

La Plata, 19 de agosto de 2010.-

Y Vistos:

*El recurso de apelación deducido por la señora Defensora oficial doctora María Raquel Ponzinibbio contra la resolución obrante a fs. 6/7 por la que se hace lugar parcialmente al recurso de habeas corpus interpuesto, no hace lugar a los pedidos de inconstitucionalidad, mantiene la medida de seguridad dictada, ordena el traslado del joven a una Institución Adecuada a sus características personales – preferentemente una comunidad terapéutica de características cerradas-, da intervención al Tribunal de Familia Nº 1 y al Servicio Zonal de las Subsecretaría de Niñez y Adolescencia, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social en la causa nº 06-00-025459-10¹ seguida a V., E.L.E., de trámite ante el Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil. Practicado el sorteo dispuesto por ley del que resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: doctores **Dalto-Soria-Villordo**; el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes*

CUESTIONES:

PRIMERA: *¿Es procedente el recurso de apelación interpuesto?*

SEGUNDA: *¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

A la **PRIMERA CUESTION** planteada, el Sr. Juez **DALTO** dijo:

1. Para una adecuada comprensión del proceso transitado, estimo necesario hacer una breve referencia a las distintas actuaciones previas a la intervención de esta Alzada.

Es así que inicialmente la representante del Ministerio Público Fiscal solicitó a la Magistrado interviniente una medida de seguridad respecto de V., E.L.E., en tanto consideró que el hecho de autos constituye uno más de los de carácter violento cometidos por el menor. Asegura que por poseer este joven conductas que resultan lesivas tanto para él como para el entorno social en el que se desenvuelve, torna imperioso la adopción de una medida de seguridad a fin de poder realizar un diagnostico del menor que permita un abordaje institucional por las autoridades que correspondan con el objeto de salvaguardar su propia vida y su futuro, como así también la vida de terceros. Fundo su petición en los arts. 1, 4 y 10 y concordantes de la

¹ Dice causa nº 06-00-020511-10 atento ir esta acollorada por cuerda, lo que motivó dicho error material, ya que es en IPP Nº 25459/10 donde se interpone el recurso.

ley 13.298; 64 de la Ley 13.634; 75 inc. 22 de la C.N. y 3, 6, 37 inc. B de la Convención sobre los Derechos del Niño (v. fs. 21/23 vta).

La señora Juez de Garantías el día 17 de julio del corriente año, amparada en distintos informes periciales, en las complejas vicisitudes que atraviesa esta causa, en la propia realidad familiar del menor –en la cual la progenitora solicita la internación de su hijo- en que V. es un joven inimputable con conductas peligrosas para sí y para terceros, en que “...amerita un abordaje más profundo, que la sola derivación a los Servicios Locales y Zonales, los que ya han intervenido, desde el año 2008, sin obtener al día de la fecha resultados favorables en el abordaje del joven y su problemática...” y que “...teniendo en consideración la situación planteada, la demora y el fracaso de las medidas impuestas en su oportunidad por el Tribunal de Familia Nº 1 desde el 30/10/2008...” impuso una medida de seguridad restrictiva de la libertad por 30 días hábiles respecto de V., ordenó su detención y alojamiento en institución adecuada, intimó a la Subsecretaría de Minoridad para la elaboración –en igual plazo que la medida de seguridad- de un programa tendiente al abordaje adecuado al menor y a su grupo familiar y comunicó dicha resolución al Tribunal de Familia Nº 1 para que también en 30 días adopte las medidas que estime corresponder en el marco de su intervención. Fundó su decisión en los arts. 63, 64 y 65 de la Ley 13.634, artículos 12, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño (v. fs. 24/29 vta). Y mantuvo esta medida en el resolutorio obrante en fs. 58 y vta.-

La señora Defensora Oficial interpuso habeas corpus ante la señora Juez de Garantías del Joven, solicitando la inmediata libertad de V., E.L.E. (a pesar que al inicio del escrito peticionó por B.M., B.I., a la sazón sujeto ajeno a esta causa) por considerar que el mismo se encuentra arbitrariamente privado de su libertad. También considera inconstitucional el art. 1 tercer y cuarto párrafo de la Ley 22.278 y del art. 64 de la Ley 13.634.

Varios son los argumentos que expone la señora Defensora para justificar su petición. En lo principal, que V. no reviste el carácter de punible conforme lo establece el art. 1 primer párrafo de la ley 22.278. Afirma que toda disposición ya sea de índole nacional o provincial que permita la privación de libertad de un menor de 16 años viola principios de raigambre constitucional, tales como el de legalidad, reserva, culpabilidad, proporcionalidad e inocencia que se plasman en los arts. 18 y 19

de la Const. Nac.; 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 37 y 40 de la Convención sobre Derechos del Niño; Reglas 4.1 de las Reglas de Beijing; 1 del Cod. Proc. Penal; 1, 10, 12, 13 de la ley 13.298 y 36 de la ley 13.634. De esta manera considera que las privaciones de libertad, disposiciones o medidas de seguridad, esconden un modelo tutelar que se contraponen con las garantías constitucionales dichas y que se basan en el reproche de conducta moral o de peligrosidad del menor.

Subsidiariamente, solicitó –para el caso que la Juzgadora considerase legítima la normativa cuestionada- la intervención del Tribunal de Familia nº 1 para continuar con el tratamiento de adicción y que ante la falta de intervención y control del seguimiento por parte del Servicio Zonal, entiende que deviene necesario un operador para el correcto seguimiento. Concluye diciendo que la falta de medidas y políticas por parte de los órganos correspondientes no pueden perjudicar la situación del joven como sería imponer una medida privativa de libertad dentro del ámbito penal.

La doctora Inés Siro, sobre tal petición dijo que el planteo sobre la inconstitucionalidad del art. 1, tercer y cuarto párrafo de la ley 22.278 resultaba abstracto pues esa normativa no había sido citada en la resolución atacada y rechaza la inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 13.634 por los fundamentos obrantes a fs. 6/7 del presente incidente.

Contra esa decisión la señora Defensora Oficial motiva la intervención de este Tribunal viniendo en grado de apelación.

II.- La doctora Ponzinibbio sostiene que la resolución de la doctora Siro vulnera los principios constitucionales de culpabilidad (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N., 8 inc. 2º de la C.A.D.H; 14 inc. 2º del P.I.D.C. y P. y art. 40 inc. 2º-b-I de la C.I.D.N), Legalidad (art. 18 C.N. y 75 inc. 22, 9 de la C.A.D.H., 15 del P.I.D.C.y P. y 40 inc. 2. a) de la C.I.D.N), Reserva (art. 19 C.N. y 25 Const. Pcial), Presunción de Inocencia (arts. 18 y 75 inc. 22 de la C.N., 8 inc. 2º de la C.A.D.H; 14 inc. 2º del P.I.D.C. y P. y art. 40 inc. 2º-b-I de la C.I.D.N. y enunciado Nº 7 de las reglas de Beijing incorporadas por el art. 10 de la ley 13298) Proporcionalidad (art. 1º C.N. y 1º Const. Pcial) y Defensa en Juicio (arts. 18 de la C.N., 15 de la Const. Pcial, 8 inc. 2 d) y e) de la C.A.D.H., 14 inc. 2 d) del P.I.D.C.y P. y 40 inc. 2 II de la C.I.D.N).-

Afirma que cuando interpuso habeas corpus a favor de V. no atacó ninguna resolución del Juzgado de Garantías, sino que lo hizo al anoticiarse que se había privado de su libertad a un sujeto no punible y que en ese escrito solicitó la inconstitucionalidad del artículo 1 tercer y cuarto párrafo de la ley 22.278, cuestión que debía ser tratada por la ahora recurrida.

Discrepa, luego, con el fundamento dado por la señora Juez respecto de la inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 13.634, puesto que –para la apelante- aquel contraría los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Aduce que son los organismos administrativos –dependiente del Poder Ejecutivo Provincial- o, en su caso, el Tribunal de Familia quienes deben realizar las políticas positivas y tomar las medidas concretas en cada caso y no el poder penal a través de la imposición de medidas privativas de libertad. Alega que este tipo de medidas –aplicadas desde la justicia penal- esconde un resabio del modelo tutelar, el cual es aplicado desde el fuero específico en violación de las garantías constitucionales ya indicadas y justificándolas en la conducta peligrosa del joven para si y para terceros, no obstante la no punibilidad del mismo.

Manifiesta que no desconoce la problemática del menor, pero que esta debe ser abordada desde el fuero de Familia y no desde el ámbito penal, máxime cuando es el Juez de aquel fuero el que llevó la medida de internación compulsiva de V. y dispuso la averiguación de paradero de éste para lograr la internación. Para la recurrente la actuación de la señora Juez de Garantías debía limitarse a poner en conocimiento del fuero interviniente la situación del menor. En ese contexto –agrega- sólo se podría haber dispuesto la medida de seguridad hasta el día de la audiencia a fin de hacer efectivo el ingreso del joven a la institución pertinente.

Expresa concretamente, que esa defensa se agravia de la continuidad de la medida pues se dispuso la internación, se le dio intervención a la Subsecretaría del Menor y tomó conocimiento de lo actuado el Tribunal de Familia.

De allí que la medida restrictiva de la libertad impuesta por la doctora Siro, es considerada por la parte como arbitraria e ilegítima. La argumentación expuesta por la Magistrado en cuanto no se hallaba de turno el Tribunal de Familia actuante no la habilita –para la doctora Ponzinibbio- para suplir a este órgano jurisdiccional.

Subsidiariamente y para el caso que este Tribunal entienda que es legítima la medida de seguridad impuesta, solicita que sólo se continúe hasta la finalización de la feria, por lo que una vez concluida, atento las medidas ya tomadas, se remita al Tribunal de Familia para que este intervenga.

III.- El día 13 de agosto del corriente año se celebró audiencia exigida por el art. 60 de la ley 13.634², en la cual compareció el menor V., quien fue oído por esta Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías, al igual que a la representante del Ministerio Público Fiscal –que mantuvo la necesidad de la continuidad de la medida de seguridad impuesta- y al señor Defensor Oficial –quien entre otros argumentos, solicitó el cese de la medida impuesta y se remitan estas actuaciones al Fuero de Familia-.

IV. El día 17 de igual mes y año se llevó a cabo audiencia en sede de este Cuerpo con el señor Subsecretario de Niñez y Adolescencia, doctor Pablo Gabriel Navarro; el señor Juez de Familia, doctor Jose Luis Bombelli; la señora Juez de Garantías, doctora Ines Noemi Siro; la señora Agente Fiscal, doctora Silvina Perez; el señor Defensor Oficial, doctor Ricardo Berenguer.

*V. Ya en trance de decidir, en primer lugar debo someter al Acuerdo si **esta instancia de revisión se encuentra habilitada para decidir sobre las inconstitucionalidades planteadas.***

Mi respuesta a ese interrogatorio es afirmativa.

Entiendo que el “a quo” debió atender la tacha constitucional del artículo 1 tercer y cuarto párrafo de la ley 22.278 planteada por la parte en el habeas corpus interpuesto para posibilitar –por un lado- un amplio debate sobre los derechos constitucionales atingentes, también garantizar audiencia suficiente de la contraparte y contar, finalmente, con la decisión jurisdiccional en la primera oportunidad procesal viable al efecto.

No obstante, la impugnante insiste con tal planteo en su recurso de apelación y ello habilita el ingreso de este Cuerpo en el tema.

Es que el arduo embate en torno al control constitucional de oficio ha concluido a partir de la decisión de la Corte Suprema de la Nación recaída por mayoría en causa “M. d. P.R.A. y otros c/ Provincia de Corrientes” del 27-IX-2001 (“La Ley”,

² ARTICULO 60. Recibidos los autos y notificado el Agente Fiscal del Joven, la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal deberá tomar contacto directo y personal con el niño, bajo pena de nulidad. Podrá asimismo oír a las partes para completar su información acerca de las circunstancias del caso.

2001-F-891). En efecto, ha terminado prevaleciendo el criterio según el cual: **a) La declaración oficiosa de inconstitucionalidad no implica un avasallamiento del Poder Judicial sobre los demás poderes, pues dicha tarea es de la esencia de aquel, siendo una de sus funciones específicas la de controlar la constitucionalidad de la actividad desarrollada por el Ejecutivo y el Legislativo, a fin de mantener la supremacía de la Constitución. b) La presunción de validez de los actos estatales en general no se opone a la declaración de inconstitucionalidad de oficio toda vez que, en tanto mera presunción que es, cede cuando los actos estatales contrarían una norma de jerarquía superior. c) Finalmente, no cabe aducir quebrantamiento de la garantía de la defensa de la contraparte. El control de constitucionalidad constituye una cuestión de derecho que, en cuanto a tal, puede ser resuelta por el juez mediante la facultad de suplir el derecho no invocado por las partes (iura novit curia). La aplicación de este principio incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (cfr. Guillermo Lopez, "El control de constitucionalidad de oficio", "La Ley", supl. del 28-X-2002, pág. 1 y sgts; Alberto Bianchi, "¿Se ha admitido finalmente el control constitucional de oficio?", en "La Ley", supl. del 5-XII-2001, pág. 6 y sgts.; Claudio Gomez, "Control de constitucionalidad de oficio en la C.S.J.N.", "La Ley" supl. de Derecho Constitucional, 2-XII-2002, p. 24 y sgts.; Ana M. Bestard, "El caso M.d. P. y la declaración de inconstitucionalidad de oficio", "La Ley", supl. de Derecho Constitucional, 30-XI-2001, p- 16 y sgts.). Ese criterio se ve ahora reforzado por la reciente sentencia de la Corte Federal recaída en la causa B. 1160. XXXVI Recurso de hecho. Banco Comercial de Finanzas, la que fuera dictada el 19-VIII-2004.-**

Si es posible, entonces, declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas que colisionan con el texto constitucional con mayor razón es admisible que el planteamiento de la cuestión constitucional no este supeditada a los rigorismos formales previstos para los agravios de diversa naturaleza (del voto del señor Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, doctor De Lazzari en causa P 73200 sentencia del 15-3-2006).

Y si la actual jurisprudencia tanto del Máximo Tribunal de la Nación como de la provincia han dejado de lado la exigencia de que la presentación de la cuestión constitucional sea efectuada en la primera oportunidad posible no encuentro motivos para apartarme de esa interpretación jurisdiccional razonada.

Ahora bien, he sostenido (causa Z-14.509-Nº 2.267-3- Zanabria Juan Carlos s/ homicidio culposo, Reg. 6 del 17/04/09) que la declaración de inconstitucionalidad de un proceso legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un juez, configurando un acto de suma gravedad que tiene carácter excepcional, considerado como la "última ratio" del ordenamiento jurídico (Fallos 260:153; 286:76; 301:1062; 316:842).-

Con arreglo a tales conceptos, el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera esta contraría la Constitución Nacional (Fallos 307:1983) y si se repara en que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador (Fallos 253:362, 308:1631), debe concluirse necesariamente en que el planteo que se examina no está debidamente fundado. En tal cometido, debe exigírsele a quien no esté de acuerdo con la constitucionalidad de un precepto legal la exposición de un consistente desarrollo argumental que habilite el test de constitucionalidad pretendido.

Este razonamiento es plenamente coincidente con el expuesto por el doctor De Lazzari en el antecedente antes invocado. Allí sostuvo el señor Ministro que: **"la jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del ordenamiento jurídico (cf. C.S.J.N. "Fallos", 260:153;286:76; 288:325; 300:241 y 1087; 301:1062; 302:457 y 1149; 303:1708; 316:842 y 324:920, entre otros); por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca al derecho o la garantía constitucional invocados (cf. C.S.J.N., "Fallos", 315:923; 321:441 y consid. 21º del voto en disidencia de los doctores Belluscio, Boggiano y Maqueda, in re, Provincia de San Luis v. Estado Nacional s/ acción de amparo" sent. del 5-III-2003). Su procedencia requiere que el planteo pertinente tenga un sólido desarrollo argumental y cuente con no menos fuertes fundamentos, al extremo de proponer un análisis inequívoco y exhaustivo del problema, de modo tal que si el recurrente no demuestra cuál es el alcance de sus derechos y por qué razones cree que lo actuado por el legislador es incorrecto, no cabe atenderlo (cf. "Fallos", 306:1597 y, en especial 325:1201, in re, "T.V. Resistencia S.A.I.F. v. L.S. 88 T.V.**

Canal 11 Formosa s/ daños y perjuicios”, sent. del 28-V-2002, disidencia del doctor Adolfo R. Vazquez, consid. 8º)”.
En el caso bajo análisis el planteo de inconstitucionalidad traído por la señora Defensora Oficial no supera el umbral de suficiencia.

Es que lo genérico y ambiguo de su discurso no me permite discernir su concreto motivo de agravio en referencia al art. 1 tercer y cuarto párrafo de la ley 22.278³. Su fundamentación oscila permanentemente entre esa norma y la prevista en el art. 64 de la ley 13.634. Y la estrictez con que me impongo analizar la cuestión me impide, más allá que ambas normas legislan sobre el menor no punible, asignar igual contenido a aquellas, toda vez que la ley nacional ofrece un catalogo mas amplio de sujetos y la provincial prevé una medida restrictiva de la libertad no expuesta manifiestamente por la nacional. En consecuencia, no puedo soslayar los estándares interpretativos impuestos por los máximos tribunales de justicia.

Desde esta perspectiva, el planteo no logra poner en tela de juicio la afirmación de la constitucionalidad del precepto.

Por el contrario, sí considero que el planteo referido al art. 64 de la ley 13.634 es suficiente para poder tratar la constitucionalidad puesta en crisis por la doctora Ponzinibbio.

Y en este sentido, adelanto que he de votar por su constitucionalidad.

El art. 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece que todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos tendrán como interés primordial el interés superior del niño. Asimismo, que los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección integral y el cuidado que sean necesarios para su bienestar y asegurarán que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes,

³ Artículo 1º. No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad.

Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.

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

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

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

especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como la relación con la existencia de una supervisión adecuada.

*El art. 4 de la mentada Convención prescribe que los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el **fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros** y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover su reintegración y de que este asuma una función constructiva de la sociedad (el resaltado me pertenece).*

Y he destacado un aspecto de vital importancia cual es el respeto por las libertades de terceros.

*Estas son un atributo que distingue a la persona y que se expresa en su potestad de exigir un comportamiento determinado del Estado y demás particulares mediante el ejercicio de los derechos subjetivos. **La esfera de la autonomía individual es la libertad, y la potestad de hacerla efectiva es el derecho a la libertad.** Pero esa autonomía y esa potestad no son las que concibe aisladamente en su seno el individuo, sino aquellas que aparecen reconocidas y consagradas en las normas jurídicas que, a los fines de su legitimidad, deberán reflejar fielmente la idea política dominante y el concepto de libertad que de ella emana.*

La libertad, tal como la concibe el individuo en su ámbito personal, puede ser absoluta e incontrolable, o estar sujeta a limitaciones subjetivas carentes de generalidad. De existir tales limitaciones, ellas estarán impuestas por las normas morales a las que se subordina el individuo. Pero la libertad constitucional, en su condición de libertad jurídica, no presenta tales características.

La libertad jurídica es esencialmente limitada y controlable, por cuanto se manifiesta en la convivencia social organizada. Sin un orden y sin límites para la libertad, es imposible que exista la libertad constitucional. La relación armónica entre los individuos y la organización política global, impone necesariamente restricciones para la libertad, que son expresadas en las normas jurídicas que la regulan.

En toda sociedad políticamente organizada la libertad aparece limitada por el orden que ella establece. Pero en un sistema democrático constitucional esas

limitaciones a la libertad deben ser razonables, respondiendo a la necesidad de salvaguardar los intereses individuales y los intereses de la comunidad. Es por ello que las limitaciones a la libertad no pueden conducir a su total desconocimiento, y que sus regulaciones deben ser razonables y objeto de una interpretación restrictiva.

Si la libertad jurídica fuera absoluta, tal como puede ser concebida por algún pensamiento filosófico, sería imposible concretar una vida social en libertad. Por tal razón, la libertad constitucional esta condicionada a la adecuación del sujeto al orden jurídico de la sociedad global. Sin esa subordinación al ordenamiento jurídico, no puede expresarse una sociedad organizada y la libertad constitucional no será tal. En este caso no habrá libertad sino libertinaje (Gregorio Badeni, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo 1, La Ley).

Al hacer míos los fundamentos doctrinarios traídos, concluyo que el art, 64 de la ley 13.634 se ajusta, en mi opinión, a la normativa internacional de protección de los menores de edad, ahora con rango constitucional.

Nótese que dicho artículo manifiestamente expresa que en casos de extrema gravedad se restringirá la libertad ambulatoria del niño inimputable. Artículo que entiendo se complementa con el art. 33 de igual ley en donde es considerado como principio rector del procedimiento penal, el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas.

Es que en el ordenamiento jurídico no existen las libertades absolutas. Todas las libertades individuales, aunque importen el reconocimiento de libertades naturales del hombre, así como también todas las libertades sociales establecidas en la ley, están sujetas a reglamentaciones que, como tales, son restricciones razonables a ellas, impuestas para armonizar los intereses individuales y satisfacer el bien común que motiva la creación de la organización de la sociedad.

*Concluyo, en consecuencia, que **la nota de extrema gravedad que amerita una limitación a la libertad del menor inimputable** –contenida en la norma local- **implica, siempre, una razonada interpretación del juzgador (arts. 18, 19 y 28 de la Constitución Nacional), la cual tendrá como norte el interés supremo del joven. Esa restricción será momentánea, acorde con la gravedad del caso y la necesaria para poner en funcionamiento y articulación a los organismos que diseñaran la estrategia de contención y abordaje multidisciplinario del menor.** Además tendera a evitar*

afectación de derechos del joven o terceros y si ya se vieses afectados, impedirá que sea mayor su magnitud. Obviamente esa restricción se deberá ajustar a los cánones internacionales en cuanto a cuidado y protección del menor (arts. 3, 4 y 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

*He de citar lo que he expuesto en oportunidad de votar la causa M-15.359 (M., N. y otros s/ habeas corpus, Reg. 359 del 2/7/2009) puesto que si bien mi intervención fue en un habeas corpus diverso al que origina la presente, el razonamiento –en cuanto a las limitaciones del derecho constitucional de la libertad- es similar al aquí expuesto. Sostuve, respecto de menores de 16 años que: **“...se encuentran en el Centro de Recepción conjuntamente con otros adolescentes de diversa categoría etaria y que el periodo en el que se encuentran en dicha Centro supera al razonable para producir las evaluaciones de rigor y estas circunstancias me motivan a disponer el inmediato traslado de los menores mencionados y su consecuente alojamiento en dependencia acorde con las medidas de seguridad requeridas por los respectivos Jueces de Garantías –de restricción de la libertad a cumplirse en un instituto de régimen cerrado (arts. 1 de la ley 22.278 y 64 de la ley 13.634). Dicho traslado y alojamiento deberá instrumentarse de manera separada de los jóvenes de 16 a 18 años. Esta decisión encuentra fundamentación, también, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa García Méndez Emilio y Musa Laura Cristina s/ causa 7.537” cuando señala que “Por otra parte, específicamente, en relación a los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido la edad mínima, el Comité de Derechos del Niño, ha reconocido, recientemente, que si bien no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables en un procedimiento penal, si es necesario, procederá adoptar medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños (Observación General N° 10/2007 “Derechos del Niño en la Justicia de menores” del 25 de abril de 2007, párr. 31)”.***

*También en referencia a la limitación de los derechos constitucionales, mi colega de esta Sala I, la doctora María Silvia Oyhamburu en oportunidad de intervenir en la causa D-14486 (Defensoría de Responsabilidad Juvenil s/ Queja, Reg. 305 del 1/6/2010) ha citado a Bidart Campos quien sostiene que: **“Antes de decir que***

los derechos se pueden limitar, hay que dar por verdad que, ontológicamente, son limitados, porque son derechos de los hombres en sociedad y en convivencia. De ahí en mas, ese carácter limitado, hace que los demás derechos sean limitables, precisamente por hacer funcionar el goce, el ejercicio, la disponibilidad y el acceso a sus disfrute sin exclusión de nadie” (Bidart Campos, German, Manual de la Constitución Reformada, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1996).

Concluyó mi distinguida colega que: “...en derivación de los anterior, que la discusión debe focalizarse en el carácter y modalidad de esas limitaciones a los derechos determinados por ley; claro está bajo sujeción a los principios de legalidad y razonabilidad”.

Por otra parte, no por lo dicho dejo de reconocer el notable esfuerzo de la Defensoría Oficial para demostrar su agravio, ni implica que el suscripto desconozca los principios constitucionales traídos en el escrito recursivo ni el cambio de paradigma en la protección de los menores de edad.

Establecida pues, para el suscripto la constitucionalidad de la norma y mas allá que tengo opinión formada sobre la necesidad o no de la aplicación en estos autos de una medida de seguridad, no resulta necesario expresar esta última dado que esta cuestión como los restantes agravios expuestos por la impugnante –como así también traídos de modo subsidiario- carecen, ahora, de virtualidad.

En efecto, por un lado el día 17 de agosto⁴ del corriente año ha tomado intervención el Tribunal de Familia Nº 1 departamental (ver fs. 39/40) del presente habeas corpus, circunstancia corroborada por el magistrado integrante de dicho Tribunal, conforme lo señalado en la audiencia llevada a cabo en esta Sala I. Ello y la culminación de la feria judicial –condición a la que supeditó la doctora Siro su intervención- determina también, la finalización de la actuación de la Juez garante en ese aspecto.

Voto, en consecuencia, por la negativa.

El señor Juez, doctor Soria dijo:

Este segundo término en el orden de votación en que he sido sorteado, me lleva a considerar algunas cuestiones que se plantean en el voto del Sr. Juez

⁴ La resolución por un error involuntario material dice 17 de julio que es el día de inicio de la medida.

preopinante, pues si bien en términos generales coincido con la respuesta que el Dr. Dalto da a los planteos formulados por la recurrente, existen en mi animo algunas discrepancias que considero deben ser abordadas por el suscripto.

En tal sentido soy de opinión que **en relación al planteo de inconstitucionalidad formulado con relación al art. 1ro. párrafo 3ro. y 4to. de la ley 22.278 no corresponde entrar al análisis del mismo –no por no tener suficiencia o resultar genérico o ambiguo el mismo- sino porque como bien señala la Sra. Juez “a quo” en su resolución atacada, el mismo resulta abstracto por no haber sido materia de aplicación en el resolutorio de fs. 24/29 vta. de la causa 06-00-025459-10 y no considerar que deba expedirme en el caso por no resultar aplicable en la presente resolución.**

Por otro lado, el fundamento de la resolución cuestionada lo ha sido en base a lo dispuesto por los arts. 63, 64 y 65 de la ley 13.634 y arts. 12, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Y con relación al planteo de inconstitucionalidad de lo normado en el art. 64 de la ley 13.634 adelanto que voy a coincidir con el Sr. Juez preopinante en cuanto que el interés superior del niño consagrado por el art. 3ro. De la Convención del Niño permiten mantener la constitucionalidad de la norma antes cuestionada, **siempre y cuando ello resulte indispensable para poder dar respuesta a situaciones de extrema gravedad, que de no adoptarlas a tiempo se pudieran perjudicar seriamente legítimas situaciones del niño o poner en riesgo a terceros.**

Lo dicho siempre y cuando dicha aplicación no constituya ninguna alteración de los derechos y garantías que tutelan al menor y que posean una brevedad tal que permitan a otros órganos de aplicación, dar respuesta en el menor tiempo posible a la situación planteada.

Por tales razones no considero que en el caso lo normado por el art. 64 de la ley citada, vulnere principio constitucional alguno ni los de culpabilidad; legalidad; reserva; presunción de inocencia; proporcionalidad; defensa en juicio ni del enunciado nº 7 de las reglas de Beijing.

Tampoco existe **un llamado limbo jurídico** como intenta señalar la impugnante, pues la propia vía intentada por la recurrente demuestra palmariamente

la existencia de ámbitos de discusión y de eventual impugnación de las decisiones jurisdiccionales que las impongan.

Coincido en definitiva y en este último aspecto con el colega preopinante en señalar que el art. 64 de la ley 13.634 se adecua a la normativa internacional de Protección de los Derechos del Niño (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Y habiendo tomado conocimiento cierto a partir de lo informado en la audiencia del día 17 del corriente por parte de la Sra. Juez Dra. Siro y del Sr. Juez del Tribunal de Familia nº 1 de este Departamento Judicial que la intervención de la primera de las nombradas ha cesado, corresponde rechazar el presente Habeas Corpus en los términos que fuera intentado.

Así lo voto.

El señor Juez doctor Villordo dijo:

Que adhería al voto del doctor Dalto y daba el suyo en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION planteada, el Sr. Juez Dalto dijo:

*Corresponde, dada la forma como ha sido resuelta por mayoría del Tribunal la primera cuestión, declarar que no corresponde en el caso, entrar al análisis de la inconstitucionalidad planteada de la norma prevista en el art. 1ro. párrafos tercero y cuarto de la ley 22.278, por carecer de suficiencia el recurso de apelación deducido. Asimismo, **declarar por unanimidad del Tribunal que lo normado en el art. 64 de la ley 13.634 no resulta inconstitucional, pero en el caso ha perdido virtualidad su aplicación en atención a la intervención que ha tomado el señor Juez de Familia.***

Así lo voto.

El señor Juez, doctor Soria votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

El señor Juez, doctor Villordo votó en igual sentido y por los mismos fundamentos

Por ello, de conformidad con lo normado en los artículos 1º de la ley 22.278, 63, 64 y 65 de la ley 13.634, arts. 3, 4, 5, 12, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 18, 19, 28, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, enunciado 7º de las reglas de Beijing, art. 405 –a contrario- del Cód. Proc. Penal, el Tribunal

RESUELVE:

- I. *Por Mayoría, DECLARAR que no corresponde en el caso, entrar al análisis de la inconstitucionalidad planteada de la norma prevista en el art. 1ro. párrafos tercero y cuarto de la ley 22.278, por carecer de suficiencia el recurso de apelación deducido.*
- II. ***Por Unanimidad, DECLARAR que lo normado en el art. 64 de la ley 13.634 no resulta inconstitucional, pero en el caso ha perdido virtualidad su aplicación en atención a la intervención que ha tomado el señor Juez de Familia.***

Regístrese, agréguese copia de la presente a la causa principal y devuélvase con sus agregados al Juzgado interviniente. Notifíquese en este incidente y oportunamente remítase para su agregación por cuerda a los autos.

Fdo: Raul Dalto-Pedro Luis Soria-Alejandro Gustavo Villordo

Ante mi: María Laura Bertomeu