

**Expte. nº 5541/07 “Ministerio Público –
Asesora General Tutelar de la Ciudad
Autónoma de Buenos Aires c/ GCBA s/
acción declarativa de
inconstitucionalidad”**

Buenos Aires, 27 de abril de 2009.

Vistos: los autos indicados en el epígrafe,

resulta:

1. A fs. 1/19 la Asesora General Tutelar, Dra. Laura C. Musa, interpuso la acción prevista en el art. 113 inc. 2 de la CCBA para que se declare “la invalidez constitucional y pérdida de vigencia (...) del art. 27 de la ley 12” según el cual *“Cuando la persona que estuviere incurso en una conducta calificada como contravención sea menor de 18 años, y ésta pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, el o la Fiscal o la autoridad preventora debe ponerlo/ponerla inmediatamente a disposición del organismo previsto en el art. 39 de la Constitución de la Ciudad* [por ser contrario] a los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, arts. 13, inc. 3, 9 y 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y arts. 7, 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y art. 9, 10, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

Explica que “[e]l legislador constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires receptó, en el texto de la norma originaria, los principios estructurantes de la Convención sobre los Derechos del Niño, inaugurando de esta forma, una nueva relación del Estado con el universo de la infancia y generando un cambio sustancial en la concepción del derecho de niños y jóvenes”. En tal contexto, la norma impugnada, que “legisla el momento de la aprehensión de una niña, niño o adolescente que haya sido sorprendido en una conducta presuntamente infractora de la ley contravencional” constituiría un resabio de la concepción tutelarista, que consideraba a los niños y jóvenes como objeto de tutela y represión, y que institucionalizó la vulneración sistemática de derechos y garantías de los menores y sus familias.

La demanda postula que en tanto las personas menores de 18 años de edad no son punibles para la ley contravencional, excepto para la comisión de las contravenciones de tránsito (art. 11 de la ley 1472), la exclusión del poder punitivo a su respecto debería operar desde el mismo

momento del hecho, y debe eliminar la puesta en marcha de cualquier respuesta estatal posterior. Esto significa, conforme señala la actora, “exclusión absoluta, y el Estado, a través de cualquiera de sus agencias estatales, tiene prohibido inmiscuirse discrecionalmente en la vida del niño”. Ello porque, según sostiene, los procesos de disposición tutelar excluyen explícitamente a la persona menor de edad del ámbito protector de garantías penales para trasladarlo a un sistema que gira en torno a los conceptos de protección, prevención, peligrosidad y resocialización.

Por otra parte, la actora también sostiene que la forma de intervención dispuesta por la norma impugnada “vulnera el principio de culpabilidad penal, consagrado en los arts. 18 y 19 de la CN, art. 13 de la Constitución de la Ciudad, art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 15 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 40 de la Convención de los Derechos del niño, en cuanto se habilita la intervención coactiva en la vida de un niño más allá de la conducta violatoria de la ley contravencional y en virtud de valoraciones respecto de la peligrosidad que su conducta pueda representar para si o para terceros”. En tal sentido, argumenta que “[l]a institución del concepto de ‘riesgo’ define una hipótesis de desviación indeterminada y puramente valorativa, que corresponde al llamado ‘derecho penal de autor’, vedado expresamente por el texto de la Constitución local (...) por el cual el Estado transforma al niño o adolescente en un individuo ‘peligroso’, que debe ser corregido o neutralizado, para su beneficio o para terceros”. Además, el concepto de riesgo generaría un amplio margen de discrecionalidad que autoriza a la autoridad preventora, o al fiscal actuante, a realizar un juicio de valor sobre la situación personal o social del niño o joven sorprendido en una conducta infractora de la norma contravencional”.

Agrega la Asesora General Tutelar que, indisolublemente unido a lo anterior, la norma importaría una “clara vulneración al principio de máxima taxatividad legal, derivado del principio de legalidad” que consagra a los comportamientos (acciones o hechos) como objeto de prohibición normativa sin que pueda ella recaer sobre “una condición o circunstancia personal y/o social, premisa básica de un Estado de Derecho”.

A su vez, también resalta la accionante que el rótulo riesgo entrelazado con la “puesta a disposición” del organismo previsto en el art. 39 de la CCBA “abre un abanico de posibilidades, que legitiman el accionar del funcionario encargado de ejecutar la medida (fiscal o funcionario judicial) y que puede traducirse en un ejercicio arbitrario de la coerción penal, como también en una intromisión indebida en la vida privada de la persona menor de edad imputada, y de su grupo familiar”.

Todo lo cual, a su criterio, consagra una situación sumamente restrictiva de las garantías que surgen del principio de inocencia.

Finalmente, en la demanda se sostiene que la formulación legal del precepto impugnado no asegura el control judicial de las decisiones que la norma admite ni el derecho de defensa del niño o joven imputado. Por un lado, señala que el art. 27 “no establece el efectivo control del juez de las condiciones en las cuales se lleva a cabo la aprehensión de un niño o adolescente presuntamente infractor de la ley contravencional, como tampoco se encuentra regulada la protección legal del derecho a contar con un abogado defensor que pueda cuestionar dicho procedimiento, en violación a lo dispuesto por el art. 18 CN, art. 13, inc. 3 y 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 7 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 9, 10 y 14 del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y art. 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño”.

Por todo ello, la actora solicita que “[s]e haga lugar a la presente acción declarándose la inconstitucionalidad del art. 27 de la ley 12, y la pérdida de vigencia de aquella”.

2. Convocado a dictaminar sobre la admisibilidad formal de la demanda, el Sr. Fiscal General propicio que se la declare admisible (fs. 28/30), temperamento que acogió el Tribunal en su resolución de fs. 34/42. En esa oportunidad, además, se ordenó correr traslado al GCBA y citar al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en calidad de tercero.

3. El GCBA contestó demanda (48/55) y solicitó el rechazo de la acción. En su presentación sostuvo que la lectura atenta de la normativa impugnada “(...) permite afirmar sin lugar a duda que tal organismo [Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes] carece en absoluto de facultades punitivas. Su función es la de promover y proteger integralmente los derechos de niños y adolescentes. De tal manera que (...) de ninguna forma puede implicar que se esté violando la libertad del niño, ni que se lo reprima o se coarte su libertad”. También agregó que el precepto cuestionado persigue “proteger y desarrollar vidas humanas que se inician (...) a fin de que más tarde se integren a la sociedad, con plenitud de derechos con capacidad suficiente para cumplir los deberes que ella impone”. Finalmente, defendió la razonabilidad de la norma, la legitimidad de su objeto y la proporcionalidad de los medios instrumentados para lograr el fin perseguido.

Por su parte, a fs. 64/72, el CDNNyA contestó la citación formulada y requirió “[s]e declare la pérdida de validez constitucional del art. 27 de la

Ley 12” pues, en líneas generales, compartió los planteos formulados en la demanda.

4. Corrida la vista que dispone el art. 21 de la ley 402, el Fiscal General propició el rechazo de la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada. Para sustentar su postura señaló que nuestro sistema constitucional establece una activa intervención del Estado en el reconocimiento y efectivización de los derechos de los niños. Por eso, indica que no puede predicarse “la obligación de abstención de actuar por parte del Estado en casos como los previstos por el art. 27 de la ley 12”. A su criterio, la norma impone actuar a efectos de procurar el efectivo goce de los derechos reconocidos a favor de los niños. También se enfatiza que la norma impugnada regula un supuesto de no aprehensión y que por no tratarse de una intervención jurisdiccional las garantías penales invocadas en la demanda no puede resultar lesionadas por el art. 27 del CPC. De todos modos, señala que alguna de las expresiones usadas por el precepto atacado no resulta feliz aunque, apunta, ello no es suficiente para confundir a los operadores judiciales o de otras agencias estatales. Por eso, también destaca que las competencias del CDNNyA no encuadran ni pueden ser analizadas como si se tratase de la actuación del sistema represivo del estado. En definitiva, el dictamen postula que “el art. 27 de la ley N° 12, no genera sometimiento a juicio de los menores de 18 años de edad a los que allí se aluden, ni conlleva tampoco la imposición de medidas de naturaleza punitiva, sino la intervención en cada caso concreto, del CDNNyA, institución creada en virtud de lo dispuesto por el art. 39 de la Constitución de la CABA, cuya actuación, atento el contexto normativo que la regla, no presenta visos de insertarse en un sistema represivo”.

5. A fs. 106/111 el Tribunal, por mayoría, ordenó la producción de prueba que estimó conducente para la solución del pleito.

6. Los *amicus curiae* que se presentaron en autos —el CELS a fs. 313/318 y el Colectivo de Derechos de la Infancia y Adolescencia de la República Argentina a fs. 334/340— requirieron que se haga lugar a la demanda.

7. El día 18 de noviembre de 2008 se celebró la audiencia pública prevista en el art. 6 de la ley 402. Allí las partes, los *amicus curiae* y el Ministerio Público Fiscal, expresaron sus posturas.

Fundamentos:

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. El juicio entablado a fs. 1/19 requiere establecer cuál es el significado que, desde la perspectiva constitucional corresponde asignar a lo prescripto por el art. 27 del Código de Procedimiento Contravencional. Esa norma establece:

Cuando la persona que estuviere incurso en una conducta calificada como contravención sea menor de 18 años, y ésta pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, el o la Fiscal o la autoridad preventora debe ponerlo inmediatamente a disposición del organismo previsto en el artículo 39 de la Constitución de la Ciudad.

A criterio de la parte actora y para lo que ahora importa, la norma impugnada, que “legisla el momento de la aprehensión de una niña, niño o adolescente que haya sido sorprendido en una conducta presuntamente infractora de la ley contravencional”, constituiría un resabio de la concepción tutelarista, que consideraba a los niños y jóvenes como objeto de tutela y represión, y que institucionalizó la vulneración sistemática de derechos y garantías de los menores y sus familias. La demanda postula que en tanto las personas menores de 18 años de edad no son punibles para la ley contravencional, excepto para la comisión de las de tránsito (art. 11 de la ley 1472), la exclusión del poder punitivo a su respecto debería operar desde el mismo momento del hecho, y debe eliminar la puesta en marcha de cualquier respuesta estatal posterior. Esto significa, conforme señala la actora, “exclusión absoluta, y el Estado, a través de cualquiera de sus agencias estatales, tiene prohibido inmiscuirse discrecionalmente en la vida del niño”. Ello porque, según sostiene, los procesos de disposición tutelar excluyen explícitamente a la persona menor de edad del ámbito protector de garantías penales para trasladarlo a un sistema que gira en torno a los conceptos de protección, prevención, peligrosidad y resocialización. El precepto impugnado, según se sostiene, vulneraría los arts. 18 y 19 de la C.N, 13, inc. 3, 9 y 11 de la CCBA, 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño, 7, 8 y 9 de la Convención sobre Derechos Humanos y 9, 10, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En esa línea, el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante CDNNyA), destacó que “(...) del análisis semántico de la norma cuestionada surgen dos conceptos de raigambre tutelar: ‘riesgo’ y ‘disposición’. Los dos términos denotan una connotación basada en el Sistema de Patronato de Menores, el cual puede ser

ubicado en el abordaje positivista entre los anales del pensamiento criminológico”. A criterio del Organismo, “[e]xiste, respecto de la norma sometida a consideración, una palmaria contradicción con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional (...)”. En tal sentido señala que la ley 26.061, en consonancia con los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño “(...) ha determinado la exclusión de toda facultad de disposición tutelar (...) Consecuentemente, toda facultad de los órganos del estado para inmiscuirse en la vida de los adolescentes derivada dicha intervención por la mera comisión de conductas transgresoras a la ley penal o contravencional, más aún cuando los jóvenes son sujetos no punibles, se encuentra actualmente derogada”. La presentación también destaca que de las estadísticas que maneja “las situaciones que dan lugar a la intervención en virtud del artículo 27 de la ley 12, son aquellas en las cuales los niños y niñas son víctimas” y finalmente postula que “(...) la intervención del Consejo de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, está motivada en su obligación de velar por el respeto de los derechos y garantías de todos los niños, niñas y adolescentes en todos y cada uno de los casos que los involucren” (fs. 64/72).

Por su parte, el GCBA, al defender la constitucionalidad de la norma impugnada en oportunidad de contestar la demanda (fs. 48/55), sostuvo que ella debe ser analizada “(...) no textualmente y desprendida de todo el contexto normativo que integra, sino atendiendo a la integración armónica de todos los preceptos legales y de la manera más acorde con su constitucionalidad”. A partir de ello señala que, en tanto el organismo al que se refiere la norma cuestionada carece de facultades punitivas su intervención “de ninguna forma puede implicar que se esté violando la libertad del niño, ni que se lo reprima o se coarte su libertad”, por eso según indica, ponerlo a disposición del CDNNyA no implica aprehenderlo. Además, la contestación de demanda, enfatiza que el Estado debe garantizar los derechos de los niños y que “[l]o que persigue el art. 27 de la ley 12 es precautelar, proteger y desarrollar vidas humanas que se inician (...) a fin de que más tarde se integren a la sociedad, con plenitud de derechos y con capacidad suficiente para cumplir los deberes que ella impone”. Finalmente, el GCBA aboga en favor de la razonabilidad del art. 27 del CPC en función de la legitimidad de su objeto y la proporcionalidad de los medios previstos para obtenerlo.

A su vez, las presentaciones de los *amicus curiae* (fs. 313/318 y fs. 334/340) concuerdan con la actora en relación con la inconstitucionalidad de normas que se basen en la doctrina de la situación irregular. Sin embargo, el CELS aclara que su postura “no implica de ninguna manera sostener que los niños que se encuentran en situación de vulnerabilidad social no deban recibir atención por parte del Estado en procura del goce

de sus derechos elementales; pero esta obligación no debe ser puesta en manos de agencias del sistema penal, autorizando por medio de una norma a las fuerzas preventoras o al fiscal para intervenir sobre la vida de los chicos". Por su parte, los representantes del CDIA (Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia de la República Argentina), señalaron que el término "riesgo" usado por la norma impugnada "es impreciso e indefinido, queda sujeto a la interpretación del agente estatal: esto es claramente una violación al principio de legalidad ya que el artículo objetado permite la intervención estatal coactiva. Decimos coactiva porque, el niño no obtiene su libertad sino hasta cuando aparezca algún funcionario del organismo mencionado —Consejo de los Derechos de Niño, Niñas y Adolescentes— y lo lleve consigo" aunque, también apuntan que lo anterior no implica que "el estado debe desentenderse de la necesidad de brindar respuestas a los menores de edad que así lo necesiten. Pero de ningún modo podemos avalar que la intervención del Estado sea mediante la privación de la libertad (así sea por pocas horas) y como reacción a una presunta contravención por la cual el estado no puede reaccionar".

Finalmente, el Fiscal General, por los argumentos desarrollados en el dictamen de fs. 76/89 propicia rechazar la demanda. En tal sentido, señaló que "(...) nuestro sistema jurídico, y en particular el de naturaleza constitucional, ha establecido una activa intervención del Estado en el reconocimiento y efectivización de los derechos de los niños, sosteniendo que lejos de ser su deber mantenerse en un rol de exclusión absoluta, tiene por obligación, incluso so riesgo de incurrir en responsabilidad internacional, satisfacer el interés supremo de aquéllos". Luego, destacó que el art. 27 de la ley 12 regula un supuesto de "no aprehensión" en el que "la presunta comisión de una contravención, lejos de autorizar la detención del menor de 18 años y su puesta a disposición de las autoridades judiciales competentes, determina que aquél sea puesto inmediatamente a disposición del CDNNyA (...)" cuando concurren los riesgos allí establecidos. De todos modos, apuntó que "[a]lgunas de las expresiones que, infelizmente, utiliza el art. 27 de la ley N° 12 recuerdan (...)" los "discursos tutelares" pero advirtió que "(...) la mera coincidencia de los verbos empleados no puede confundir a los operadores judiciales o de otras agencias que tengan por misión, cada uno en su rol, la defensa de los derechos de los niños". En esa línea, aclaró que "(...) la actuación que ha de seguir a la puesta a su disposición de las personas menores de 18 años, no puede ser encuadrada y analizada como si de la imposición de sanciones se tratase, o de la actuación del sistema represivo". Por su parte, indicó que "(...) las disposiciones constitucionales (...) mediante las que se establecen garantías procesales y sustantivas del derecho punitivo, no entran en contradicción con la disposición legal atacada, pues

mediante ella no se somete a juicio contravencional a la persona menor de 18 años de edad, ni se resuelve en definitiva la imposición de sanción alguna a su respecto, sino que, justamente, al contrario, esa disposición, más allá de su inapropiada redacción y terminología utilizada, es una de las que determina apartar a dichas personas del aparato coercitivo estatal". En cuanto a la vulneración del art. 11 de la CCBA, el Fiscal general sostiene que el trato diferente que la norma impugnada dispensa al menor esta "generada lógicamente a partir del propio art. 11, inc. 1, del Código Contravencional" y "responde directamente a los fines fijados por las normas constitucionales (...) mediante las que se prioriza el interés de los niños y jóvenes". En definitiva, el Ministerio Público Fiscal concluye que "el art. 27 de la ley 27 de la ley N° 12, no genera sometimiento a juicio de los menores de 18 años de edad a los que allí se alude, ni conlleva tampoco la imposición de medidas de naturaleza punitiva, sino la intervención en cada caso concreto, del CDNNyA, institución creada en virtud de lo dispuesto por el art. 39 de la Constitución de la CABA, cuya actuación, atento el contexto normativo que la regla, no presenta visos de insertarse en un sistema represivo".

2. La extrema tensión que, según se denuncia, existiría entre el art. 27 del CPC y el bloque constitucional invocado por la accionante depende, de modo principal, del significado que se atribuya a la palabra *disposición* usada en el precepto impugnado.

El término "disposición" puede, comprensiblemente, suscitar crítica técnica y despertar rechazo valorativo. Su utilización por normas que han quedado derogadas (vgr. ley 10.903), para ajustar la legislación de protección infantil a los estándares mínimos que imponen los tratados internacionales aplicables, demuestra de modo suficiente que alguna de sus acepciones resulta incompatible con el pleno respeto de los derechos del niño. Sin embargo, no es menos cierto que el uso del término también puede encontrarse en la versión castellana de las Reglas de Beijing de 1985, cuya estricta equivalencia semántica con las versiones en idioma francés o inglés me parece opinable precisamente a propósito del término que nos ocupa (vgr. art. 11.3, Reglas de Beijing).

La solución de la controversia planteada en este pleito, entonces, exige establecer si existe una interpretación constitucionalmente válida del precepto impugnado. En el proceso de decantación inevitablemente quedarán proscriptas las interpretaciones que menoscaben el derecho reglamentado y sólo superarán el escrutinio aquellas que le brinden alguna tutela cuando, además, el modo elegido para instrumentarla resulte válido a la luz de la normativa constitucional aplicable. Vale destacar, entonces, que identificar un sentido inapropiado, como el apuntado, no brinda una solución automática para este proceso. El

parámetro para determinar la inconstitucionalidad de la norma impugnada, frente a la innegable protección que requieren los derechos reconocidos por el ordenamiento a favor de los niños, no depende de verificar que el término disposición tolera usos reprochables, sino en cambio, exigiría demostrar que no admite alguno legítimo. En este terreno, además, debe quedar acreditado que la elección del legislador brinda protección al derecho que pretende regular así como que la instrumentación elegida resulta constitucionalmente válida.

Las aristas que presenta el juicio tornan aconsejable, en realidad, imponen la emisión de una sentencia interpretativa; solución ya identificada como satisfactoria por el CELS en oportunidad de exponer como *amicus curiae* en la audiencia celebrada en los términos del art. 6 de la ley 402.

3. Hay sobradas razones para desechar la interpretación del art. 27 según la cual, mediante el uso de la expresión “poner a disposición” se viene a investir a la autoridad preventora o al ministerio público fiscal de la facultad de privar de libertad al niño, niña o adolescente. Ellas fueron bien abordadas por la actora, en orden a rechazar la posibilidad de admitir normas de derecho interno basadas en la doctrina de la situación irregular.

Parece importante destacar pues ha sido señalado como rasgo censurable, el hecho de que la legislación de menores por mucho tiempo, se manejara con eufemismos tales como que los menores “no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de libertad, sino que ellos son ‘dispuestos’, ‘internados’ o ‘reeducados’ o ‘sujetos de medidas tutelares (...)’ cuando esas medidas en muchos casos significan privación de libertad (Fallos 328:4343). En ese mismo precedente, la CSJN puntualizó como nota distintiva y criticable en la materia, que el régimen de menores “no ha establecido una línea divisoria clara entre el niño imputado de un delito de aquel otro niño desamparado o incluso del que fue víctima, en efecto, para esos casos el juez tiene respuestas similares, *disponer* de ellos, que en muchos casos ha implicado internación”. Así, para el máximo tribunal federal, ese esquema conocido en doctrina como “situación irregular”, termina por someter al niño a lo peor de dos mundos, en tanto no recibe ni las garantías acordadas a los adultos ni los cuidados prometidos por su condición de menor (con cita de “Kent v. United States”, 383 U.S 541, 1966).

En línea con ello, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en adelante ‘el Comité’), en oportunidad de analizar el ordenamiento juvenil argentino, expresó preocupación al comprobar que entre la legislación nacional vigente había normas basadas en una

concepción tutelar que no distingue entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia (Observaciones Finales, CRC.C.15.Add.187, del 9 de octubre del 2002).

Más recientemente la CSJN, aunque a propósito de la situación de las personas menores no punibles en el marco de la ley 22.278 (régimen penal de menores), destacó la tensión que existe cuando los menores "(...) son privados de su libertad, bajo calificaciones tales como 'dispuestos' (...) en condiciones de similar rigurosidad que la aplicada en la ejecución de las penas impuestas a los adultos, aunque con efectos más dañinos, pues interrumpe su normal evolución". En esta materia, el Alto Tribunal Federal, recepta la recomendación del Comité de los Derechos del Niño relativa a la necesidad de adecuar la legislación local a los estándares prescriptos por la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN; G. 147 XLIV, causa N° 7537, sentencia del 2 de diciembre de 2008) y, además, deslinda el modo en que cada rama de gobierno deberá contribuir, siendo la interpretación dinámica una de las que se desprende como disponible para el Poder Judicial. El Comité, vale destacar, en otras oportunidades ya se había referido a la necesidad de eliminar el concepto tradicional de 'situación irregular' en las normas de derecho interno (cf. Observaciones finales: Paraguay, 12/10/2001, CRC/C/15/Add.166, parr. 10.b, entre otras).

Desde esa perspectiva, resulta evidente, que no es constitucionalmente aceptable un significado del art. 27 que lo inscriba dentro de la ya mencionada doctrina de la situación irregular en tanto ello suponga privación de libertad.

Para concluir este punto, resta señalar que el fuerte llamado de los organismos de aplicación de la CDN, así como los señalamientos de la CSJN en relación con el deber de adecuar las normas internas para cumplir las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino, por un lado, imponen abandonar el paradigma de la situación irregular y, por otro, justifica desarrollar una hermenéutica de las normas para menores que responda a los lineamientos consagrados por la aludida Convención y receptadas por el Régimen Nacional de Protección de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes (Ley 26.061). Eso no significa otra cosa que privilegiar las interpretaciones que acuerden máxima operatividad a los derechos consagrados a favor de los niños.

4. A esta altura, según el esquema propuesto, resta establecer si, luego de haber desechado interpretaciones inválidas del art. 27 del CPC, queda algún contenido para la norma que el legislador hubiera podido elegir a la luz del bloque constitucional en juego, para regular la situación de los menores contemplada en el precepto impugnado.

En este terreno, resulta imprescindible no perder de vista el especial resguardo que a la protección integral de los niños brinda la CDN y, en esa línea, la CCBA (art. 39).

Mediante ese instrumento, los estados firmantes reconocen que el niño es un sujeto de derecho pleno y que durante la evolución de su madurez tanto física como psíquica, pesa sobre cada Gobierno la obligación de hacer efectivos los derechos consagrados por la Convención. Así, los vínculos entre el niño y las instituciones estatales no quedan redefinidos exclusivamente en relación con el trato a que tiene derecho cuando se alegue que ha infringido la ley penal. El cambio de paradigma compromete la obligación estatal de asegurar el goce efectivo de los derechos reconocidos por el ordenamiento internacional y local. Por eso, se ha podido definir al “interés superior del niño y adolescente” como “la máxima satisfacción, integral y simultánea” de los derechos y garantías reconocidos a su favor (art. 3 CDN y art. 3 ley 26061).

Es sencillo comprender, entonces, por qué las políticas públicas en materia de niñez y adolescencia generan regulaciones que al tiempo que proscriben las “injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada” también necesitan organizar medidas “(...) administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual (...)” (arts. 18 y 19 Convención DN).

5. El art. 27 de la ley 12 dispone que, “cuando la persona que estuviere incurso en una conducta calificada como contravención sea menor de 18 años, y ésta pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, el o la Fiscal o la autoridad preventora deben ponerlo inmediatamente a disposición del organismo previsto en el artículo 39 de la Constitución de la Ciudad”.

No parece dudoso que este texto no tiene en mira investir al CDNNyA de facultades que no vengan otorgadas por la ley de creación o eventualmente leyes que la complementen. Dicho de otro modo, la “disposición” que puede hacer de la persona menor a cuyo respecto obra en ejercicio de sus competencias, no puede ser distinta de la sumatoria de medidas de asistencia que la ley 114, no tachada de inconstitucional, ponen a cargo del citado Consejo. La palabra empleada ciertamente podría llegar a mentar otras modalidades, y esto la torna cuestionable o inapropiada, pero lo cierto es que el texto del art. 27 no da al Consejo poderes de disposición sobre la persona menor.

Tampoco las acuerda a las autoridades sobre las cuales hace pesar el deber de “poner a disposición”, pero sin asignarle medios compulsivos a ese fin. En otras palabras, el referido art. 27 no otorga

poder para privar de libertad a las personas menores, ni a la autoridad preventora ni a los fiscales ni al CNNyA. Es oportuno recordar que la protección de los derechos de esas personas menores también se encuentra prevista en normas nacionales y está a cargo de agentes públicos nacionales, como consecuencia de las restricciones impuestas al art. 129 de la CN por la ley 24.588. En otras palabras, no todas las hipótesis de actuación ni soluciones referidas a la protección de menores pasa por la normativa impugnada.

La “disposición” que menciona la norma no puede ser otra que el ejercicio de las competencias que la CCABA y la ley 114 acuerdan al CNNyA; y la “puesta a disposición” tampoco puede exceder el empleo de medios legítimos, esto es, que no soslayen ni fuercen el consentimiento de la persona menor involucrada, dirigidos a ponerla en contacto con el CNNyA, a fin de que éste pueda ejercer sus competencias.

A su turno, no constituye ello una facultad sino un deber de las autoridades mencionadas, y la hipótesis en que deben cumplirlo no coincide con la suposición de que un niño, niña o adolescente ha cometido una contravención sino que deben evaluar el riesgo al que se refiere la norma (vgr. riesgo sobre personas y no sobre cosas) en un tiempo reducido acorde con el propio riesgo y la finalidad de ayudar a la persona menor prevista en el orden jurídico, esto es, no deben convertirlo en una fuente de molestias para éste.

6. Sentada la interpretación según la cual el art. 27 no acuerda poderes ni al CNNyA ni a las autoridades preventores ni al Ministerio público Fiscal, cabe advertir que, ello no obstante, su vigencia no es inocua. Por el contrario, tiene un efecto importante.

Apenas establecida la condición de menor de la persona que se supone autora de una contravención, y cualquiera sea el grado de certeza que se crea tener, desaparece la ocasión para ejercer la acción punitiva; y naturalmente no queda remplazada esa posibilidad por la de disponer medidas de la especie que las convenciones internacionales vinieron a desplazar. El precepto continúa, empero, siendo operativo en tanto establece el deber, de las autoridades a las que se dirige en razón de haber quedado en contacto con la persona menor, de no desentenderse de ella sino que les impone el deber de evaluar, dentro de sus posibilidades y sin que ello autorice infringirle o aumentarle un padecimiento, si esa persona representa un riesgo para sí o para terceros; y si llega a esa conclusión debe articular mecanismos idóneos para establecer el inmediato contacto con el CNNyA a fin de que éste pueda ejercer sus competencias.

Como bien señaló la Sra. Asesora Tutelar General en la audiencia pública celebrada en autos, esa evaluación no puede basarse en la mera

creencia de que la persona menor hubo incurrido en una contravención, por fundada que dicha suposición fuere. Ello así, porque la ley no supone que la comisión de una contravención —por otra parte, incierta en el caso— suponga el riesgo al que se refiere. Ese riesgo no es el riesgo para cualquier bien tutelado por la ley sino el que eventualmente pese sobre personas, su generador u otro. La evaluación debe ser inmediata, puesto que la inmediatez de la puesta en contacto con el CNNyA que el art. 27 exige no puede quedar desdibujada por un trámite de evaluación prolongado. En síntesis, el legislador ha ordenado a la autoridad que está, según las circunstancias, en contacto con la persona menor que no se desentienda de su destino sino que, tras una inmediata evaluación de los riesgos que puede ocasionar permite al niño, niña o adolescente entrar en contacto con el CNNyA empleando a ese fin medios que no incluyen violentar su consentimiento u obrar en contra de él. El art. 27 del CPC importa generar una vía, a cargo de agentes públicos, para que la autoridad administrativa encargada de velar por el respeto y goce de los derechos del niño pueda ejercer las competencias que le confiere la ley 114, reglamentaria del art. 39 de la CCBA.

El deber impuesto a los funcionarios alcanzados por el art. 27 del CPC, exige que la presunción de riesgo derive de las circunstancias que rodean al hecho que suscitó su intervención. Aunque la referencia al riesgo como pauta de actuación está rodeada de un importante grado de indeterminación, también es cierto que ella está signada por una norma que, si bien no brinda mayores precisiones en torno a cada una de las hipótesis abarcadas, sí logra que el resultado buscado sea reconocible. De ese modo, la lectura del precepto en armonía con la normativa constitucional aplicable, reduce un ámbito de discrecionalidad, en apariencia, muy amplio. La posibilidad de elección para el destinatario del deber impuesto por la ley queda limitada porque hay finalidades que exceden el ámbito regulado por el art. 27 del CPC. A esta altura, ya quedó establecido que el objeto del artículo es permitir el acceso a los servicios que dependen del Consejo, porque el estado no puede desentenderse ante situaciones que requieren asegurar el goce de derechos que el bloque constitucional y legal acuerdan a favor de los niños. Así entonces, la finalidad impuesta por la norma siempre debe ser proteger los derechos del menor. También se lo protege cuando brindarle la asistencia del Consejo evita exponerlo a sufrir daños en su persona, o a que los que pudieran padecer terceros, cuyas consecuencias gravosas impactaran sobre el menor involucrado, no hayan sido evitados en condiciones en que ello era posible. Desde esa perspectiva, el mecanismo previsto en la norma bajo estudio, tiene una faceta preventiva no desdeñable. Esa particularidad la pone a tono con las “Orientaciones fundamentales” de las Reglas de Beijing (art. 1.1/1.6) destinadas a “(...)

promover el bienestar del menor en la mayor medida posible, lo que permitiría reducir al mínimo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores y, a su vez, reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención". Para la Asamblea General de la ONU, las medidas de atención a los menores con fines de prevención, constituyen requisitos básicos de las políticas destinadas a proteger los derechos de la infancia (Comentario a las reglas 1.1 a 1.3, Resolución 40/33).

7. En línea con lo anterior, cabe señalar que el art. 39 de la ley 114, luego de enumerar situaciones lesivas de derechos de niños/as y adolescentes, impone a toda persona el deber de "comunicarlo inmediatamente a los organismos competentes". No parece reprochable, menos aún desde el punto de vista constitucional, que el deber impuesto a los ciudadanos pueda también estar destinado a funcionarios determinados, en una situación en la que el menoscabo en el goce de los derechos acordados por el ordenamiento a favor del niño, puede manifestarse en forma patente. Así, la intervención que se asume a partir del art. 27 de la CPC tiende a poner a los menores en situación de recibir el servicio que les está destinado, conforme la CCBA, en consonancia con el resto del bloque constitucional invocado en autos.

Entender que el precepto analizado establece un mecanismo para que el Consejo entable una comunicación o despliegue otras de sus competencias en relación con un menor, viene a alinearse con las recomendaciones del Comité orientadas a que la situación de desamparo u otro peligro que pudiera amenazar a un niño no genere la judicialización del problema, ni suponga privarlo de su medio familiar y que, en cambio, postulan la obligación de establecer "mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección" (Observación Finales: Argentina, 9/10/2002, CRC/C/15/Add.187, par. 41).

El modo en que se ponga en práctica el deber que la norma impone a los funcionarios allí identificados podrá asumir formas diversas, pero no podrá avanzar sobre la libertad del menor involucrado. Establecer la comunicación inmediata entre el menor y el Consejo, por ejemplo a través de la guardia permanente de ese órgano, representa un mecanismo apto para que cualquiera sea el curso de acción que se suscite luego de la oportunidad prevista en el art. 27 del CPC, la autoridad de aplicación en materia de minoridad quede en condiciones de ejercer sus competencias en resguardo de los derechos en juego.

En este punto la interpretación propiciada, además, queda en línea con la preocupación que expresara el Comité en relación con "(...) 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” (Observación Finales: Argentina, ya citadas, par. 44).

8. El precepto bajo estudio sólo puede ser interpretado como un mecanismo para que o bien el menor sea conducido sin presión a entrar en contacto con el Consejo, o que este organismo disponga los medios para contactarlo, y ejercer sus competencias en lo que fuere conducente, aprovechando el aviso de la autoridad preventora o el fiscal interviniente.

La norma cuestionada, en la inteligencia que he desarrollado y que, según creo, no distorsiona su texto, sobrevive a las objeciones de la accionante tanto las que apoya en la CN y CCABA como en los tratados internacionales. No ocurre lo mismo con aquellas otras interpretaciones que apoyan en el art. 27 facultades de las autoridades mencionadas en él que avancen sobre la libertad del menor. Asimismo, la norma cumple con una función conducente a la mejor observancia de los deberes que el GCBA tiene respecto de los niños, niñas y adolescentes, en tanto obliga a las autoridades a las que está dirigida, a no desentenderse de las personas menores con las que han entrado en contacto en razón de sus tareas específicas, sino que deben evaluar si existen riesgos para sí o para terceras personas y poner los medios de que legítimamente pueden valerse para facilitar la tarea del órgano constitucional especializado, el CNNyA. Ello suministra la razón de mantener el texto en el ordenamiento jurídico al mismo tiempo que su redacción insuficiente para asegurar una aplicación en armonía con la CN, la CCABA y los tratados internacionales, obliga a fijar la interpretación válida del texto cuestionado.

9. En suma, la demanda acierta al identificar un significado que no debe atribuirse a lo normado por el art. 27 de la ley 12. Sin embargo, concluir a partir de esa verificación que el precepto es inconstitucional, soslaya el deber que pesa sobre el Tribunal de privilegiar una interpretación que lo ponga en línea con la Convención DN, la CN y la CCABA para asegurar la vigencia de los mecanismos generados a fin de garantizar el pleno goce de los derechos reconocidos a favor de los niños, niñas y adolescentes.

En tal contexto, corresponde explicar cuál es el formato que requiere la sentencia destinada a dirimir este pleito. El art. 113, inc 2º, de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sólo concibió como necesario regular los efectos de la acción declarativa de inconstitucionalidad en el supuesto en que el Tribunal estima inválida la norma; y quizás más precisamente en el supuesto de estimar inválida una ley de la legislatura. Nada dice de los efectos de pronunciamientos en supuestos en que no decide hacer lugar a la derogación de la norma allí

prevista. Empero, el texto tampoco permite inferir, no al menos en términos lógicos, que la sentencia carecerá de efectos en cualquier otro supuesto, o, lo que es lo mismo que no hay posibilidades de progreso parcial de la pretensión que da origen a la intervención del Tribunal. Ciertamente, es posible pensar que los efectos posibles son solamente dos, a saber, la eliminación de la norma y su permanencia; pero, el mecanismo por medio del cual se puede inferir esta solución no es un mecanismo aceptable en términos de lógica formal sino que es el *contrario sensu* propio de la retórica y cuya aplicación en el campo jurídico debe ser hecha, en todo caso, con extremo cuidado.

Otros contenidos de la Constitución hacen preferible llenar el vacío con una solución más compleja y rica en consecuencias intermedias.

Primeramente, el Tribunal no tiene impedimento sino, en todo caso, el deber de interpretar la totalidad del ordenamiento jurídico, incluyendo las propias normas impugnadas. Segundo el tipo de conflicto que el art. 113, inc. 2º, permite llevar al Tribunal trae previsiblemente oportunidad de ofrecer distintas soluciones para distintos escenarios. Un primer escenario es aquel en el cual la norma cuestionada no admite ninguna interpretación que la ponga en armonía con el bloque constitucional. En este caso, la solución de eliminarla del orden jurídico es imperiosa. Un segundo escenario surge de la confrontación de una norma que admite interpretaciones en las cuales es inconstitucional junto con otras en que las razones de la invalidez no están presentes. En esas condiciones, hacer lugar a la demanda supone eliminar un producto legislativo válido, solución que implica el ejercicio de la potestad derogatoria en exceso del campo que le está previsto por la Constitución. Rechazar la pretensión, a su turno, la deja incólume y frustra la posibilidad de excluir una norma inválida en esa interpretación, circunscribiéndola al control difuso, sin que exista un modo para eliminar esos supuestos intolerables para el sistema dotado de la generalidad y el carácter expeditivo presentes en la acción declarativa de inconstitucionalidad del 113, inc. 2º. A su vez, la realidad produce mayores situaciones que las abordadas, puesto que en algunas ocasiones las alternativas válidas y las inválidas pueden convivir en el criterio de distintos jueces de mérito, mientras que en otras la jurisprudencia puede ser solamente la de la interpretación inválida, o solamente la de la interpretación válida. Estos escenarios sugieren la necesidad de matizar soluciones a fin de darle a la acción declarativa de inconstitucionalidad diseñada por el constituyente la potencia de que éste ha querido dotarla.

Cuando la interpretación de la norma que la hace inconstitucional, es ineludible, la decisión de derogar es inexorable y no resta espacio para salvar ninguna admisible voluntad legislativa. Cuando, en cambio, existen alternativas de una y otra especie, hacer lugar a la pretensión derogatoria

supone eliminar contenidos legislativos que serían válidos mientras que rechazar de plano la pretensión supone dejar en pie la posibilidad de una aplicación constitucionalmente inválida de la norma. En un supuesto, se está sacrificando indebidamente la voluntad legislativa, y en el otro la pertinencia de las objeciones constitucionales en desmedro de los derechos invocados, también indebidamente. Para salir de la aporía resulta aceptable introducir la interpretación haciendo ejercicio en el marco de esta acción abstracta de las facultades que tiene el tribunal de interpretar cualquier norma del sistema, con las mismas posibilidades que tienen de hacerlo los jueces de mérito aunque con el rango superior que le da la Constitución. La interpretación, debe ser hecha con prudencia, puesto que no se está en presencia de una causa que oriente al juez a propósito de un caso concreto. Lejos de buscar establecer la correcta y uniforme interpretación de una norma, el sentido de la que se adopte en una acción de este tipo no es otro que limitar el universo de lo que es admisible constitucionalmente. Consecuentemente, puede ocurrir que en lugar de establecer una interpretación se eliminen las que son vedadas por el bloque constitucional, o bien que se establezca la interpretación en términos muy amplios pero suficientes como para asegurar que cualquier precisión con que se la complete resulte admisible a la luz de la norma suprema.

De las dos formas admitidas, principalmente, por el Tribunal Constitucional italiano nos podemos valer en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires (cf. Alfonso Celotto, "El Derecho juzga a la Política", Ediar, Buenos Aires, 2005, pag. 82). Será preferible la llamada interpretativa desestimatoria cuando los tribunales de mérito o aún el propio Tribunal Superior hayan adoptado una interpretación compatible con la Constitución y lo hayan hecho de un modo más o menos generalizado como para hacer innecesaria la apertura de la acción. Por el contrario, cuando exista una tendencia a la interpretación inadmisibles pero subsista la posibilidad de hacer una que resguarde de la oposición a la norma suprema, será preferible hacer lugar a la acción y establecer la interpretación admisible o aun la correcta, que vendrá a limitar de un modo más expreso a los tribunales de mérito en función de la autoridad de los fallos del tribunal Superior. Una segunda variable que justifica adoptar una u otra alternativa, valora las dificultades que encierran las normas cuestionadas a la luz de la constitución. Cuanto mayor sea la necesidad de inducir interpretaciones constitucionales en la autoridad que las aplique, mayor será la razón para la sentencia estimatoria interpretativa. Para la situación de autos la prueba producida, en líneas generales, muestra que pese a no registrarse desvíos significativos, el sentido constitucional de la norma cuestionada debe ser precisado para despejar dudas a su respecto. En cualquiera de los dos supuestos en

cuestión, el tribunal estará utilizando su potestad de interpretar normas que componen el sistema a fin de disponer de la pretensión, sin perder de vista las tres perspectivas relevantes. La del emisor de la norma, puesto que no se sacrifica contenidos posibles por la sola circunstancia de estar expresados mediante una formulación lingüística susceptible de interpretación que convierte en inconstitucional la norma. Esta es particularmente importante cuando se trata de normas emanadas del Poder Legislativo debido a la complejidad que tiene el proceso previsto para ejercer ese poder, a diferencia de lo que ocurre en órganos administrativos. La perspectiva del que articula la demanda, puesto que no se rechazan pretensiones dirigidas a evitar la aplicación inconstitucional de reglas por la sola circunstancia de que existen interpretaciones que armonicen con la constitución. Finalmente, la del Tribunal Superior puesto que formular la interpretación de normas de la especie de las cuestionables por esta vía procesal no excede sus funciones.

En síntesis, la posibilidad de emitir sentencias interpretativas, ya sea estimatorias o desestimatorias, importa acudir a un mecanismo flexible para consagrar de modo más pleno la voluntad del constituyente de asegurar que las normas generales que componen el orden jurídico sean armónicas con la Constitución Nacional y la Constitución de la Ciudad.

Por todo ello, voto por (i) no hacer lugar a la pretensión articulada por la actora en cuanto requiere la pérdida de vigencia de la norma impugnada, (ii) fijar como interpretación válida del art. 27 de la ley 12 la desarrollada en el punto 5 de este voto y (iii) declarar la inconstitucionalidad de cualquiera que se aparte de ella. Costas por su orden (art. 25 LPT).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

I. El artículo 11 del Código Contravencional establece: *“Causales de inimputabilidad. No son punibles las personas: 1. Menores de dieciocho (18) años, excepto cuando se impute la comisión de contravenciones de tránsito, en cuyo caso la edad de punibilidad es la requerida para obtener la licencia de conducir. En estos casos no se aplica la sanción de arresto (...)”*.

Como se ve, a través de esta norma la Ciudad adoptó el principio de excluir a los niños, niñas y adolescentes menores de dieciocho años de la órbita del derecho contravencional, salvo para los casos de infracciones de tránsito, respecto de las cuales son punibles pero por las que no pueden ser privados de su libertad.

Pese al criterio establecido en el art. 11 CC, el art. 27 la Ley de Procedimiento Contravencional n° 12 dispuso: *“cuando la persona que estuviere incurso en una conducta calificada como contravención sea menor de 18 años, y ésta pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, el o la Fiscal o la autoridad preventora debe ponerlo/ponerla inmediatamente a disposición del organismo previsto en el art. 39 de la Constitución de la Ciudad”*.

Es decir que, si bien existe una norma de fondo que sustrae a los niños, niñas y adolescentes del ámbito contravencional (art. n° 11 CC), igualmente una regla procedimental los introduce en él (art. 27 LPC).

Ahora bien, si los niños, niñas y adolescentes no son penalmente judicializables (art. 11 del Código Contravencional), entonces no puede haber en la Ley Procesal Contravencional ninguna disposición que habilite de modo excluyente la actuación de las agencias penales (policiales o dependientes del Ministerio Público Fiscal) en relación con ellos.

En otros términos, el art. 27 LPC, ubicado en el Capítulo VII que regula la Aprehensión, permite que cualquier fiscal de la Ciudad y/o cualquier integrante de la fuerza policial aprehenda a un menor, y restringe, por tanto, su libertad ambulatoria sin plazo ni medidas de contralor de ningún tipo. Esta operación por la cual la normativa excluye (art. 11 CC) a la vez que incluye (art. 27 LPC) a los niños, niñas y adolescentes en el campo del derecho contravencional, es autocontradictoria e inválida.

II. La redacción del art. 27 LPC contiene asimismo expresiones propias del antiguo modelo tutelar como son la “puesta a disposición” y el “riesgo”. Estas voces fueron caracterizadas por la CSJN como “eufemismos” que permitieron la violación de distintas garantías constitucionales de los menores de edad durante la vigencia de la ley n° 10.903 que establecía el régimen del Patronato de Menores conocido como de la “situación irregular”, y que fue derogado por la ley n° 26.061 en el año 2005.

La redacción del texto impugnado constituye un resabio de la concepción tutelarista de la “situación irregular”, el cual tiñe negativamente cualquier sentido, por más bienintencionado que éstos sean, que se le atribuyen a la norma con el propósito de salvar su constitucionalidad.

La CSJN ha dicho que *“[una] característica (...) de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son “dispuestos”, “internados” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”. Estas medidas, materialmente, han*

significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la "libertad ambulatoria", aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias. // 27) Que, siguiendo este esquema, la justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio" (CSJN in re "Maldonado", Fallos 328:4343).

El hecho de que la "disposición" se haga en nombre del bien y de la protección del niño, no obsta para considerar esa injerencia como una actuación del sistema penal. Así lo señala el CELS a fs. 316: *"a través del uso de eufemismos (...) se otorga vía libre a los órganos encargados de la persecución penal y a la agencia policial para detener a un niño, niña o adolescente, cuando según su 'olfato' y criterio, éste pudiera representar un riesgo para sí o para terceros".*

Y ello es así porque los derechos de los niños, que el Estado tiene la obligación de hacer efectivos, no pueden ser atendidos de cualquier modo, o por caminos que violan sus garantías fundamentales. Concretamente, el Estado tiene vedado recurrir al sistema penal para tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para lo cual, además, cuenta con todos sus recursos. En el afán de proteger a los niños no pueden "disponer" de ellos las autoridades policiales y fiscales a los que la norma impugnada faculta, lo que de ninguna manera quiere decir que otras autoridades ajenas a la órbita contravencional no tengan obligaciones en relación con ellos.

Por el contrario, el artículo 4º de la Convención de los Derechos del Niño, en concordancia con los arts. 6 y 7 de la ley local nº 114, establece que *"[l]os Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas, y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de cooperación internacional".*

La alusión a medidas "de otra índole", desde la perspectiva del plexo normativo conformado por los tratados de derechos humanos, la Convención de los Derechos del Niños, la Constitución Nacional y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no puede sustentar la constitucionalidad del art. 27 LPC.

III. Reglas como la cuestionada, aun cuando se atribuyen una función no penal (asistencial, tutelar, etc.) habilitan solapadamente el ejercicio del poder punitivo y son identificadas por Zaffaroni, Alagia y Slokar como “leyes penales latentes”. Los autores citados dicen que “[e]l poder estatal asigna a sus instituciones funciones manifiestas, que son expresadas, declaradas, y públicas. Se trata de una necesidad republicana: un poder pautador que no exprese para qué se ejerce no puede someterse al juicio de racionalidad. Pero esta función manifiesta por lo general no coincide por completo con lo que la institución realiza en la sociedad, o sea, con su función latente o real. Esta disparidad siempre debe ser objeto de la crítica institucional, porque es la única manera de controlar la racionalidad del poder. // Es necesario construir el concepto de ley penal de modo que abarque las leyes penales manifiestas (código penal, leyes penales especiales, disposiciones penales en leyes no penales), tanto como las leyes penales latentes, que con cualquier función manifiesta no punitiva (asistencial, tutelar, pedagógica, sanitaria, etc.) habiliten el ejercicio de un poder punitivo. Cuando estas últimas son reconocidas, deben pasar a formar parte del objeto de interpretación del derecho penal como saber jurídico, porque se trata de casos de criminalización que sustraen a los límites del derecho penal y que éste debe recuperar para su función acotante, aunque sólo sea para proclamar su inconstitucionalidad” (Zaffaroni, Alagia, Slokar, Derecho Penal. Parte General, Ed. Ediar, 2000, pág. 38/39).

En la misma línea de argumentación, el CELS sostuvo que “[e]l carácter punitivo de la norma se desprende, no ya de la función que aparece explicitada en la ley —que es la de dar intervención al Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes— ni de la actividad concreta que realiza esta institución en los casos en los cuales interviene, sino por el hecho de habilitar a los órganos encargados de la persecución penal y la prevención de delitos, a proceder a la detención, es decir, a la restricción del derecho a la libertad ambulatoria, de un niño, niña o adolescente que presuntamente hubiere cometido una contravención, sin proveer las debidas garantías constitucionales, y a pesar que la ley de fondo expresamente declara que los mismos no resultan punibles” (fs. 316).

La Orden del Día Interna de la Policía Federal Argentina nº 47 del 13/03/2006, folio 16, transcribe la indicación que le fuera suministrada a ese organismo por el Consejo de los Derechos del Niño, Niña o Adolescente: “[l]os criterios de trabajo a cumplir es que todo menor de 18 años que ingrese a la dependencia policial sin orden de un Juez, deberá ser notificado a los abogados de guardia [del CDNNyA] quienes indicarán

los pasos a seguir así como la remisión de las actuaciones donde corresponda. // En el caso de tratarse de infractores al Código de Convivencia Urbana de la Ciudad, se notificará al Fiscal interviniente para que califique la conducta y se procederá a comunicar tal situación al abogado de guardia, no debiendo tomarse fotografías ni huellas dactilares, por tratarse de menores inimputables” (fs. 234).

El documento referido demuestra la operatividad inconstitucional del art. 27 LPC. Aun cuando son inimputables, el procedimiento habitual implica que los niños ingresan a las comisarías, no por orden judicial sino a partir del criterio policial, que se labran “actuaciones” (aunque sin tomarse fotografías ni huellas dactilares), y que finalmente se da intervención al Fiscal.

Como se ve, a través del artículo cuestionado se ponen en funcionamiento los mecanismos propios del sistema penal, haciendo caso omiso de la prohibición absoluta del art. 11 C.C.

En conclusión, tanto por su ubicación contradictoria en el marco de la ley procesal contravencional, cuanto por los efectos que de ella se siguen, el art. 27 de la ley nº 12 es inconstitucional.

IV. Desde otra perspectiva es posible advertir la inconstitucionalidad de la disposición impugnada. El artículo 27 LPC hace eje en el “riesgo para sí o para terceros”, para autorizar la intervención de ciertas agencias del sistema penal en la vida del niño que está “incurso en una conducta calificada como contravención”. A partir de la noción de riesgo determinadas personas (niños y adolescentes involucrados en la supuesta comisión de una contravención) son calificados como peligrosos “para sí o para terceros”.

El riesgo o la peligrosidad asociada a un sujeto es un fundamento inválido aun cuando se tratara de adultos imputables, porque conlleva inevitablemente la introducción del derecho penal de autor prohibido por los arts. 18 y 19 CN, art. 13 inc. 3º CCBA, art. 9 CA, art. 15 PIDCP y 40 CDN.

Tal como afirma el CELS, *“al no ser punibles en materia contravencional, el único fundamento de la detención es la presunta ‘peligrosidad’ que el niño, niña, o adolescente representa, según la opinión de la autoridad policial o del fiscal. De esta manera, la norma en cuestión faculta al preventor a determinar si el menor de edad ‘es peligroso para sí o para terceros’, y su solo juicio habilita el acto de disposición”* (fs. 317 vta., resaltado en el original). En el mismo sentido, la Asesora General Tutelar sostuvo en la demanda que con la evaluación del “riesgo “[s]e desvincula la conducta típica, con el reproche efectuado a la persona menor de edad presuntamente infractora. A éste se le reprocha el ‘riesgo’ que su conducta pueda generar para sí o para

terceros. Es decir, la ley contravencional permite la imposición de medidas al niño o adolescente por algo que va más allá de la conducta típica y antijurídica, y cuya evaluación queda en cabeza del fiscal o de la autoridad preventora, sin límite normativo alguno, y sujeta a apreciaciones puramente valorativas. // Esta desvinculación (...) hace desaparecer la medida que debe guardar la intervención coactiva del Estado, con los consiguientes excesos a los que se puede ver expuesto el niño” (fs. 8 vta.). Más adelante, la Asesora expresó que “[l]a institución del concepto de “riesgo” define una hipótesis de desviación indeterminada y puramente valorativa, que corresponde al llamado “derecho penal de autor”, vedado expresamente por la CCBA (art. 13 inc. 9), por el cual el Estado transforma al niño o adolescente en un individuo “peligroso” que debe ser neutralizado para su beneficio o para terceros” (fs. 9).

En el precedente “Gramajo” (Fallos 329:3680, del 05/09/06), la CSJN enfatizó el rechazo a la concepción de peligrosidad sin delito, que no retribuye la lesión a un bien jurídico que pueda causar un determinado acto, sino que apunta a encerrar a la persona por la forma en que conduce su vida, y que el Estado decide valorar culpable o peligrosa (considerando 17). Al respecto, sostuvo: “18) *Que resulta por demás claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de la autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo*”. A continuación estableció que no puede admitirse que el Estado se arrogue la potestad de juzgar la existencia misma de la persona, “*sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad*”. Acerca de la peligrosidad, la Corte estableció que “*es un juicio subjetivo de carácter arbitrario*” (considerando 22).

V. A su vez, la redacción de la regla impugnada contraviene el principio de legalidad que requiere “máxima taxatividad de la ley penal”. Como advierte el Dr. Zaffaroni en su Tratado, “*aunque la ley penal se expresa en palabras y éstas nunca son totalmente precisas, no por ello debe despreciarse el principio de legalidad, sino que es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra*” (Zaffaroni, Alagia, Slokar, *op. cit.* p. 116), y así permitir tanto la comprensión del ciudadano de cuál es la conducta tipificada cuanto la previsión de la sanción que corresponde por su comisión.

Acierta, pues, el CELS al entender que “[l]a norma presenta serias deficiencias en cuanto a la precisión de los términos que emplea y la delimitación de su alcance, a punto tal de no ser compatible con el ‘principio constitucional de estricta legalidad’ ni con el de ‘máxima taxatividad penal’. A continuación, en apoyo de sus dichos trae una cita de Claus Roxin (Derecho Penal, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 137 y ss.) que estipula que “una ley indeterminada o imprecisa, y por ello poco clara, no puede proteger a la persona de la arbitrariedad, porque no define una autolimitación del poder punitivo estatal a la que se pueda recurrir” (fs. 316 vta.).

El texto del art. 27 LPC habilita múltiples interrogantes con varias respuestas posibles cada uno: a) ¿Qué quiere decir “estar incurso” en una contravención? ¿estar imputado? ¿haber sido atrapado *in fraganti* delito? ¿esto debe dar lugar a una actuación judicial aun siendo el infractor inimputable? b) ¿Qué es lo que representa el “riesgo para sí o para terceros”? ¿la persona o la conducta/contravención cometida? c) ¿Qué es el riesgo? ¿el riesgo debe presentarse junto con la comisión de una contravención o puede justificar por sí la “disposición”? y por último, ¿cuáles son los alcances de la “puesta a disposición”? ¿Implica la privación de la libertad? ¿dónde?, y ¿por cuánto tiempo?.

En efecto esa norma, por su grado de indeterminación no satisface el estándar mínimo del principio de legalidad en materia penal.

En consecuencia, en el marco de las normas internacionales, nacionales, y locales invocadas, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 27 de la ley nº 12.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. En la presente acción declarativa se impugna la validez constitucional del art. 27 de la ley nº12 (código procesal contravencional) en cuanto dispone, respecto de personas menores de 18 años de edad que incursionaran en una conducta calificada como contravención, “...y ésta pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, el o la Fiscal o la autoridad preventora debe ponerlo/ponerla inmediatamente a disposición del organismo previsto en el art. 39 de la constitución de la Ciudad”.

La disposición es atacada bajo la alegación de contravenir los arts. 18 y 19 de la CN; 13 inc. 3º, 9 y 11 de la CCABA; 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño, entre otros de diversos tratados y pactos que conforman el bloque de constitucionalidad de nuestro país.

2. Tal como ha sido presentada la cuestión para su análisis de constitucionalidad, cabe puntualizar que el planteo impugnatorio reposa centralmente en la afectación del nuevo paradigma de relación entre el Estado y el universo de la infancia y adolescencia que postula la Convención de los Derechos del Niño y de los principios que lo estructuran, afectación que se materializa por legislarse “la aprehensión” de un niño cuando no existe, a su respecto, poder punitivo estatal pues los menores de 18 años no son punibles para la ley contravencional de la Ciudad de Buenos Aires (art. 11, ley 1472 CCABA).

En virtud de ello, la cuestión a dilucidar en estas actuaciones consiste en establecer si la eventual restricción de acción al menor con el fin de que tome contacto inmediato el órgano administrativo a cargo de la políticas sobre niños, niñas y adolescentes -para el caso descrito en la norma atacada—, se encuentra justificada en orden a los objetivos que persigue la ley o si, por el contrario, constituye un ejercicio irrazonable de las facultades conferidas al Poder Legislativo, quien ha avasallado principios de rango constitucional nacional y local al sancionar el Código Procesal Contravencional (Ley 12)..

3. Para determinar si la regla legal objetada se opone o violenta derechos constitucionales o derechos propios de los niños reconocidos en instrumentos internacionales, y toda vez que el Gobierno argumenta que el precepto en cuestión se ha implementado con el objeto de cumplir con los deberes de protección integral del niño –también impuestos por la Constitución local (art. 39) y por la Convención de los Derechos del Niño (arts. 1,2, 3 y 4)-, no podrá prescindirse de un análisis de racionalidad de medios y fines que intente compatibilizar los derechos involucrados.

En este sentido, es preciso recordar que las leyes sancionadas por las autoridades legítimamente elegidas gozan de presunción de constitucionalidad. La declaración judicial de inconstitucionalidad constituye la *ultima ratio* del sistema de pesos y contrapesos establecido por el esquema constitucional de división de poderes: de allí la generalización de la regla hermenéutica que prefiere la interpretación que compatibiliza normas frente a aquella que las contrapone en colisión. La carga de quien propicia la declaración de inconstitucionalidad en estos casos es alta: el mero desacuerdo con el contenido de una norma o la preferencia por otra regulación posible están fuera del marco del control de constitucionalidad y deben ser canalizados a través del proceso político regular

4. El escrutinio constitucional de una norma como la aquí impugnada requiere un análisis centrado en dos planos. El primero es el de la permisibilidad de los fines de la ley establecidos por el Estado. El

segundo es el de racionalidad de los medios elegidos para el cumplimiento de esos fines. Dentro de este contexto, el punto de partida no puede ser otro que el que se relaciona con la permisibilidad de los fines que persigue la ley.

En cuanto a los objetivos de la norma, ellos surgen con claridad ya desde una primera lectura del citado art. 27, que condiciona el supuesto de la intervención estatal (administrativa, no judicial) a que la conducta del menor involucrado sea una acción “que pudiera representar un riesgo para sí o para terceros”, por lo que está claro que se trata de evitar la producción de un potencial daño. Pero si a ello se acotara el fin, está claro que bastaría con la intervención puntual destinada a que cesara la conducta nociva o potencialmente nociva. Se trata, entonces, de la intención del legislador de generar algún tipo de respuesta estatal y no judicial frente al hecho reputado como contravención, que consiste en dar intervención a un órgano constitucional especializado en niñez y adolescencia, el Consejo de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente para que actúe de conformidad a lo reglado internamente (art. 39 CCABA) cuando la conducta desplegada por el menor pudiera causar un daño.

Surge entonces un primer interrogante a despejar: si cuando se trata de una conducta no punible realizada por un menor de edad, ello implica que el Estado debe abstenerse de toda acción al respecto. Mientras la Sra. Asesora General Tutelar considera que ello es así porque la exclusión de poder punitivo “...opera desde el mismo momento del hecho, y debe eliminar la puesta en marcha de cualquier respuesta estatal posterior...” (fs. 6)y que “...“ No puede haber control del Estado de las personas menores de edad, disfrazado de buenas intenciones y despojado de garantías, ya que se retornaría a las prácticas irracionales de la cultura tutelar.”, el representante del CELS entiende que “...“Lo hasta aquí planteado no implica de ninguna manera sostener que los niños que se encuentran en situación de vulnerabilidad social no deban recibir atención por parte del Estado en procura del goce de sus derechos elementales; pero esta obligación no debe ser puesta en manos de agencias del sistema penal, autorizando por medio de una norma a las fuerzas preventoras o al fiscal para intervenir sobre la vida de los chicos” (fs. 316 y vta.) y el Gobierno aduce que “...la aplicación de la normativa atinente a la cuestión en forma integral, de ninguna forma puede implicar que se esté violando la libertad del niño, ni que se lo reprima o se coarte su libertad. El armónico juego de esas normas, por el contrario, se adecuó en un todo a la manda constitucional de garantizar a los niños, niñas y adolescentes su protección integral.” (fs. 51 vta.)

5. En materia de infancia, niñez y adolescencia existe un principio rector, que actúa a modo de guía en la materia y proyecta sus efectos

hacia toda manifestación legal e interpretación que se pretenda efectuar con relación a los sujetos menores de edad. Se trata del principio conocido como el de “mejor interés del niño” El “mejor interés del niño” constituye una regla de interpretación y aplicación de las leyes y disposiciones vinculadas a la infancia y adolescencia, siendo de obligatorio cumplimiento en la toma de cualquier decisión que concierna a sujetos menores de edad.

Por otra parte, no debe obviarse que la propia Convención fija el deber de los Estados Partes de prestar la “...asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños” (art. 18 CDN), quedando, además, obligados a adoptar “...todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para protegerlos contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación...” (art. 19 (CDN).

En el ámbito local, la propia Constitución garantiza a los niños, niñas y adolescentes “protección integral”, previendo “la creación de un organismo especializado que promueva y articule las políticas para el sector, que cuente con unidades descentralizadas que ejecuten acciones con criterios interdisciplinarios y participación de los involucrados...” (art. 39 CCABA). En cumplimiento del mandato constitucional, la Legislatura de la Ciudad sancionó la ley n° 114, “ de protección integral de derechos”, que en sus arts. 2° y 3° ratifica plenamente la exigencia de la regla del mejor interés del niño y dispone que “...toda aplicación e interpretación de la ley, en cualquier caso en que intervengan instituciones públicas o privadas, así como los órganos legislativos, judiciales o administrativos es de consideración primordial el interés de niños, niñas y adolescentes”.

Establecido el principio rector aplicable en la materia, éste necesariamente condiciona cualquier decisión que involucre a niños, niñas o adolescentes y, naturalmente, también la decisión que se pretende obtener mediante la promoción de esta acción.

6. A modo de introducción, considero apropiado señalar que el tema en debate impone señalar una distinción: lo que no es punible desde el punto de vista contravencional –y por ello resulta excluido del sistema judicial de reproche- es la persona que se encuentra en la categoría jurídica de menor de 18 años. De ninguna manera puede de ello derivarse que la acción o la conducta desplegada se ha tornado no punible en razón de la menor edad del sujeto que la realiza. Es decir, lo no punible es la persona menor de 18 años, no la acción antijurídica que realiza; la contravención no deja de serlo ni muta, por la menor edad de su autor, a conducta lícita. Y es precisamente esa naturaleza de la conducta —la de

falta o no respeto de la ley de convivencia—, la que fundamenta la intervención que consagra la norma a cargo de un órgano específico que, por definición, ha de actuar de manera legal y procurando, por encima de todo, el cuidado de la persona menor de edad involucrada.

Asimismo, estimo pertinente referenciar la cuestión en análisis a situaciones cotidianas que son resueltas, con naturalidad y sin que se registren discrepancias a su respecto, por quienes tienen a cargo la atención de personas menores de edad. Ello ocurre con algunos supuestos que legitiman la restricción a la libertad de una persona con el fin de evitar que se dañe a sí mismo o que cometa una acción contraria a la ley, por ejemplo los arts. 910 y 911 del Código Civil, y frecuentemente, aunque no se encuentre legislado el proceder posterior a la restricción en sí misma, la razonabilidad impone tomar un curso de acción destinado a que no se repita el hecho. Estos casos son más que habituales cuando se trata de personas menores de edad, en especial niños de corta edad que no tienen discernimiento, motivo por el cual, con mucha más razón, se impone a padres, tutores, directores de escuela o de centros médicos por ejemplo, la responsabilidad de actuar en forma de evitar que el hecho se reitere. Así, por caso, si un niño pequeño se dirige a introducir sus dedos en un enchufe, la acción del padre o madre no será, seguramente, la de –evitado el contacto perjudicial- dejar al niño que continúe intentándolo. Lo adecuado parece ser que se brinde una explicación al pequeño, que se tape el enchufe, que se retire al pequeño de la habitación, u otra medida que tienda a la disuasión.

Sin embargo, esta explicación que parece natural en el ámbito familiar o escolar, no lo es cuando hablamos de menores de 18 años que se encuentran realizando una conducta contraria a la ley de convivencia social, con el agravante de que esa conducta puede ser potencialmente dañosa para sí o para otros.

Desde esta óptica basada en sentido común y en los deberes que impone la vida en sociedad, y sin perder de vista que no se trata de una respuesta del **sistema judicial o de naturaleza represiva**, no parece desacertado que el Estado, frente a un menor de edad que se encuentra en la situación que se describe en la norma, intente que un órgano no judicial y especializado, intervenga, para indagar acerca de la condición que lo ha llevado a ejercer una conducta no permitida y potencialmente dañosa.

Es un hecho hoy en día, —y de ello debemos hacernos cargo, contextualizando el debate en tiempo y lugar—, que muchísimos menores viven situaciones de desamparo emocional y material, situaciones muy difíciles de transitar: maltratos, abusos y explotación, casos frente a las cuales el Estado debe actuar para proteger, contener o reparar. Y esto es una obligación del Gobierno pues es parte del mandato constitucional en

materia de infancia y adolescencia (art 39 CCABA); también concuerda con el deber de “preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre” y de adoptar todas las medidas para “...la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos crueles, inhumanos o degradantes...” (arts. 29 inc. 2 “d” y 39 CDN, entre muchas otras disposiciones relativas al cuidado, protección y bienestar de los niños (fundamentalmente las expresadas en los arts. 3 y 4)) y además, la política pública local, a través de la ley n°114, dispone que “ ...la Ciudad garantiza todas las oportunidades para su pleno desarrollo físico (del niño); psíquico, moral, espiritual y social...” (art. 4º) y especialmente establece las “acciones sociales de protección” al disponer que “Cuando el organismo creado por la presente ley (Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes) tome conocimiento de alguna amenaza o violación de derechos ... debe implementar en forma directa o a través de sus unidades descentralizadas las acciones sociales de protección especial tendientes a proporcionar escucha, atención, contención y ayuda necesarias a las niñas, niños y adolescentes” (art. 40 ley n°114).

En suma, desde el punto de vista social y de la vida de relación, puede afirmarse que el Estado tiene, hacia la persona menor de edad, deberes y cargas concretas, cuyo cumplimiento no puede soslayar.

7. Bajo el contexto jurídico que ha sido descrito previamente, corresponde ahora analizar concretamente el tema propuesto mediante esta acción: si es o no constitucional la norma que prevé la restricción de libertad a una persona menor de 18 años, cuando se encuentre realizando una acción calificada como contravención y ésta pueda generar un riesgo para sí mismo o para terceros. Se trata, en suma, de responder si, como lo sostiene la Sra Asesora General Tutelar, el Estado debe “abstenerse” de ejercer cualquier acción respecto del menor de edad o si, pese a no ser punible, el Estado debe actuar dando intervención al Consejo de los Derechos, como lo indica la norma del Código Procesal Contravencional.

El tema relacionado con los derechos de los niños y con las potestades estatales no es de fácil tratamiento. En efecto, se han sucedido en la materia paradigmas bien diferenciados, al sistema llamado “tutelarista”, en el cual los menores de edad quedaban a disposición del juez, muchas veces en situaciones de irregularidad y con afectación de sus derechos (modelo decisionista) le ha seguido el modelo procesal garantista (modelo cognoscitivo) que pone el acento en las garantías sustanciales de las personas menores de edad, pasándose al sistema de “protección integral de derechos”.

No creo en verdad que resulte relevante efectuar un paralelo acerca de la eficiencia de cada sistema, no al menos para resolver esta causa. Es innegable el aporte de los juristas y estudiosos de la filosofía jurídica y del derecho en la búsqueda de un sistema de mayor igualdad y justicia, y lo es también el avance que estos principios han significado desde la democratización de las relaciones entre los menores y el Estado. Sin embargo, prescindir del marco socio-económico-cultural que define a una sociedad en un momento dado, puede llevar a opacar estos logros y, sobre todo, a dejar sin protección y sin amparo a niños y jóvenes que lo necesitan e incluso lo reclaman con sus actitudes. En este sentido me resulta imposible evitar una reflexión acerca de la disociación entre las posturas acérrimamente contrarias al “tutelarismo” , que sostienen quienes parecen creer que, tan solo por imperio normativo, hemos pasado a vivir en una especie de país ideal, quizás equivalente en lo social a un estado escandinavo y no en el que vivimos, lamentablemente con algunos problemas y miserias desconocidos en utópicas sociedades imaginadas desde lo ideológico. Advierto entonces que para despejar la cuestión que ahora se trae a debate debo posicionarme en la realidad, aquí y ahora, de nuestro país.

En este punto del análisis es necesario detenerse y reparar en cuáles son las posibles conductas a las que se alude en el supuesto del art. 27. En otras palabras: establecer de qué estamos hablando cuando decimos que el niño o joven realiza una conducta, calificada como contravención, susceptible de generar —para sí o para otros— un daño (riesgo). La importancia de la cuestión no es menor: de lo que estamos hablando es de, por ejemplo, ingresar artefactos pirotécnicos a un espectáculo, portar armas no convencionales (arma blanca o cortante o de aire comprimido) , obstruir una calle o una salida de un lugar público, arrojar cosas o sustancia dañinas o insalubres en lugares públicos, incitar a un desorden en un evento artístico o deportivo, afectar el funcionamiento de servicios públicos, afectar servicios de emergencia o seguridad, vender elementos aptos para agredir u ofrecer sexo en la vía pública. Todas estas contravenciones han ocurrido y ocurren en la Ciudad de Buenos Aires.

Situándonos entonces en el punto de mira de nuestra realidad y a los problemas sociales que ostenta nuestra sociedad, habría que preguntarse: ¿Qué conducta estatal es la que responde mejor al interés del niño? ¿Debe el Estado preguntar al menor si desea que el Concejo de los Derechos intervenga para despejar el por qué de su conducta contravencional? ¿En caso negativo, debe el Estado abstenerse de realizar cualquier acción relacionada con el menor y dejar que éste haga lo que su parecer le sugiera?, ¿Es que hay alguien que piensa, con

franqueza, que el menor que está desarrollando una conducta netamente antisocial y reprobada, antijurídica, va a aceptar, sin reparos, ir a entrevistarse con los funcionarios del Consejo? ¿No es sabido acaso, aun cuando no sea grato admitirlo, que existen padres delincuentes, padres abusivos, padres maltratadores, padres que inducen a sus hijos al delito, menores abandonados que no remiten a un grupo familiar determinado?, incluso en el mejor de los supuestos, en el que sí exista tras el menor una familia que contenga y respalde, ¿no preferirían estos padres o representantes que el Estado actuara a fin de alertarlos sobre una situación que puede estar atravesando el niño?. En fin, las situaciones en las cuales no es aconsejable que el menor siga su camino sin más por ser ésta su voluntad, no pueden ser presumidas como el “mejor interés del niño”.

En cambio, sí es posible optar, como mejor camino, por una intervención estatal que procure establecer las causas que llevaron al menor de edad a controvertir la ley social y actuar en consecuencia, protegiendo y brindando amparo al menor de edad como lo imponen la Convención, la Constitución local y la ley 114.

En definitiva, los menores de edad no sólo son sujetos de derechos, también son sujetos de deberes hacia una sociedad y hacia su propio desarrollo íntegro como persona y tienen derecho a que el Gobierno les preste ayuda, escucha y se comprometa para su bienestar; el cambio de paradigma en la relación menores-Estado no puede importar desentenderse de la suerte de una persona, más vulnerable por su menor edad, bajo el tópico de invadir su intimidad o de que se lo está “aprehendiendo”, cuando de lo que se trata es de tornar operativo el contacto o la intervención del Consejo de Derechos. Si para ello se requiere restringir momentáneamente su libertad de acción para dar la **inmediata** intervención al órgano específico que prevé la ley, entiendo que ello no excede lo razonable en orden a los fines que se persiguen desde las leyes que regulan la materia.

Lamentablemente, creo que ya ha quedado demostrado que el bienestar de la infancia y de la juventud no se logrará por remisión a poéticas declamaciones legislativas, sino con políticas concretas de participación e intervención, es decir **a partir de la acción e interacción con el propio menor involucrado en la situación de conflicto con la ley y con su grupo de referencia**. La operatividad de este trascendental trabajo conjunto y la optimización de sus resultados no pueden ser dejados al arbitrio de sus propias personas, que muchas veces pudieran no tener siquiera discernimiento para nuestra ley civil (art. 921 C:Civil)

8. Un aspecto que aparece central y determinante en la demanda, es la terminología utilizada en la disposición que se cuestiona y, en

especial, su remisión a un modelo ya superado de raigambre tutelar y suplantado por otro, de formas más democráticas y centrado en el reconocimiento de los derechos del niño o adolescente, según ya fue explicado precedentemente.

La actora encuentra que las expresiones utilizadas en la norma que cuestiona, remiten a ese paradigma anterior, que se caracteriza por ser autoritario y poco respetuoso de la persona y los derechos de los menores de edad. Es lo que ocurre con términos como “poner a disposición...”, giro lingüístico poco feliz, que bien pudo ser suplido por una alocución de corte más democrático y que evitara generar justificadas resistencias.

Sin embargo, la deficiente redacción, en términos semánticos, de la norma no es óbice para entenderla en su correcto alcance ni otorgarle una interpretación contrapuesta al plexo legal, constitucional y supraconstitucional vigente en nuestro país. Tampoco es posible presumir **en abstracto**, a partir de la desafortunada expresión- una incorrecta, indebida e ilegal actuación de órganos públicos, como las fuerzas de seguridad y prevención o los funcionarios judiciales de las fiscalías que integran el Ministerio Público de esta Ciudad.

En cuanto a la interpretación que asigna la demanda a la expresión “... que ésta pudiera representar un riesgo...”, referenciándolo a la persona del niño y/o adolescente en el entendimiento de que es el menor quien se presume riesgoso o peligroso, lo que está vedado por la Constitución local en su art.13 inc. 9, no parece ser acertada. En efecto, de la lectura del art. 27 surge con claridad que “**ésta**” es la conducta, no el niño, motivo por el cual siendo la conducta desplegada la que es potencialmente riesgosa o dañosa para el menor o para terceros, todo queda reducido a una desinteligencia en la comprensión del artículo.

9. Las políticas relacionadas con los Niños, Niñas y Adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires son ampliamente garantistas y promueven la defensa de los derechos de los menores de edad. Ello ocurre tanto en el sistema judicial, como en el administrativo, constituyendo una jurisdicción modelo en el tratamiento de la problemática de infancia y minoridad en general (Art. 39 CCABA, Ley 114 de Protección integral de Derechos, Ley n° 1903 de Ministerio Público, sección Asesoría General Tutela, Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes), constituyendo un plexo normativo acorde a lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño. Incluso dentro del sistema judicial, y hablando ya de *delitos* que han sido transferidos a la órbita porteña, los menores de edad gozan de tratamiento especial con resguardo institucional y disposiciones muy concretas que exigen a los operadores del sistema el máximo cuidado respecto del menor, contando la Ciudad

con una ley específica para menores en conflicto con la ley penal (ley n° 2451, Régimen Penal Juvenil).

En este contexto, no es posible sostener que trasladar o retener al niño o adolescente a fin de generar la intervención **inmediata** —y ello significa sin solución de continuidad o que comienza su ejecución en el mismo instante— del órgano constitucional de protección de la niñez, pueda constituir un resabio autoritario que afecte sus garantías constitucionales y menoscabe sus derechos.

Ello por cuanto, y aunque obvio, parece adecuado remarcarlo, no se trata aquí de detener, encerrar o encarcelar al niño o joven autor de la acción riesgosa. Mucho menos de internarlo, entregar la guarda o tomar una medida cautelar que afecte su entorno, pues todas estas disposiciones no podrían, siquiera, ser adoptadas por el Consejo de Derechos, órgano que —frente a la necesidad de establecerlas— deberá dar intervención al juez competente.

10. Lo dicho no implica, en modo alguno, convalidar desviaciones en que pudieran incurrir los operadores que instrumenten el precepto, si avasallaran o menoscabaran en forma indebida los derechos de personas menores de edad con tratos indebidos o uso de la fuerza. Pero ello remite a una cuestión ajena a la naturaleza de esta acción, cual es la aplicación de las normas, aspecto que deriva al análisis de una situación concreta propia del control judicial difuso, ámbito en el cual deberá dilucidarse la actuación de los órganos denunciados y en su caso, disponer lo que allí corresponda.

11. En suma, en abstracto, la norma aquí impugnada logra superar el análisis de racionalidad simple al que se le somete en esta causa, ya que la solución propuesta por el legislador no puede ser considerada irracional o arbitraria en sí misma. La operatividad de la regla normativamente dispuesta, a través de los medios más deseables, más democráticos, más acordes con el mejor interés del niño, trascienden la decisión que aquí es posible adoptar y deben ser implementados por el órgano administrativo específico, las fiscalías intervinientes y todo ello en forma armónica y conjunta, con la intervención de la Asesoría General Tutelar cuando corresponda, de conformidad con las prescripciones legales aplicables (art. 49 y conc., ley n° 1.903).

Será entonces tarea de estos órganos diagramar un sistema que, dando cumplimiento a la norma y tomando el compromiso activo que ésta impone, resuelva la mejor manera de garantizar **todos** los derechos impuestos por la Convención de los Derechos del Niño y el plexo de normas concordantes que de ella se derivan. Y en este aspecto, debo

poner de resalto el ofrecimiento para trabajar en forma conjunta con todos los sectores involucrados, efectuado por el Sr. Fiscal General de la Ciudad y expresado concretamente en la audiencia pública de debate

En principio, no es tarea de los jueces pronunciarse acerca de las reglamentaciones que les corresponden efectuar a organismos administrativos o judiciales que gozan de autonomía para emitir resoluciones operativas, o disponer el modo, los lugares y las formas en que se llevan a cabo las funciones que les impone la ley. En esta acción sólo corresponde a los magistrados judiciales efectuar el test de razonabilidad de los medios previstos en la legislación, ponderando el grado de adecuación entre ellos y la finalidad perseguida.

Por último, debo destacar que la parte actora no ha logrado demostrar, a través del relato de los distintos casos que menciona, la efectiva vulneración de derechos o garantías reconocidos a las personas menores de edad, ni que el régimen de excepción que consagra el art. 27 de la ley 12 transgreda el principio cardinal del mejor interés del niño. Por el contrario, no tengo duda que sí lo vulnera el desamparo en que puede quedar un niño o adolescente que, luego de realizar una acción reprobada por la ley, no encuentra eco ni respuesta del Estado y debe continuar su vida librado a sus propios recursos, en absoluta soledad.

En definitiva y por las consideraciones expuestas precedentemente, escuchado el Sr. Fiscal General, corresponde rechazar la acción de inconstitucionalidad intentada.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiere al ilustrado voto de la Sra. jueza Alicia Ruiz y sólo puede agregar a él consideraciones prácticas que estima de utilidad en el caso y para contribuir también a fundar la solución que postula el voto al cual adhiere.

1. Largos años de ejercicio práctico del Derecho penal, en la función judicial y como abogado, me permiten aclarar que los términos aquí discutidos de la norma postulada como inconstitucional, *poner a disposición* (art. 27, ley local n° 12: "... ponerlo/ponerla inmediatamente a disposición..."), no quieren significar otra cosa, para la autoridad ejecutante, que *privar de la libertad* a la orden de la autoridad mencionada en la norma, en el caso que nos preocupa, una autoridad administrativa de la Ciudad, el Consejo de los derechos de niños, niñas y adolescentes (en adelante, CDNyA).

2. Existen, por lo demás, numerosas pruebas “normativas” que así rubrican esta interpretación, incluso a partir de otros contextos. Sin agotar las menciones —porque no soy erudito—, puedo indicar un par de ellas para convencer: el art. 39 del CPP Nación, de inconfundible significado, idéntico al antes aclarado (“...poniendo a su disposición los detenidos que hubiere...”), repetido, prácticamente, en todos o casi todos los códigos procesales penales vigentes en las provincias argentinas (cf., por ejemplo, CPP Córdoba, 41; CPP Pcia. Buenos Aires, 30); el Régimen penal de la minoridad, ley nacional n°22.278, arts. 1, 3, 3 *bis* y cc.).

3. Se trata, por tanto, de un eufemismo el llamar a la privación de libertad *puesta a disposición de una autoridad* por parte de los órganos de persecución penal (policía, ministerio público fiscal). Sin eufemismos, esto se entiende lisa y llanamente, al menos en nuestro ámbito territorial y lingüístico, como *facultad de aprehender* concedida a los órganos de persecución penal citados en la norma, para someter a la persona objeto de tal facultad a la privación de libertad ambulatoria —a la disposición de la autoridad administrativa allí designada—, sobre cuya cesación o prolongación decidirá esta última organización estatal (el CDNyA).

4. Si ello es así, no me cabe la menor duda de la ilegitimidad constitucional de la norma. Conforme al art. 18 de la Constitución nacional, sólo los jueces *...pueden disponer*, esto es, *arrestar*, privar de la libertad, para cumplir con determinados fines (que hoy no viene al caso mencionar). Ésta es una regla básica del Estado de Derecho, según la cual aprehendido un individuo él debe ser *inmediatamente* “puesto a disposición” —esto es: sometida la medida para la cual se entendió tener facultad por parte del aprehensor a la disposición— de la autoridad designada en la misma Constitución para disponer —decidir sobre su situación— del aprehendido. Tal autoridad es, según nuestra Constitución nacional, de ordinario un juez y, en casos excepcionales (estado de sitio), el presidente de la Nación (CN, 23) y —más discutible— una Cámara legislativa en uso de atribuciones propias.

Esto es, por lo demás, lo que correctamente interpretaron todos los Códigos procesales penales antiguos y modernos (por todos, CPP Nación, 284 a 287). No otra cosa cabía esperar conforme a las palabras claras de la CN, 18.

5. Pero esto no es aquello que, según la explicación semántica del comienzo, establece la regla criticada, pues la aprehensión para la cual están facultadas las autoridades de la persecución contravencional no comparece ante la decisión judicial, sino que, antes bien, tal aprehensión se lleva a cabo a favor de una autoridad administrativa. Y ello es,

precisamente, aquello que, en primera línea, pugna con la norma de principio de la Constitución, ya citada.

6. Esto, para sólo atacar el tema desde el punto de vista formal, importante pero no excluyente. El punto de vista material arroja más luz sobre el debate y él ha sido magistralmente expuesto, a mi juicio, por el voto de mi colega Alicia Ruiz. En verdad, frente a la Constitución de la Ciudad —e incluso de la nacional, según el voto al que adhiero atestigua— resulta difícil defender a la regla atacada como derivación correcta de aquella ley fundamental: la *peligrosidad sin delito*, que no otra cosa constituye el fundamento de la facultad de aprehensión concedida a los *órganos encargados de la persecución penal y a la agencia policial para detener a un niño, niña o adolescente, cuando, según su `olfato` y criterio, él pudiera representar un riesgo para sí o para terceros*, implica privar de libertad según el criterio voluntarista de funcionarios judiciales o administrativos —por tanto, criterio *arbitrario*, sin posibilidad de control—, incluso sin hecho concreto eventualmente reprochable al aprehendido e, incluso, por fuera de toda autoría o participación en un hecho eventualmente punible. Ello no sólo indica la imposibilidad de validar la regla desde un punto de vista formal, sino que, además, representa la más pura inclinación hacia el *Derecho penal de autor*, prohibido constitucionalmente (CCABA, 13, inc. 9), mejor dicho, hacia la punición basada en la conducción de vida. Desde el punto de vista de los menores, la regla constituye un verdadero regreso al instituto de la *situación irregular* en materia del Derecho de jóvenes. Empero, sobre estos problemas, bastan y sobran los fundamentos del voto de la Sra. jueza antes mencionada, al que me adhiero.

7. Originariamente me incliné a creer que, si uno recomponía de otra manera los términos del art. 27 criticado, podía lograr una interpretación acorde con la exigencia constitucional; y esta sentencia serviría, en ese caso, como condición interpretativa de la vigencia de la norma. Para ello debía interpretarse que, *poner a disposición*, significaba algo similar a comunicar a la autoridad administrativa la existencia del menor y, eventualmente, de la causa. Empero, a poco de andar en la construcción de la sentencia, me di cuenta, según opino, del eufemismo que ello representaba, en tanto la importancia de la decisión residía en la necesidad de que el TSJ ratificara la regla constitucional relativa a que la decisión sobre la privación de la libertad es sólo patrimonio de la autoridad judicial. En ello reside, también, el remedio por todos conocido: el *habeas corpus*.

¡Ojalá estas líneas auxilien al voto ilustrado al que me adhiero y permitan comprender el caso!

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. La presente acción declarativa de inconstitucionalidad persigue la declaración de invalidez y pérdida de vigencia del art. 27 de la Ley de Procedimiento Contravencional local (ley nº 12), según el cual: *“Cuando la persona que estuviere incurso en una conducta calificada como contravención sea menor de 18 años, y ésta pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, el o la Fiscal o la autoridad preventora debe ponerlo/ponerla inmediatamente a disposición del organismo previsto en el art. 39 de la Constitución de la Ciudad”*.

La accionante entiende que el precepto aludido es contrario a los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional; arts. 13, inc. 3º, 9 y 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; arts. 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 7, 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y arts. 9, 10, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2. Ante todo corresponde recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico; de allí la generalización de la regla hermenéutica que prefiere la interpretación que compatibiliza normas frente a aquella que las pone en colisión. En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en materia de interpretación de las leyes, “debe preferirse la que mejor concuerde con las garantías, principios y derechos consagrados por la Constitución Nacional; de manera que solamente se acepte la que es susceptible de objeción constitucional, cuando ella es palmaria, y el texto discutido no sea lealmente susceptible de otra concordante con la Carta Fundamental” (cfr. *Fallos*: 200:180 y doctrina de *Fallos*: 14:425; 105:22; 112:63; 319:1818, 1840; 323:1635; 331:1234, entre otros).

Asimismo, parece oportuno expresar que no siempre es método recomendable, en la interpretación de las leyes, el de atenerse estrictamente a sus palabras, ya que lo que debe perseguirse es una valiosa interpretación de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar (doctrina de *Fallos*: 306: 940; 320:389, 521; 321:2198; 322:1699; 323:212; 328:4818; 330:1055, 1855, 2093, 3426, 4936); de modo que esa hermenéutica —sistemática y razonable— permita a los jueces superar las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal (*Fallos*: 306:1059; 319: 2678). Ello así, dado que los textos legales no deben ser considerados a los efectos de establecer su sentido y alcance aisladamente sino correlacionándolos con los que disciplinan la misma

materia, como un todo coherente y armónico, como partes de una estructura sistemática considerada en su conjunto y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por aquéllos (doctrina de *Fallos*: 320:783, 2701; 321:2198; 330:2249 y 3426). Por supuesto que esta tarea interpretativa debe practicarse sin violencia de la letra y el espíritu de la ley (*Fallos*: 321:802; 330:3002), pues, como ha expresado el Alto Tribunal federal en su constante jurisprudencia, “no resulta admisible una interpretación que equivalga a prescindir del texto legal” (*Fallos*: 314:458; 315:2555; 321:2093).

Por otro lado, al referirme a la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en la Constitución local, también he tenido oportunidad de expresar que “la carga de quien propicia la declaración de inconstitucionalidad en estos casos es alta, el mero desacuerdo con el contenido de una norma o la preferencia por otra regulación posible están fuera del marco del control de constitucionalidad que permite el art. 113, inc. 2º, de la CCABA” (cf. voto conjunto que suscribiera con la Sra. jueza Ana María Conde *in re: “Corporación de Rematadores y Corredores Inmobiliarios – Mutual c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”*, expte. nº 5520/07, sentencia del 11 de noviembre de 2008).

3. Sentado lo expuesto, comparto en general las consideraciones que realiza en los puntos 1 a 8 de su voto el señor juez de trámite, doctor Luis Francisco Lozano, por entender que, en base a las consideraciones que realizaré en los puntos que siguen, resultan suficientes para descartar la petición de la parte actora para que se resuelva la pérdida de vigencia del art. 27 de la ley nº 12 —decisión que estaría supeditada, claro está, al resultado del procedimiento de reenvío a la Legislatura previsto en el art. 113, inc. 2º, de la CCABA—.

4. La cuestión planteada exige discernir si es posible —a la luz del marco normativo aplicable— dar a aquellos términos incluidos en el art. 27 de la ley nº 12 una interpretación conforme con las normas de raigambre constitucional constitutivas del denominado sistema de protección integral de los derechos de la infancia que la defensa invoca al solicitar la declaración de invalidez del artículo mencionado. A este respecto, tal como acabadamente lo expone en su voto el señor juez de trámite, al margen de alguna selección desafortunada de términos que viene dada en el precepto objetado, la apuntada “interpretación conforme” resulta posible, sin distorsionar la palabras ni el espíritu del texto legal.

En efecto, la correcta hermenéutica del art. 27, ley nº 12 no puede quedar atada a las circunstancias históricas del país que caracterizaron el desarrollo de otros sistemas en el pasado, sino que debe realizarse en el

marco delineado por el conjunto de normas que el legislador ha previsto para regular las relaciones del Estado con los niños, niñas y adolescentes de la Ciudad. Así, el análisis que la acción reclama no puede desatenderse del contenido de la Convención de sobre los Derechos del Niño; los arts. 75, inc. 22 y 31, CN; la ley n° 26.061; los arts. 13, incs. 3°, 9° y 11°, y 39, CCABA, y la ley local n° 114. En este sentido, resulta incontestable que el conjunto de normas mencionadas, a la vez que reconoce a niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derecho, determina la obligación del Estado de proveer a la protección especial de sus derechos a la luz del llamado interés superior del niño, entendido como la máxima satisfacción integral y simultánea de todos los derechos reconocidos por aquel conjunto normativo.

En este contexto, como lo explica el señor juez de trámite en su voto, no existe margen para entender al art. 27 de la ley n° 12 como una autorización para que el personal preventor o los representantes del Ministerio Público Fiscal puedan, por propia iniciativa, tomar decisiones que conlleven la privación de libertad de una persona menor de edad a quien se adjudica la posible comisión de una contravención, esto es, que impliquen su detención, encarcelamiento o ubicación en un lugar del que no pueda salir por su propia voluntad (artículo 11.b de las “Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Resolución n° 45/113 de la Asamblea General” incorporadas a la ley local n° 114 a través de su artículo 12 y art. 19 de la ley n° 26.061). Por el contrario, la norma cuestionada sólo establece una obligación para el fiscal o la autoridad preventora de comunicar en forma inmediata al CDNNA de la CABA, cada vez que se considere que una persona menor de 18 años, con la que entraron en contacto a raíz de haber estado incurso en la posible comisión de una contravención, puede representar un riesgo para sí o para terceros.

5. Por otro lado, considero apropiado resaltar que no forma parte del planteo introducido a través de la presente acción declarativa la discusión en torno a las atribuciones que la ley n° 114 ha dado al Consejo y a las decisiones que sus representantes puedan tomar en virtud de ellas, a raíz de la comunicación que ordena el art. 27 de la ley n° 12.

Ello es así, al margen de ciertas afirmaciones efectuadas por la accionante que resultan confusas a la luz del marco que ella misma ha dado al presente proceso mediante la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del art. 27 de la ley n° 12 y no de otras normas —sin que pueda pasar desapercibida, por lo demás, su participación en la integración del Plenario del Consejo—. En este sentido, a modo de ejemplo, la parte actora afirma con carácter genérico que la evaluación que el personal preventor o del MPF debe realizar de acuerdo al art. 27

de la ley n° 12 puede devenir en medidas restrictivas de derechos, que pueden materializarse “en la intromisión de las agencias estatales en la vida privada del niño, o la inclusión coactiva en programas de asistencia social, etc., en función de razones distintas (protección, peligrosidad, etc.) a las que persigue el procedimiento penal o contravencional” (fs. 7).

Sobre el punto, sólo cabe reiterar que, según la ley vigente, es el Consejo y no el personal preventor o el Ministerio Público Fiscal el órgano que —de conformidad con las normas aplicables, ajenas al art. 27 de la ley n° 12 aquí cuestionado— determina las acciones a seguir al advertirse la posible vulneración de derechos de un niño, niña o adolescente, o la situación de riesgo para sí o para terceros, pues, como se explicó, de ninguno de los términos del art. 27 de ley n° 12 puede desprenderse la posibilidad de efectivización de tales “medidas” sin su inmediata intervención.

En suma, la respuesta del Estado en los casos en que resulte de aplicación el art. 27 de la ley n° 12 en materia contravencional debe ser la misma que la prevista para el supuesto en que se advierta la desprotección de cualquier otro niño, niña o adolescente. En otras palabras, si la ley contravencional —cuyo ámbito de reproche se encuentra marcadamente acotado por tratarse de ilícitos de tenue intensidad— considera *no punibles* a los menores de 18 años (decisión legislativa que, más allá de compartirla o no, está al margen del objeto de esta acción), ninguna reacción *punitiva* puede generarse por alguna de las conductas descriptas en dicha ley. La mentada actuación, en definitiva, encuentra como límite infranqueable la regla superior que impide valorar o canalizar esa situación de riesgo para el menor —o terceros— mediante la utilización por órganos administrativos de disposiciones propias del sistema represivo, así como tampoco permite inferir que el procedimiento objetado, al contemplar la posibilidad de la “inmediata puesta a disposición del Consejo” del menor de 18 años involucrado, importe un consentimiento para disponer la privación de su libertad sin intervención de un juez competente —esto es, reitero, su detención, encarcelamiento o ubicación en un lugar del que no pueda salir por su propia voluntad, dispuesta por una autoridad preventora o administrativa, valiéndose de una interpretación asistemática del art. 27 de la ley n° 12—, ni siquiera de modo transitorio.

De esto, claro está, no puede derivarse —como parece pretenderlo la accionante— la exclusión absoluta de la acción del Estado respecto de la vida del niño, pues no caben dudas que las autoridades públicas tienen obligaciones indelegables para dar respuesta a situaciones en las que se constate la vulnerabilidad de los derechos de un niño, niña o adolescente. Tampoco puede excluirse la actuación del Estado ante la afectación de derechos de terceros por parte de un niño, niña o adolescente o de

cualquier persona, con base en otros preceptos del plexo normativo —no del art. 27, ley n° 12—. A este respecto, cabe señalar que no está en discusión aquí la potestad de la autoridad preventora para hacer cesar de inmediato conductas que pongan en peligro o vulneren derechos de terceros sino, únicamente, lo que habrá de suceder de acuerdo a la norma cuestionada una vez advertido que quien estaría incurso en la posible comisión de una contravención no ha cumplido 18 años de edad. Finalmente, debo reiterar que tampoco han sido cuestionadas las medidas de protección especial de derechos a las que se refiere la ley n° 114 de la Ciudad, ni la posibilidad de intervención de un **juez competente** para resolver sobre la situación del menor, sobre la base de otras disposiciones legales habilitantes.

6. Desde esta perspectiva, no es posible soslayar las dificultades que pueden llegar a generarse para determinar con razonable certeza el contenido de los términos “riesgo para sí o para terceros” que presenta el art. 27 de la ley n° 12. Sin embargo, existen en el ámbito normativo local ciertos parámetros que pueden tenerse en cuenta. En el marco de la ley n° 114, reglamentaria del art. 39 de la CCABA, se reconoce a niñas, niños y adolescentes como sujetos activos de derecho estableciéndose diversas formas para garantizar la protección integral de sus derechos (medidas de protección especial de derechos implementadas en forma directa o con intervención judicial, según los casos que la ley determina). Esta norma legal proporciona también pautas a partir de las cuales estos mecanismos pueden ponerse en marcha y resulta idónea, por tanto, para ilustrar a la hora de determinar el alcance del concepto de “riesgo para sí o para terceros” incluido en el precepto objetado. Las mencionadas pautas —así como las que surgen a raíz del deber impuesto por el art. 30 de la ley n° 26.061— pueden tenerse en cuenta para la evaluación que el personal preventor o el fiscal deba efectuar a raíz de encontrar incurso en la comisión de una posible contravención a un niño, niña o adolescente.

De cualquier forma, resulta central tener en cuenta que, dado que la valoración que la norma cuestionada impone al personal policial o del Ministerio Público Fiscal tiene como consecuencia, únicamente, la inmediata puesta en conocimiento de la situación advertida al Consejo, recaerá en definitiva en los representantes de dicho órgano, de acuerdo a sus atribuciones y obligaciones, el deber de analizar la situación de la que sean advertidos y de tomar la decisión sobre si corresponde poner en funcionamiento los mecanismos que el legislador estableció para proteger los derechos de la infancia. Así, las valoraciones que el personal preventor o el Fiscal puedan realizar a partir de las disposiciones del art. 27, ley n° 12 —que la accionante cuestiona como violatorias de los arts. 18 y 19, CN; 13, CCABA; 9 de la CADH; 15, PIDCyP y 40, CDN—

también deben leerse dentro del marco que brindan las restantes reglas a las que están sujetos aquellos funcionarios, y, por sobre todo, sus consecuencias no pueden generar la privación de la libertad de la persona menor de 18 años de edad hallada incurso en la posible comisión de una contravención. Se trata, en definitiva, y así lo explica el voto del Sr. juez Lozano, de acercar la ágil intervención del Consejo al caso de un niño, niña o adolescente del que, dadas las limitaciones prácticas de la organización de los recursos del Estado, tal vez no tendría noticia oportuna.

Por las consideraciones expuestas, entiendo que corresponde rechazar la presente acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos que ha sido planteada, todo ello a partir del alcance que se le ha asignado en esta sentencia al precepto objeto de tacha.

Así lo voto.

Por ello, oído lo dictaminado por el señor Fiscal General, y por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

- 1. Rechazar** la demanda planteada a fs. 1/19 por la Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- 2. Imponer** las costas en el orden causado (art. 25 LPT).
- 3. Mandar** que se registre, se notifique y archive.

Fdo.: Lozano; Ruiz; Conde; Maier y Casás.