

# ESTUDIOS SOBRE JURISPRUDENCIA



2020

### **3. RÉGIMEN PENAL JUVENIL. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL EN EL EXPEDIENTE TUTELAR.**

Virginia Sansone

*VOCES: RÉGIMEN PENAL JUVENIL. DEBIDO PROCESO. PRINCIPIO ACUSATORIO. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.*

Cítese como: Sansone, V. (2020). Régimen Penal Juvenil. Intervención del Ministerio Público Fiscal en el expediente tutelar, *Estudios sobre Jurisprudencia*, 32-41.

## **RÉGIMEN PENAL JUVENIL. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL EN EL EXPEDIENTE TUTELAR.**

Virginia Sansone<sup>1</sup>

### **1. INTRODUCCIÓN**

Más allá de los avances respecto de la vigencia de derechos en la interpretación de la ley 22.278, en la actualidad el expediente tutelar y su sustanciación no reflejan esta evolución. En este trabajo desarrollaremos los fundamentos por los que el Ministerio Público Fiscal debe intervenir en ellos para garantizar el debido proceso penal.

Según los parámetros de la ley 22.278, cuando se le inicia un proceso penal a una personamenor de edad también se inicia, en paralelo al expediente procesal donde se sustancia la investigación, un expediente tutelar, denominado “legajo tutelar o legajo de personalidad”, con la exclusiva intervención del juez y el defensor de menores e incapaces.

Allí es donde se registra las observaciones y el abordaje que se realizan con el joven durante el proceso penal, y es usual encontrarse con conceptos calificativos como: “menor dispuesta/o”, “menor tutelada/o”, “internada/o”, “egresada/o”, etcétera.

En el marco de este expediente, el juez tiene la facultad exclusiva de dictar medidas socio-educativas con características penales; que pueden implicar la privación de libertad, la restricción de otros derechos o la imposición de obligaciones y/o reglas de conducta. La elección de ellas depende de las conclusiones de los distintos estudios/informes y/o pericias que realizan equipos interdisciplinarios sobre la situación global del o la joven.

Este sistema, con características de “seudoprotección”, prioriza las condiciones socio-económicas del o la joven frente al hecho delictivo que se le imputa; lo que implica que las primeras son determinantes para la elección de las medidas a imponer.

A su vez, el o la defensor/a de menores e incapaces realiza un seguimiento del tratamiento y dictamina en relación con las medidas adoptadas, pero su opinión no es vinculante, entonces el juez decide soberanamente y sus resoluciones solo pueden ser revisadas por las instancias jurisdiccionales superiores.

### **2. LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR VS. EL MODELO DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS DE LA CDN**

Cabe recordar que esta modalidad de observación tutelar responde a la doctrina de la situación irregular, basada en la derogada ley 10.903<sup>2</sup>, hoy reemplazada por la ley

---

<sup>1</sup> Defensora pública de menores e incapaces ante los Tribunales Orales Criminales de la Nación.

<sup>2</sup> Llamada “Ley Agote”, derogada el 28 de septiembre de 2005. Esta ley patentizó el asistencialismo penal.

26.061<sup>3</sup> que sigue los lineamientos del modelo de Protección Integral de los Derechos del Niño que surgen de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

El modelo anterior de intervención conocido como la “doctrina de la situación irregular” se caracterizaba por tener criterios criminológicos propios del positivismo y justificaba la reacción estatal frente al o la joven infractor/a, o posible infractor/a de la ley penal a partir de la idea de tratamiento, resocialización o neutralización. En este contexto, el juez asumía una función paternalista, con notable discrecionalidad, y estaba habilitado para restringir –sin garantías de por medio– la vigencia de los derechos de los niños/as y/o adolescentes institucionalizados. De este modo, en este modelo, no se reconocía al niño/a o adolescente como sujeto de derechos, sino como objeto de “protección” por parte del Estado.

Ahora bien, en la actualidad la doctrina de la situación irregular ha sido en gran parte derogada y no se discute la vigencia del modelo de protección integral de derechos, del que surge que el interés superior del niño<sup>4</sup>, pese a su vaguedad, debe ser interpretado en este marco como un principio garantista que funciona como límite frente a las restricciones de la libertad y, a la par, como fundamento insoslayable para la satisfacción de los derechos.

En este último modelo, esencialmente, se reconocen a los/as niños/as y jóvenes las mismas garantías que a los adultos con un plus de garantías específicas; en especial frente a la imputación de un delito. De este modo, se respeta lo establecido por la CDN y los demás instrumentos normativos que integran el bloque de legislación internacional sobre la materia.

## **2.1. Derecho penal de adultos y derecho penal juvenil**

El derecho penal de adultos se estructura sobre la base de los principios de acto, lesividad y culpabilidad. En función de ellos, se habla de un derecho penal de acto, que se caracteriza por reprochar al individuo la comisión de una exteriorización lesiva respecto de los terceros en función de que pudo haber obrado de otra manera. En este sentido, la sanción penal en el proceso de adultos, tiene como base el reproche por un comportamiento dañoso evitable.

El derecho penal juvenil se caracteriza por el principio socio-educativo, que tiene en la base de su regulación ya no el reproche en función de la magnitud del daño causado, sino también en función de las características personales del imputado (Beloff et ál., en Grosman et ál., 2012, 3571).

---

<sup>3</sup> Ley configurada sobre la base de los principios de la Convención de los Derechos del Niño.

<sup>4</sup> La Corte IDH ha dicho que “este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño” (cfr. con Corte IDH, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A N° 17, párr. 56).

Actualmente, este fin educativo ya no responde a los parámetros del sistema tutelar, sino que se ha englobado en la vigencia de los principios rectores del derecho penal con la materialización de un plus de derechos y garantías, pero que en la práctica de lasustanciación del expediente tutelar se ven vulnerados.

Tomando como referencia este sintético recorrido histórico, el presente trabajo intenta abrir una ventana más para la vigencia de derechos en el ámbito juvenil y, por ello, se postula la aplicación del principio acusatorio con la intervención del Ministerio Público Fiscal en el expediente tutelar según los fundamentos que se desarrollarán.

### **3. DERECHO PENAL JUVENIL. PRINCIPIO ACUSATORIO E INTERVENCIÓN DEL MPF EN EL EXPEDIENTE TUTELAR**

#### **3.1. El expediente tutelar y la vulneración de derechos y garantías fundamentales en el derecho penal juvenil**

Si bien la ley 22.278 es la norma de fondo vigente, en los últimos veinticinco años ha habido una producción legislativa y jurisprudencial que procuró limitar el sistema tutelar. El impacto de la Convención sobre los Derechos del Niño y de otros instrumentos internacionales, así como de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>5</sup> y de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>6</sup> permitió la implementación de derechos y garantías fundamentales que no estaban estipuladas en el modelo paternalista.

En esta línea evolutiva, como ya se señaló, se ha derogado la ley 10.903 y, en consecuencia, la facultad de tutela estatal sobre los menores de edad no punibles, que solo quedó reservada para los/as jóvenes infractores/as punibles. Por su parte, si bien la ley 26.061 materializó los derechos y garantías establecidos en la CDN, ello no se ha circunscripto al ámbito de la responsabilidad penal. Esto último está en proceso de construcción día a día, hasta que finalmente se logre sancionar una ley de responsabilidad penal juvenil compatible con la CDN.

En este escenario, necesariamente se ha avanzado en la interpretación de la ley 22.278, que resulta aplicable solo en el marco de la CDN, de los demás instrumentos Internacionales<sup>7</sup> y de la jurisprudencia internacional y nacional que reafirma la aplicación del sistema de protección de derechos para los niños/as y adolescentes. De más está aclarar que no es lo mejor, pero, ante la demora de la sanción de la ley, este sinuoso camino de adaptación resulta útil para dar vigencia a los principios y garantías que no se encuentran regulados en la anacrónica ley 22.278.

---

<sup>5</sup> Corte IDH, Caso Mendoza y otros v. Argentina, sentencia de 14 de mayo de 2013; Corte IDH, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Opinión consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; entre otros.

<sup>6</sup> CSJN M. 1022. XXXIX. Recurso de Hecho, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, Causa n° 1174; CSJN, Fallos 331:2691, entre otros.

<sup>7</sup> Tales como las Reglas de Beijing, de Tokio, de La Habana y las Directrices de Riad, entre otras.

**Referencia Jurídica e Investigación**  
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia  
Ministerio Público de la Defensa

Sin embargo, el expediente tutelar, resabio de la doctrina de la situación irregular donde los avances de interpretación no han llegado, sigue plenamente vigente. De este modo, el juez es soberano respecto de las llamadas medidas socio-educativas, que en la práctica son otra cosa que medidas cautelares de coerción que dicta para los jóvenes en conflicto con la ley penal durante el proceso penal sin que medie el pedido fiscal.

Esta particular dinámica de funcionamiento –propia de un sistema de justicia penal desprovisto de garantías básicas– devela la restricción de derechos en el dictado, sin impulso fiscal, de medidas coercitivas más allá de su aparente carácter socio-educativo. Ejemplo de ello son las internaciones por largos períodos que en general sufren los jóvenes más vulnerables y que claramente se equiparan a la prisión preventiva del derecho penal de adultos<sup>8</sup>.

En este sentido, la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional en reiteradas oportunidades remarcó que, independientemente del nombre que se le dé –disposición, internación y/o medida tutelar–, desde el momento en que los menores de edad se encuentran encerrados, sea en un centro de admisión o en un instituto público o privado del que no puedan salir por su propia voluntad, están objetivamente privados de su libertad. Con ello, se vulnera el principio constitucional de inocencia, puesto que, sin previa verificación de las exigencias impuestas por el art. 411 del CPPN<sup>9</sup>, en la práctica, so pretexto de tutela y mediante la utilización de eufemismos, se esconde una auténtica privación de la libertad, que implica además un plazo incierto y se encuentra desvinculada del delito imputado al menor<sup>10</sup>.

La no intervención del fiscal en el impulso de las medidas socio-educativas y/o cautelares que se toman en el expediente tutelar vulnera el principio acusatorio, que por cierto está vigente en las otras instancias del régimen penal juvenil.

Recuérdese que la modalidad de enjuiciamiento acusatorio supone la existencia de una serie de limitaciones o condicionantes procesales, tales como instar la acción penal, la imposibilidad de decretar la apertura del juicio oral sin una acusación previa, la vinculación de la sentencia a los hechos, a la calificación jurídica y a la petición punitiva reclamada por la acusación, la solicitud de la imposición de medidas cautelares, entre otras. Se trata, por tanto, de un compendio de limitaciones o garantías que la jurisprudencia constitucional viene integrando dentro del derecho a un proceso justo y equitativo, directamente conectadas con la efectividad del derecho de defensa.

---

<sup>8</sup> CSJN, Fallos 330:5294

<sup>9</sup> El art. 411 del CPPN determina que la detención de un menor solo procederá cuando hubiera motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación, o intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá a falsas declaraciones.

<sup>10</sup> CNCCC, Sala 2, CCC 53748/2019/1/CNC1, Reg. n° 1591/2019, rto. 6/11/2019 y CNCCC, Sala 2, CCC 2435/2017/2/CNC1, Reg. n° 456/2017, rto. 9/6/2017; entre otros.

### 3.2. El principio acusatorio y la prisión preventiva en la jurisprudencia y en el nuevo CPPF

Nuestro máximo tribunal, en su precedente “Tarifeño”<sup>11</sup>, afirmó la vigencia del principio acusatorio estableciendo la acusación fiscal como requisito esencial para el dictado de cualquier sentencia condenatoria, postura que ha ratificado en los precedentes “Cáseres”<sup>12</sup>, “Mostaccio”<sup>13</sup>, “Amodio”<sup>14</sup> y “Cárdenas Almonacid”<sup>15</sup>. En este último, la CSJN resaltó la línea común de su jurisprudencia en esta materia estableciendo la exigencia de la acusación como único instrumento del Estado para impulsar una investigación penal y provocar una decisión de culpabilidad o inocencia, y así salvaguardar la defensa en juicio del imputado y el debido proceso.

Por su parte, la Corte IDH, en los casos Palamara Iribarne v. Chile<sup>16</sup> y Herrera Espinoza y otros v. Ecuador<sup>17</sup>, señaló que el juzgador debe ser imparcial y debe primar la contradicción en el proceso, lo que implica dar vigencia a los requerimientos del principio acusatorio y así, desde el inicio de las primeras diligencias de un proceso, deben concurrir las máximas garantías procesales para salvaguardar el derecho del imputado a la defensa.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, en el caso Jasper v. Reino Unido (n° 27052/95), sostuvo que el principio de contradicción e igualdad de armas implica que los magistrados deben evitar la existencia de desequilibrios que afecten a cada parte y, en particular, al derecho de defensa del imputado. En este sentido, el derecho a un fair trial supone un juicio justo entre la acusación y la defensa. Este mismo tribunal internacional, en el caso Ruiz Mateos c. España (1993), estableció que el principio acusatorio, cuya principal consecuencia es la posibilidad de contradicción entre las partes, es un principio estructural que caracteriza a los Estados de derecho.

Esta lógica de respeto de derechos y garantías se intenta aplicar en el proceso penal juvenil, con sus más y sus menos, atento a la difícil tarea de adaptar una ley de naturaleza tutelar a un sistema de protección de derechos. Por ello, si en la discusión del art. 4 de la ley 22.278 el sistema acusatorio rige plenamente, también a esta altura de la metamorfosis de la ley debemos implementarlo en el marco de la adopción de medidas restrictivas de la privación de libertad durante el proceso. Más aún cuando no está en tela de juicio que en los procesos penales juveniles, de acuerdo al art. 8 y 25 de la CADH<sup>18</sup> en concordancia con los arts. 37 y 40 de la CDN, deben respetarse

---

<sup>11</sup> CSJN, Fallos, 325:2019 (1989).

<sup>12</sup> CSJN, Fallos 320:1891 (1997).

<sup>13</sup> CSJN, Fallos 327:120 (2004).

<sup>14</sup> CSJN, Fallos 330:2658 (2007).

<sup>15</sup> CSJN, Fallos, 332:391.

<sup>16</sup> Corte IDH, Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

<sup>17</sup> Corte IDH, Sentencia de 1 de septiembre de 2016.

<sup>18</sup> Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.1: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e

plenamente y de modo especializado las reglas del debido proceso (Fellini 2019, 281).

Al respecto, resalto que la CSJN en el fallo “R. B.”<sup>19</sup>, siguiendo el dictamen del procurador general de la Nación, estableció que el tribunal oral no estaba habilitado a imponer pena porque el acusador público solo pidió en el debate que se declarara la responsabilidad penal del acusado, con el argumento de que, al cometer el hecho, este era menor de edad, y puntualizó que, por el principio acusatorio, los jueces no están habilitados a suplir la voluntad del ministerio público ni a actuar más allá de su petición, sobre todo en algo tan trascendente como el requerimiento de sanción penal.

Todo lo anterior demuestra que la vigencia del principio acusatorio en el marco del expediente tutelar, y muy especialmente cuando se trate de medidas restrictivas de libertad, deviene ineludible.

Lo propuesto se refuerza con la implementación del nuevo Código Procesal Penal Federal<sup>20</sup> que, con la entrada en vigencia de los arts. 210<sup>21</sup>, 221<sup>22</sup> y 222<sup>23</sup>,

---

imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”; y art. 25.1: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

<sup>19</sup> CSJN, Fallos, 339:1208 (2016).

<sup>20</sup> Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, Res. N° 2/2019, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 13/11/2019.

<sup>21</sup> Art. 210 CPPF: “El representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición, individual o combinada, de: a. La promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación; b. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen; c. La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; d. La prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; e. La retención de documentos de viaje; f. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones, de visitar ciertos lugares, de comunicarse o acercarse a determinadas personas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; g. El abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado; h. La prestación por sí o por un tercero de una caución real o personal adecuada, que podrá ser voluntariamente suplida por la contratación de un seguro de caución, a satisfacción del juez; i. La vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación física; j. El arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga; k. La prisión preventiva, en caso de que las medidas anteriores no fueren suficientes para asegurar los fines indicados”.

<sup>22</sup> Art. 221 CPPF: “Peligro de fuga. Para decidir acerca del peligro de fuga se deberán tener en cuenta, entre otras, las siguientes pautas: a. Arraigo, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto; b. Las circunstancias y naturaleza del hecho, la pena que se espera como resultado del procedimiento, la imposibilidad de condenación condicional, la constatación de detenciones previas, y la posibilidad de declaración de reincidencia por delitos dolosos; c. El comportamiento del imputado durante el procedimiento en cuestión, otro anterior o que se encuentre en trámite; en particular, si incurrió en rebeldía o si ocultó o proporcionó falsa información sobre su identidad o domicilio, en la medida en que

estableció mayores garantías y restringió la indeterminación de los criterios que habilitaban el dictado de la prisión preventiva en el derecho penal de adultos, a través de una dinámica procesal netamente acusatoria con la necesidad del pedido fiscal para que proceda una restricción de la libertad y la prohibición de que el juez penal actúe de oficio.

A la vez, se establecieron las pautas a seguir para valorar el peligro de fuga y los indicios que justifiquen la existencia de un peligro de entorpecimiento de la investigación.

### **3.3. Aplicación del principio acusatorio en el derecho penal juvenil**

Estos parámetros, que materializan la normativa constitucional y convencional en la legislación procesal, deben aplicarse en el expediente tutelar, que es donde se dictan medidas que implican, con distintos grados de intensidad, restricciones a la libertad ambulatoria de los/las adolescentes sometidos/as a proceso penal. No es válido, bajo ningún pretexto, que las personas menores de edad se encuentren jurídicamente en una situación de menor vigencia de derechos en relación con los adultos.

Abundante legislación, doctrina y jurisprudencia definieron lo que implica la “privación de libertad” en el sistema penal juvenil. Así, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad –“Reglas de La Habana” de 1990–, establecen de manera expresa, en su apartado 11.b, que: “Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

También la CSJN se ha pronunciado en este sentido, manifestando con relación a las “medidas de disposición” que “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”<sup>24</sup>.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Nacional, Sala I, causa nº 22.909 “Famoso, E. y O. s/ procesamiento e internación”, en el año 2004 afirmó que las normas que habilitan la “disposición” e “internación” de los menores – arts. 1, 2, 3 y 3 bis de la ley 22.278 y art. 412 del CPPN– colisionan con el derecho al debido proceso y con el principio de inocencia, que exigen que la imposición de una

---

cualquiera de estas circunstancias permitan presumir que no se someterá a la persecución penal”.

<sup>23</sup> Art. 222 CPPF: “Peligro de entorpecimiento. Para decidir acerca del peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad, se deberá tener en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la grave sospecha de que el imputado: a. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; b. Intentará asegurar el provecho del delito o la continuidad de su ejecución; c. Hostigará o amenazará a la víctima o a testigos; d. Influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente; e. Inducirá o determinará a otros a realizar tales comportamientos, aunque no los realizaren”.

<sup>24</sup> CSJN “Maldonado”, M. 1022 XXXIX, rta. 7/12/05.

pena esté precedida por una sentencia de condena. Ello en tanto, según el artículo 18 de la Constitución Nacional, cualquier intervención coactiva que se aplique antes de tal resolución definitiva, en particular cuando se trate de una medida restrictiva de la libertad, debe estar fundada estrictamente en cuestiones de carácter procesal debidamente probadas y debe cubrir una serie de exigencias (mérito sustantivo, excepcionalidad, proporcionalidad, provisionalidad por el tiempo más breve que proceda), que no aparecen enunciadas en las normas citadas.

Así, según lo expuesto y sobre la base de que las medidas tutelares se conforman tanto por su naturaleza socio-educativa y coercitiva, y siguiendo lo establecido por los arts. 210, 221 y 222 de CPPF, el fiscal no puede ser ajeno a su implementación.

Desde esta óptica, la CDN reconoce el derecho del adolescente a “impugnar la legalidad de la privación de la libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción” (art. 37.d, CDN). Que la impugnación de la privación de libertad debe ser resuelta por un tribunal imparcial implica, necesariamente, que la discusión debe darse en el marco de un proceso contradictorio. En otras palabras, el debate en torno a la privación de la libertad de un/a adolescente se encuentra inserto en el sistema acusatorio. Solo puede ser imparcial aquel tribunal que, sin asumir funciones de persecución penal, resuelve la controversia planteada por las partes.

#### **4. CONCLUSIÓN**

Una vez superada la histórica distinción entre “internación” y “detención”, y en función de las exigencias constitucionales y convencionales, no puede dilatarse más la falta de intervención del fiscal en el expediente tutelar. En tanto titular de la acción penal, si el fiscal no postula ninguna medida en relación con el o la joven involucrado/a, el juez no puede disponer una medida restrictiva de la libertad, porque afecta el principio acusatorio y de imparcialidad.

En este punto, es importante reiterar que la tesis propuesta de intervención fiscal en el expediente tutelar es un camino temporal para la vigencia de derechos, que no suple la sanción de una nueva ley acorde a los parámetros de la CDN. Hasta que ello ocurra, la ley vigente sigue su proceso de metamorfosis incorporando derechos y garantías de una manera sui géneris. Desde ya, este no es el escenario adecuado ni el ideal, pero lo cierto que desde hace muchos años es el único en el que se puede actuar.

En la práctica, si bien los tribunales orales de menores, desde la implementación del articulado del CPPF, han dado intervención al representante del Ministerio Público Fiscal, este se ha limitado a ejercer un control de legalidad, postura que resulta ambigua y poco clara<sup>25</sup>.

Por caso, la realidad es distinta en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, donde la

---

<sup>25</sup> TOM I, expte. 42602/2019, entre otros.

ley 13.634, que regula los principios generales del fuero de familia y fuero penal del niño, en su art. 41 establece que la aprehensión de un menor de edad solo podrá llevarse a cabo a pedido del agente fiscal<sup>26</sup>. Seguidamente, en su art. 42, dispone que cualquier medida cautelar que se disponga en relación con el joven deberá adoptarse previa audiencia oral ante el juez de garantías del joven, con la presencia del agente fiscal y del defensor<sup>27</sup>. En relación con el dictado de la prisión preventiva, solo reservada para imputaciones graves, en su art. 43 establece que solo el fiscal puede requerir su imposición<sup>28</sup>.

La ley provincial citada da cuenta de la vigencia de garantías en relación con las medidas restrictivas de libertad para los menores de edad punibles. Claramente, es una ley acorde al sistema acusatorio, y demuestra que resulta imprescindible aplicarlo en el ámbito de la justicia penal juvenil nacional, que ha quedado estancada en el sistema paternalista en el trámite del expediente tutelar.

Entonces, la aplicación del principio acusatorio en las medidas que se disponen sobre los menores de edad sometidos a proceso es indiscutible, más aún si se tiene en cuenta que la valoración sobre el resultado del tratamiento tutelar es determinante a la hora de aplicar el art. 4 de la ley 22.278.

El juego armónico de la legislación convencional y nacional en materia de derecho penal juvenil nos obliga a aplicar las garantías fundamentales en la totalidad del proceso y a no dejar librada una parte tan importante a los parámetros tutelares que contradicen abiertamente lo establecido por la CDN.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Beloff, M.; Freedman, D.; Kierszenbaum, M. y Terragni, M. 2012. "La sanción en el derecho penal juvenil y el ideal de educación". En: Grosman C.; Lloveras, N. y Herrera M. (dir.) Summa de familia, V. 4. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Fellini, Z. 2019. "Sistema convencional de justicia para adolescentes". En: La problemática penal juvenil. Buenos Aires: Hammurabi.

---

<sup>26</sup> Art. 41: "Cuando un niño fuese aprehendido, deberá darse aviso inmediatamente a sus padres, tutores o responsables, al Agente Fiscal, al Defensor Oficial y al Juez de Garantías, indicando el motivo de la aprehensión, el lugar donde se encuentre y el sitio donde será conducido. A pedido del Agente Fiscal el Juez de Garantías del Joven podrá librar orden de detención en los términos del artículo 151 del Código de Procedimiento Penal, en el plazo de doce (12) horas desde el momento de la aprehensión".

<sup>27</sup> Art. 42: "Podrá imponerse al niño imputado, previa audiencia oral ante el Juez de Garantías del Joven, con la presencia del Agente Fiscal y del Defensor del Joven una (1) o más de las siguientes medidas cautelares [...]".

<sup>28</sup> Art. 43: "En causas graves, el Agente Fiscal podrá requerir al Juez de Garantías para que, dentro del plazo de cinco (5) días desde la detención, se fije una audiencia oral para decidir la procedencia o no de la prisión preventiva. El Juez podrá decretar excepcionalmente la prisión preventiva de un niño al finalizar la audiencia, a requerimiento del Agente Fiscal, siempre que concurren las siguientes circunstancias [...]".