterada por los jueces (art. 40, inc. 2º. b. III, CDN).

En definitiva, en virtud de este principio es que corresponde a la ley adjetiva establecer las condiciones necesarias para que actúe la ley sustantiva: instituir los órganos públicos que deben intervenir; determinar las reglas de su competencia; prefijar los actos que ellos deben ejecutar y las formas que han de observar, de modo que el proceso constituye un instrumento jurídico indispensable de la justicia penal y fundamentalmente inalterable por parte de los jueces.

Por ello, una resolución jurisdiccional que, a contramano del derecho procesal vigente, altere el proceso judicial mediante la flagrante creación de una regla procesal inexistente (v.gr. cesación de la intervención del asesor



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

tutelar cuando el imputado menor de dieciocho años al momento de la comisión del delito adquiere la mayoría de edad durante el proceso) representará no otra cosa que una afrenta al principio del debido proceso legal dispuesto por los arts. 18 y 33, CN. Ello es así sobre todo en los casos en que ya existe una norma procesal en vigor que regula expresamente el punto sobre el cual pretende "legislar" el órgano jurisdiccional (v.gr. arts. 1º; 31, incs. 4 y 6; y 40, ley 2451) y que debe ser inexorablemente aplicada, en tanto derecho procesal vigente, para dar fundamento legal a cualquier eventual resolución jurisdiccional. No hay dudas de que la doctrina de la arbitrariedad desarrollada en vuestra jurisprudencia tiende a resguardar la garantía del debido proceso ante resoluciones como la descripta, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente (CSJN, *Fallos*, 331:1090, entre muchos otros).

De otro lado, la resolución del máximo tribunal local que rechazó la queja interpuesta por esta parte pasó por alto y, así, avaló la violación del principio del debido proceso legal denunciada oportunamente. Mediante falaces argumentaciones el tribunal *a quo* decidió el rechazo de la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado que tenía por fin remediar la afectación constitucional provocada por la decisión de los jueces de la Cámara de Apelaciones.

Recuérdese que en el recurso de inconstitucionalidad esta parte había hecho notar que la resolución de la Cámara de Apelaciones fue dictada en un claro exceso de sus facultades jurisdiccionales, al margen de la normativa procesal vigente y por fuera del ámbito de su competencia apelada, todo lo que resultaba altamente lesivo para con el principio republicano de gobierno y la garantía del debido proceso legal.

El Tribunal Superior de Justicia de la CABA al momento de resolver el recurso de queja que tenía por objetivo, entre otros, la subsanación de tal atropello, pasó por alto esa afectación de principios constitucionales denunciada.

Así las cosas, permanece vigente la necesidad de saldar ante vuestros estrados la discusión en torno a la aptitud de los jueces de Cámara para decidir una cuestión no introducida en un recurso de apelación que provoca un perjuicio en la situación procesal del apelante. Con ello permanece también la necesidad de remediar la afectación del debido proceso legal provocada por los jueces de la Cámara



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

de Apelaciones del Fuero Penal Contravencional y de Faltas de la CABA y consentida por los jueces del Tribunal Superior de Justicia de la misma ciudad.

#### **4. Sentencia dictada por el superior tribunal de la causa**

Sin hesitación alguna, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es el tribunal superior de la causa y fue su resolución la que decretó el definitivo apartamiento del Ministerio Público Tutelar del proceso penal. Por esa razón, ese agravio ya no podrá ser debatido en la órbita final, ámbito en el que la discusión sobre la cuestión constitucional suscitada quedó definitivamente cancelada.

#### **5. Refutación de los argumentos del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

a) El TSJ resolvió rechazar la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado interpuesta.

La jueza Alicia Ruiz consideró que la queja debía ser rechazada porque el Ministerio Público Tutelar no tenía legitimación procesal para intervenir en el presente proceso, de conformidad con lo resuelto en el expediente n° 7287, "Asesoría general Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado RJL s/ infr. Art. 189 bis CP".

El juez José Osvaldo Casás sostuvo que la queja interpuesta no contenía nuevos argumentos que permitan derribar las razones que fundaron la doctrina del Tribunal sobre los alcances de la legitimación del Ministerio Público Tutelar en casos como el presente —exptes. nros. 7287/10 y 8171/11—, y que esta parte no había logrado exponer un caso constitucional en torno a la interpretación que los jueces de mérito hicieron del art. 40, RPPJ.

El juez Francisco Lozano sostuvo que "la recurrente discrepa con la interpretación que los jueces de mérito formularon del art. 40 RPPJ" y que no existe caso constitucional. A su vez el juez Lozano coincidió con el juez Casás en cuanto que la queja no contenía argumentos que logran derribar las razones que fundan la doctrina del Tribunal sobre los alcances de la legitimación del Ministerio Público Tutelar.



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

La jueza Ana Conde adhirió en forma simple al voto del juez Casás.

Por último, la jueza Inés M. Weinberg de Roca sostuvo que el asesor tutelar no debe intervenir en todos los procesos penales en que el imputado sea menor de edad sino en los supuestos excepcionales del art. 49, inc. 2º, ley 1903.

b) De lo reseñado es dable advertir que los fundamentos que conformaron la mayoría son: la pacífica jurisprudencia del TSJ a partir del precedente "R" (expte. n° 7287/10) y que no hay un caso constitucional.

Corresponde comenzar, entonces, por abordar el precedente que la resolución impugnada cita como el inicio de la pacífica jurisprudencia del tribunal.

En el precedente "R" el juez Casás adhirió en forma simple a los votos de los jueces Conde y Lozano.

El único fundamento del juez Lozano en el precedente "R" fue que una vez adquirida la mayoría de edad por la persona involucrada en el proceso, dado que en ese momento cesa la necesidad de velar por el efectivo ejercicio de los derechos y garantías especiales que asisten a la persona menor durante el proceso judicial, cesa también en esa oportunidad la participación de la asesoría.

Lo afirmado por el juez Luis Lozano se da de bruce con cualquier entendimiento razonable de los derechos propios del imputado en un proceso penal juvenil. Existe una confusión conceptual que en definitiva se concreta en perjuicio del sujeto de derecho sometido a la justicia penal.

Un entendimiento conforme a razón, no arbitrario, de la Convención sobre los Derechos del Niño conduce a la siguiente regla interpretativa: el dato que justifica toda la asignación de todos los derechos constitucionales específicos a quien resulta imputado en la específica justicia penal juvenil es la minoría de dieciocho años de edad del autor al momento del hecho. Esa asignación, en virtud de este dato, no cesa cuando este último cumple la mayoría de edad; la vigencia de los derechos específicos no termina cuando el imputado alcanza los dieciocho años de edad durante el proceso; la necesidad de velar por el efectivo cumplimiento tampoco finaliza por este motivo; por lo



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

tanto, resulta ciertamente arbitrario hacer cesar la intervención de quien participa en el proceso penal para velar por el efectivo ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. El razonamiento ajustado a derecho es el opuesto al del juez, claramente.

Vuestra Excelencia ha sopesado y valorado adecuadamente en esta materia la incidencia de la edad al momento del hecho criminal y **la necesidad** de velar por el efectivo ejercicio de los derechos y garantías especiales durante todo el proceso, aun cuando el imputado alcanzara la mayoría de edad. Así, ha afirmado categóricamente que la consideración de "la minoridad al momento del hecho" resulta constitucionalmente obligatoria principalmente por aplicación del art. 40, inc. 1º, de la Convención sobre los Derechos del Niño (CSJN, *Fallos*, 328:4343).

Afirmaciones imprudentes como la del juez Luis Lozano ponen en crisis no sólo al derecho del niño a contar con una asistencia jurídica adecuada, sino a todos y cada uno de los derechos y garantías especiales que tiene en juicio una persona menor de dieciocho años al momento de la comisión del hipotético hecho delictivo. Es que, según su visión, el hecho de que el joven imputado alcance la mayoría de edad produce como consecuencia **la cancelación de la necesidad de velar por sus derechos y garantías constitucionales**.

Por lo demás, la postura del juez Luis Lozano, de ser consentida, nos llevaría a una situación jurídicamente insostenible, pues según cuál sea el momento de inicio de un proceso penal, cuestión ajena a la voluntad de la persona imputada, **una persona menor de dieciocho años de edad al momento de la comisión del eventual delito** tendrá o no los derechos especiales que por esa condición le son dispuestos. Dicho en otros términos, según las expresas palabras expuestas en el voto del juez Luis Lozano, si una persona menor de dieciocho años de edad al momento del hecho es juzgada durante su minoría de edad, ella conservará todos los derechos constitucionales referidos a su condición etaria al momento de la comisión del delito. Pero si otra persona menor de dieciocho años de edad al momento del hecho es juzgada como coautora del mismo hecho referido en el ejemplo anterior una vez que alcanza la mayoría de edad, ella perderá todos los derechos constitucionales que por su minoría de edad al momento del hecho le fueron reconocidos.



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

La jueza Ana María Conde en su voto correspondiente al mencionado precedente "R" manifestó que: (a) la mayoría de edad, en tanto implica la cesación de la incapacidad de la persona, hace cesar también la representación o asistencia sobre el joven; (b) sin perjuicio de que la ley procesal juvenil menciona que el asesor tutelar debe intervenir en determinados actos procesales aun cuando la persona haya superado los 18 años de edad, la intervención de la asesoría tutelar debe cesar, puesto que en el contexto en el cual se sancionó la ley 2451, en realidad, los menores de veintiún años continuaban siendo menores de edad y se justificaba su actuación en la medida en la cual tales personas no tenían capacidad plena de hecho para ejercer sus derechos, pero la modificación del Código Civil impide un paternalismo o proteccionismo extremo sobre quienes tengan 18 años de edad; (c) el cese de la intervención de la asesoría tutelar corresponde al margen de que deba aplicárseles, para su juzgamiento, el régimen procesal vigente al momento de los hechos que se les imputan.

En relación con el punto (a) puede apreciarse sin ningún tipo de dudas que la jueza Ana María Conde, para definir los particulares contornos que a su criterio debe tener la intervención del asesor de menores en un proceso penal, escapa no sólo a la concepción del niño propia del Sistema de Protección Integral de Derechos impuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño, sino también a las particularidades que debe tener el juzgamiento penal de personas que tienen menos de dieciocho años de edad al momento de la comisión del delito.

La jueza adopta un punto de partida distinto al de la legislación procesal vigente, en realidad, no repara ni mínimamente en éste. Es la legislación procesal vigente, en tanto reglamentación de principios constitucionales, el único elemento válido para encarar el cometido de la búsqueda del pleno reconocimiento en el proceso criminal de los derechos sustantivos y adjetivos del niño en conflicto con la ley penal. Uno de esos derechos es el derecho del niño a que su caso sea resuelto en el ámbito de una justicia especializada, la que se caracteriza, entre otras cosas, por la previsión de un procedimiento penal particular definido a través de una legislación específica y por la presencia de órganos que reúnan las condiciones especiales necesarias para asesorar jurídicamente al niño sujeto de la persecución penal. No existe norma



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

procesal alguna que disponga que la intervención del asesor de menores en el juzgamiento de delitos cometidos por jóvenes menores de dieciocho años de edad al momento de su realización deba cesar cuando el imputado alcance la mayoría de edad.

La norma procesal que establece que el asesor tutelar debe intervenir en los procesos donde una persona menor de dieciocho años de edad resulta imputada (art. 40, ley 2451) es una norma jurídica especial que prevé la participación de ese asesor a modo de medida de asistencia jurídica especial y que, como todas ellas, deberá aplicarse durante todo el procedimiento penal a todos los jóvenes que, en el momento de la presunta comisión de un acto penalmente punible, no hayan cumplido aún dieciocho años de edad (art. 1º, ley 2451). Es el dato óptico revelado por la edad de la persona imputada al momento del hecho delictivo lo que determina el ámbito personal de aplicación de todo el sistema de la justicia penal juvenil. La ley penal juvenil en ningún momento adopta otra pauta normativa para fijar la actuación de todos sus actores y órganos que no sean la edad mínima a efectos de responsabilidad penal (EMRP, siglas utilizadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas) y el límite de edad superior para la justicia de menores (v. Observación General n° 10, del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, párrafos 30 a 39).

En atención a todo ello, no hay dudas de que la participación del asesor tutelar en el proceso penal se encuentra directamente vinculada al principio constitucional según el cual toda persona que cuente con una edad inferior a dieciocho años al momento de la comisión del delito debe ser juzgada en un amplio sistema de justicia especializado y eficaz, desde que la edad al momento del acaecimiento del delito es el punto que determina las condiciones particulares de juzgamiento que requieren una atención especial y una legislación y órganos específicos. En consecuencia, el hecho de que el niño supere los dieciocho años de edad durante el transcurso del proceso penal no debe incidir en la satisfacción plena y acabada de esta garantía constitucional (arts. 40.2.b.iii y 40.3, CDN). Así, la intervención del asesor de menores, en tanto su participación en el proceso penal no se relaciona con la incapacidad civil de la persona menor de edad, no debe cesar por cuestiones ajenas a las pautas que imponen



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

una justicia especializada y medios especiales de protección de derechos en casos de niños en conflicto con la ley penal.

La jueza Ana Conde cuando sostiene, en virtud de la modificación introducida con relación a la minoría de edad en el Código Civil, que corresponde excluir al asesor tutelar de este proceso para evitar un proteccionismo o paternalismo extremo, queda atrapada en su propio laberinto argumental. Ello es así pues es su propia visión jurídica del caso la que lleva anejo un trato paternalista propio del vetusto sistema tutelar oportunamente derogado, en principio, por la ratificación de nuestro Estado de la Convención sobre los Derechos del Niño. En rigor, la mencionada convención y las leyes vigentes en nuestra ciudad, entre ellas la ley local 2451, prohíben cualquier tipo de medida de corte “tutelarista” en el juzgamiento penal de una persona menor de dieciocho años de edad. El asesor tutelar, no puede ser entendido de otro modo que como un mecanismo de asistencia jurídica adicional de la persona que al momento de la comisión de un hecho punible cuenta con una edad inferior a dieciocho años de edad. Entiéndase bien, la jueza Ana Conde soslaya los criterios básicos del sistema jurídico de la infancia vigente en nuestro país, propone un examen de la actuación del asesor delineado por los postulados de la doctrina de la situación irregular de menores y resuelve sobre el límite temporal de efectividad de ese medio de protección adicional de derechos del niño sobre la base de este último sistema.

En rigor, no se trata ésta de una crítica a la forma en que la jueza interpretó o debió interpretar el derecho procesal en este ámbito, sino de la puesta en evidencia de la arbitrariedad de su voto, de la vocación dogmática de sus aseveraciones y del apartamiento ostensible del derecho vigente. En síntesis, la jueza Ana María Conde crea, o deroga, según la óptica, derecho vigente; crea una norma jurídica adjetiva referida al alcance del derecho del niño a ser asesorado jurídicamente; crea una regla procesal por la que establece una condición resolutoria inexistente para la actuación del asesor de menores; y resuelve el recurso de éste en base a esa norma que obviamente no rige en el proceso penal juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Lo dicho hasta aquí resulta altamente aplicable como refutación a las afirmaciones vertidas en forma seguida por la jueza (v. punto b).



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

Claramente la jueza advierte que su postura riñe principalmente con la lógica y con el sistema jurídico vigente. En consecuencia, ensaya una aparente justificación para intentar salvar la contradicción entre el ordenamiento jurídico vigente y la norma procesal por ella creada. Sin embargo, en esta empresa la jueza no puede evitar caer en una nueva contradicción, esta vez, con su propia opinión.

En el proceso penal juvenil vigente en la Ciudad de Buenos Aires ninguna medida de protección que no sea netamente jurídica y vinculada a los derechos sustantivos y procesales de naturaleza penal puede ser adoptada en relación a un joven imputado. Ello, de alguna manera, se encuentra implícitamente proscripto por las leyes locales n° 114 (arts. 36 y 45) y 2451 (art. 2) y por la ley nacional 26061 (a contrario sensu, arts. 33 y 40). En este sentido es que el art. 40, ley 2451 establece que el asesor de menores deberá "velar por el efectivo ejercicio de los derechos y garantías [penales y procesales] que asisten a la persona menor de dieciocho (18) años". Desde esta óptica, la jueza nunca pudo haber acudido a este artículo del código de rito para explicar la pertinencia del planteo del asesor de menores en su rol de asistente jurídico adecuado y especializado de una persona menor de dieciocho años de edad al momento del hecho objeto de la investigación penal, esto es, en su rol de parte integrante de los derechos especiales que le corresponden al imputado desde el momento del hecho hasta la finalización de su juzgamiento, para en forma inmediata posterior arribar a la conclusión de que la intervención de ese mismo asistente debe cesar dado que el imputado ha dejado de ser menor de edad y, entonces, no procede un exceso de paternalismo por parte del Estado. Tampoco resulta lógico aducir a partir de aquella misma premisa que el asesor de menores actúa en el proceso penal porque el imputado no tiene, antes del límite máximo de aplicación de justicia penal juvenil (dieciocho años al momento de los hechos, según la Observación n° 10, del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas), la necesaria o plena capacidad de hecho para ejercer sus derechos. Cómo encadenar desde la lógica jurídica la participación obligatoria del asesor de menores en el marco de un Sistema de Protección Integral de Derechos como parte del cúmulo de derechos especiales, particulares que tiene una persona con capacidad jurídica penal, aunque con estatus jurídico privilegiado, con la concepción del menor como sujeto deficitario, incapaz,



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

necesitado de la representación adulta que cesa cuando ese menor adquiere capacidad de hecho. Si la jueza, como no podía haberlo hecho de otra manera, optó para utilizar como proposición de su razonamiento la primera de las afirmaciones, nunca pudo haber arribado lógicamente a la conclusión expuesta en su voto.

Repito, el asesor tutelar interviene como asistente jurídico especializado porque la ley lo obliga a hacerlo de ese modo; su actuación no viene a suplir una incapacidad del joven imputado (art. 40, ley 2451). El asesor tutelar integra el conjunto de derechos que tiene el niño pasible de pena estatal y que forma parte del sistema penal juvenil aplicable durante todo el proceso judicial a todas las personas que en el momento del hecho delictivo se encuentran por debajo del límite superior de edad para la justicia de menores. El asesor interviene entonces con motivo en la capacidad jurídica penal del joven, la que es adquirida entre los dieciséis y dieciocho años de edad (v. arts. 1 y 2 de la ley de facto 22278). Así, el asesor de menores actúa y debe hacerlo durante todo el proceso penal, en todos y cada uno de los actos en donde esté prevista su intervención como asistente jurídico especializado y adecuado. Sobre todo, él debe intervenir en el llamado "juicio de cesura" del proceso penal juvenil, donde se encuentran en juego principios especiales tales como: (i) principio de excepcionalidad de restricción de la libertad conforme lo establecen las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, denominadas Reglas de Beijing (reglas 13.1, 17.1 b y c), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riad (directrices 1 y 2), y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 37.b); (ii) principio de necesidad de un cuidadoso estudio y reducción al mínimo posible de la restricción de la libertad, conforme lo establecen las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, denominadas Reglas de Beijing (regla 17.1.b); (iii) principio de imposición respecto a que la respuesta punitiva de los jóvenes en conflicto con la ley penal debe basarse en la consideración, no sólo de la gravedad de la ofensa sino también en las circunstancias personales, status social, situación familiar, el daño causado por el crimen, el esfuerzo por reparar el daño a la víctima o su voluntad de evadirse de un ámbito de vulnerabilidad penal; (iv) principio de control y balance a afectos de impedir cualquier abuso en el ejercicio



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

discrecional de poder y para salvaguardar los derechos del joven en conflicto con la ley penal.

Un simple y ligero repaso por todas estas consideraciones permite concluir con justeza que en los actos del proceso penal en donde se encuentren comprometidos los derechos de los jóvenes en conflicto con la ley penal será necesaria la asistencia capacitada y experta del asesor tutelar como medio valioso para asegurar el ejercicio juicioso del poder punitivo en decisiones tan particulares como delicadas.

De acuerdo a su opinión (v. punto b), y teniendo en cuenta que en la órbita de la Ciudad de Buenos Aires y, sobre todo, en el presente proceso no interviene otro actor procesal especializado distinto al asesor de menores, para la jueza Ana María Conde el joven imputado en esta causa no debe tener derecho a una asistencia jurídica especializada en actos tan trascendentes como el de la “cesura del juicio”.

Lo aseverado por la jueza en el punto (c) puede definirse sin lugar a dudas como una afirmación puramente dogmática. Al parecer, una arbitraria selección de normas jurídicas le permite manipular las reglas procesales del caso en detrimento de la posición del imputado, obviamente. La jueza decide, con base en motivos ajenos a los principios procesales del sistema penal juvenil, que determinados artículos del código procesal de la materia (v.gr. art. 40, ley 2451) no se aplique de acuerdo al ámbito de operatividad definido por la propia ley (art. 1 de la ley 2451).

La jueza aduce como ajustado su proceder en función del art. 49, inc. 1º, ley 1903, pero pasa por alto su obligación de interpretar esa ley posterior a la incorporación expresa al texto de la Constitución Nacional de la propia Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22, CN) de una manera tal que permita la concreción y satisfacción de los derechos humanos y la concilie con el resto del ordenamiento aplicable, como parte de una estructura sistemática, de modo que mejor concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia penal juvenil (CSJN, Fallos, 328:4343).



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

Por su parte, la jueza Alicia Ruiz, en el mencionado precedente “R”, manifestó que “la queja deducida por el Ministerio Público Tutelar debe ser rechazada ya que las personas en cuyo favor se interpone son mayores de edad”.

El voto de la jueza trae un yerro argumental. Resulta evidente la falta de fundamentación de un voto que empieza y termina por su conclusión. La jueza Alicia Ruiz, ante una queja que trataba de discutir la posibilidad de que sea reconocida la legitimación procesal del asesor tutelar cuando el joven imputado alcanza los 18 años durante el proceso penal, la rechaza porque la presentante carece de legitimación procesal. Así, el voto debe ser calificado como dogmático, infundado y, por ello, arbitrario (CSJN, *Fallos*, 330:4770).

c) En relación al segundo fundamento, cabe decir que la simple lectura del recurso de inconstitucionalidad pone en evidencia lo infundado y dogmático de la afirmación acerca de la falta de proposición de una cuestión constitucional. Surgen del acápite “ANTECEDENTES DE LA CAUSA” del presente recurso, todos los argumentos constitucionales involucrados en el tema y expuestos con claridad en el recurso de inconstitucionalidad que fueron pasados por alto de la manera más expresa posible por el Tribunal Superior de Justicia de la CABA. A modo de ejemplo cabe decir que el tribunal *a quo* en ningún momento contestó la objeción realizada por esta parte que se vinculaba con la necesaria participación del único órgano que en esta causa cumplía con la exigencia del principio de especialización del sistema penal juvenil (arts. 40.2.b.iii y 40.3, CDN, y art. 75, inc. 22°, CN), ni la cuestión vinculada con la posibilidad de la Cámara de Apelaciones de apartar de oficio del proceso, por fuera de los límites de su competencia, a la parte que recurre.

Sin perjuicio de la causal de arbitrariedad suficientemente explicada, cabe afirmar que, puesta en términos sencillos, la cuestión constitucional expuesta en la queja se refiere a si existe un mandato de esa raigambre para establecer un sistema de justicia específico con agentes especializados que juzgue los delitos cometidos por las personas que, al momento de la comisión del hecho, cuenten con menos de 18 años de edad; si ese sistema debe contemplar o no un defensor especializado como garantía del imputado; si la mera presencia de un defensor oficial alcanza para



---

Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

---

Ministerio Público Tutelar

---

Asesoría General Tutelar

---

satisfacer esa garantía; y si esta última cesa cuando el imputado alcanza los 18 años de edad durante el proceso. Expuesta así la cuestión, en ésta no hay referencia a la letra del art. 40 RPPJ ni a su interpretación.

Incomprensiblemente, los jueces del tribunal superior de la causa eluden el punto, evitan todo pronunciamiento al respecto. Para ello aluden en forma infundada a la existencia de una mera discrepancia con la interpretación respecto del art. 40, RPPJ —jueces Casás y Lozano—, o bien insisten en la falta de legitimación procesal del asesor —jueza Ruiz.

d) Abordaré sucintamente aquí los fundamentos de la jueza Weimberg de Roca, que no lograron convencer a sus colegas.

Cabe decir que resulta una interpretación ostensiblemente arbitraria, en razón de que el plexo normativo (ley 2451) que regula específicamente el proceso penal juvenil establece expresamente la intervención del asesor tutelar en todos los procesos penales en que resulte imputada una persona menor de edad. Debiera ser obvio que tal intervención no puede ser soslayada con fundamento en un enunciado normativo –genérico y anterior en el tiempo- que regula la labor de los asesores tutelares ante cualquier fuero. Curioso razonamiento: la ley general anterior deroga a la especial posterior.

e) En conclusión, vistos los votos de los jueces del Tribunal Superior de Justicia de la CABA no cabe sino concluir que a partir de ellos queda evidenciada una afectación al debido proceso en virtud de la falta total de fundamentación (CSJN, *Fallos*, 321:3415).

#### IV.- PETICIÓN

Por las razones expuestas, habiendo demostrado la existencia de todos los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso extraordinario federal en el presente solicito que:

1) Se declare admisible el recurso extraordinario federal y, en consecuencia, se eleve éste a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.



