

//nos Aires, 28 de septiembre de 2020.

**AUTOS Y VISTOS:**

Le corresponde intervenir a esta Sala con motivo del recurso de apelación deducido por el acusador público, contra la decisión que no hizo lugar a su solicitud de que se disponga provisoriamente del menor B. S. E. en los términos del artículo 1 de la ley 22.278.

Presentado el memorial respectivo por parte del señor Fiscal General, de conformidad con lo dispuesto por el Acuerdo General de esta Cámara del 16 de marzo pasado, y habiendo acompañado un escrito la Defensoría Pública de Menores que fuera notificada en esta instancia, la cuestión traída a conocimiento se encuentra en condiciones de ser resuelta.

**Y CONSIDERANDO:**

*El juez Mauro A. Divito dijo:*

I. El Ministerio Público Fiscal ha reclamado que se disponga tutelarmente del niño B. S. E., de seis años de edad, quien habría agredido, dentro del hogar "A. M.", a D. G. P. M., de dos años, ya que, según éste le contó a su madre, aquél, además de ocasionarle el hematoma que lucía en su cuello, le había tocado la zona anal, provocándole dolor y enrojecimiento.

Concretamente, el recurrente había propiciado que se notifique a los padres de B. E. acerca de la existencia de estas actuaciones, que un equipo interdisciplinario evalúe su grupo familiar, y que tanto aquél como el damnificado sean examinados en la "Cámara Gesell".

II. Por su parte, la Dra. Silvana Céspedes, titular de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces de Instancia Única en lo Penal Nacional y Federal n° 2, ha bregado por la confirmación de lo resuelto, afirmando que si bien comparte "*la preocupación del distinguido Sr. Fiscal, respecto a la contención y protección que*

*puedan estar recibiendo los niños... dicho aspecto fue debidamente abordado por el Sr. Juez, disponiendo la intervención del CDNNyA...". Destacó también que en función de "la corta edad de quien resultara victima -2 años-, puede resultar inconveniente ... someterlo a pericias o recabar su testimonio en Sala Gesell" y que "evitar su eventual revictimización debe ser el principal interés; puesto que el niño al que le es atribuido el supuesto hecho resultará inimputable y el ejercicio de la acción penal resulta en todo supuesto no viable". En ese marco, concluyó que "atiende mejor el interés superior de los niños involucrados la rápida desjudicialización del caso, evitando someterlos al proceso y ser objeto de medidas de prueba" y que es "en el ámbito del organismo de protección de derechos donde podrá ser abordada la situación integral de ambos niños y sus familias".*

III. En el informe elevado a esta Sala, el hogar "A. M." hizo saber las medidas adoptadas como consecuencia de la denuncia formulada por la madre del niño P. M. Así, se dio intervención a la "Gerencia Operativa de Asistencia Integral a los Sin Techo" del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat que organizó el traslado de la familia del menor Erne a otro alojamiento -que se concretó a fines de enero- y a la guardia del Consejo de Niños, Niñas y Adolescentes. Por parte de este último, el "Equipo de Seguimiento de Familias en Situación de Vulnerabilidad" continúa interviniendo en el caso.

IV. En distintas causas he sostenido (cfr., entre otras, de la Sala VII, causa nro. 41489, "D.", del 23 de agosto de 2011 y Sala V, causa nro. 37605/2016 "T., O. J", del 8 de septiembre de 2016) que, en los casos de personas menores de edad que no resultan punibles, corresponde observar los lineamientos que fijara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "G. M., E." (Fallos 331:2691).

En aquella ocasión el máximo tribunal precisó que "*...en relación a los niños que cometen un delito cuando todavía no*

*han cumplido la edad mínima, el Comité de los Derechos del Niño ha reconocido, recientemente, que si bien no pueden ser formalmente acusados ni considerárselos 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)” (cfr., en particular, el considerando 12° del voto de la mayoría).*

La Corte, asimismo, valoró que la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce al niño como un sujeto pleno de derechos, aunque por encontrarse en etapa de desarrollo debe recibir una protección especial; precisó que -siempre que sea apropiado- se deben adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; y respecto de los menores no punibles recordó el art. 40.4 de la Convención en cuanto refiere a diversas medidas ajenas a los procedimientos judiciales y a buscar alternativas a la internación en instituciones (considerandos 3° y 4° del voto de la mayoría).

En particular, el alto tribunal advirtió que los mencionados derechos especiales constituyen un imperativo constitucional que entra en tensión con el régimen de la ley 22.278 en cuanto regula los casos de los menores no punibles, porque bajo los eufemismos de que son “dispuestos”, “internados” o “reeducados”, en muchos casos se los encierra en condiciones de similar rigurosidad a la aplicada en la ejecución de las penas impuestas a los adultos (considerando 5° del voto de la mayoría).

Bajo la perspectiva señalada, de conformidad con la opinión de la señora Defensora de Menores, estimo que en este caso, la desjudicialización del asunto y la intervención -en relación con E.- del Consejo de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires, decretada por el magistrado en consonancia con las disposiciones de la ley 26.061, satisfacen adecuadamente el interés superior de los niños, ambos de corta edad, que habrían intervenido en

el suceso.

Cabe recordar que B. E. y su núcleo familiar fueron derivados al “H. P. U.” (fs. 43), de modo que ya no mantienen contacto con el menor damnificado; y diversos profesionales del “H. A. M.” acompañaron los informes que presentaron ante la División Delitos Contra Grupos Vulnerables de la Policía de la Ciudad (fs. 29/30), la Asesoría General Tutelar del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 40/41), el Programa “GOAIST” - Gerencia Operativa de Asistencia Integral a los Sin Techo del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat- (fs. 31/32 y 38/39) y al Servicio Local Maspero (fs. 35/6), en torno a la situación específica de los niños involucrados, por lo que someter a éstos a diligencias probatorias en el ámbito judicial luce inconveniente, como lo ha apuntado -con criterio que comparto- quien representa sus intereses.

El contexto descripto revela, a mi juicio, que no resulta procedente la pretensión del recurrente de disponer del menor sobreseído en los términos del artículo 1 de la ley 22.278, cuyo texto no debe ser interpretado desde el paradigma tutelar bajo el que fue sancionado, sino bajo el modelo de protección integral que impone la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional. En esa inteligencia, habiéndose dado intervención a las áreas administrativas referidas con motivo de la situación de vulnerabilidad por la que el niño B. S. E. -que como se mencionó cuenta con sólo seis años de edad- atraviesa, no advierto que los intereses del nombrado puedan resultar favorecidos a partir de su disposición tutelar como imputado.

Sobre este punto, se impone recordar que, en el fallo antes citado, la Corte Suprema -pese a que admitió que se había producido una mejora en virtud de la sanción de la ley 26.061 y la derogación de la ley 10.903- cuestionó la subsistencia de la denominada doctrina de la “situación irregular”, en tanto no permite trazar una clara diferencia entre los niños que necesitan protección y

los que se encuentran en conflicto con la ley penal (considerando 5º del voto de la mayoría).

En ese marco, luego de que se sobreseyó al niño E. por no resultar punible, mantener sobre él un seguimiento judicial con fines “tutelares” importaría una superposición -contraria a su interés superior- con la labor de otros órganos que ya han tomado intervención.

Por dichas razones, en definitiva me inclino por confirmar, en cuanto fue materia de recurso, la resolución apelada.

*El juez Pablo Guillermo Lucero dijo:*

Es dable destacar que “*la ley 26.061, que establece un sistema de protección integral de las niñas, niños y adolescentes, únicamente deroga a la ya citada ley 10.903. Por lo tanto, la interpretación de la ley 22.278 no debe ser efectuada en forma aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática, y en forma progresiva, de modo que mejor concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos...*” (Fallos 331:2691).

En consonancia con ello, y en este caso concreto no podemos soslayar que de conformidad a los parámetros del artículo 33 de la ley 26061, ya se ha dado intervención al Consejo de Niñez y Adolescencia de la Ciudad de Buenos Aires. Ni tampoco que, precisamente, aquella norma se sancionó con la finalidad de acondicionar el ordenamiento jurídico del menor a los parámetros de la Convención del Niño, para su resguardo y en miras a su interés superior.

Siguiendo dicho razonamiento, y teniendo en cuenta la extrema vulnerabilidad económica y social en que se hallan inmersos B. S. E. -de tan sólo seis años de edad- y su grupo familiar; hacer lugar al requerimiento del representante del Ministerio Público Fiscal -de conformidad al artículo 1 de la ley 22.278- conllevaría a desnaturalizar el espíritu del aludido pacto internacional y desvirtuar

la tutela del niño con la actuación jurisdiccional sobreponiéndose a la administrativa. Por lo que en concordancia con lo manifestado con mi colega preopinante, corresponde homologar el decisorio puesto en crisis.

Por lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE**:

**CONFIRMAR** la decisión recurrida, en todo cuanto fuera materia de recurso.

Se deja constancia que el juez Ignacio Rodríguez Varela no suscribe la presente por haberse inhibido. A su vez, el juez Mauro A. Divito, integra esta Sala en razón de la designación efectuada mediante el sorteo realizado el 25 de agosto pasado, conforme al artículo 7 de la ley 27.43 y que el juez Pablo Guillermo Lucero, también lo hace en virtud del sorteo del 16 de julio del año en curso, en los mismos términos.

**MAURO A. DIVITO**

**PABLO GUILLERMO LUCERO**

Ante mí:

**CECILIA A. DE GIACOMI**

Prosecretaria de Cámara

