

## LA DOCTRINA DE LA “SITUACIÓN IRREGULAR” DE MENORES Y SU APLICACIÓN ES CONTRARIA A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS DEL MENOR PORQUE NO DISTINGUE LOS PROCEDIMIENTOS Y TRATO DE LOS MENORES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL DE AQUÉLLOS QUE NECESITAN PROTECCIÓN Y CUIDADO

*Sinopsis:* En la presente sentencia la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina resolvió un recurso de queja interpuesto por el Fiscal General en contra de una decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal de ese país. Tal decisión había hecho lugar a un recurso de casación e inconstitucionalidad mediante el cual la Cámara declaró la inconstitucionalidad del artículo 1o. de la Ley 22.278, relativa al Régimen Penal de la Minoridad, y ordenó a diversas autoridades la adopción de ciertas medidas para, entre otros, adecuar la legislación penal en materia de menores a nuevos estándares constitucionales en la materia y establecer un sistema integral y coordinado con la Ley 26.061, relativo a la Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. A tal efecto, la Cámara Nacional de Casación Penal estableció plazos concretos y un mecanismo de informes bimestrales para ser informada sobre los avances al respecto.

En su decisión, la Corte Suprema de Justicia hizo un análisis de los estándares internacionales sobre derechos humanos de los menores de edad. Entre otros, señaló que conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño se entiende que éstos gozan de todos los derechos humanos en tanto personas pero que, a su vez, se debe proporcionar a los niños una protección especial en términos de derechos, libertades y garantías concretos a los que los Estados deben dar efectividad. Uno de los principios estable-

## *“SITUACIÓN IRREGULAR” DE MENORES Y SU APLICACIÓN*

cidos en tal Convención es el relativo al trato a que tienen derecho los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales. En tales casos, las medidas que deben adoptar los Estados deben estar orientadas al tratamiento de los niños sin que se recurra a procedimientos judiciales, siempre que sea apropiado y deseable. Asimismo, haciendo alusión a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema señaló que la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley y las normas y procedimientos correspondientes deben caracterizarse, entre otros, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a los niños sin que se recurra a procedimientos judiciales. En caso de ser necesario un proceso judicial, deben disponerse medidas especiales en atención a su situación de vulnerabilidad, también cuando esté en juego su derecho a la libertad personal, el cual no puede deslindarse del principio del interés superior del niño. Teniendo en cuenta lo anterior, uno de los temas abordados por la Corte Suprema fue el relativo a la doctrina de la “situación irregular” del menor que se desprende de la Ley 22.278. Señaló, siguiendo lo expresado por el Comité de los Derechos del Niño a la Argentina, que dicha doctrina no traza una distinción clara entre niños que necesitan protección y cuidado como, por ejemplo, aquéllos provenientes de familias pobres y que son colocados en instituciones de asistencia pública o en internados, y niños en conflicto con la ley penal.

La Corte Suprema de Argentina revocó la sentencia objeto del recurso de queja con base en que, si bien no era censurable por el dictamen que formulaba acerca de los defectos del sistema vigente sobre el tratamiento de menores de edad en conflicto con la ley, la Cámara Nacional de Casación Penal había excedido el cometido del Poder Judicial fijado por la Constitución Nacional argentina al dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria y ordenando la implementación de un mecanismo de reemplazo en su lugar, cuando la solución del problema requería de la concreción de medidas de política pública previas correspondientes a otros poderes del Estado. No obstante lo anterior, la Corte Suprema señaló que no podía permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y la demora en proceder a una adecuación de la legislación vigente en la materia, entre otros, a la Convención sobre los Derechos del Niño. En tal sentido, requirió al Poder Legislativo para que, en un plazo razonable, adecuara la legislación a los estándares mínimos pertinentes derivados

de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y a los Poderes Ejecutivos nacional y local para que a través de los organismos administrativos correspondientes, adoptaran en un plazo razonable las medidas de su competencia. Por lo que se refiere al Poder Judicial, con base en jurisprudencia de la Corte Interamericana conforme a la cual los deberes de los Estados de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos incumben a cualquier poder y órgano independientemente de su jerarquía, la Corte Suprema señaló que entre las “medidas de otra índole” (artículo 2 de la Convención Americana) que los Estados deben adoptar para garantizar los derechos humanos están las sentencias judiciales. Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial al interés superior del niño. Estableció que, en tal sentido, corresponde a los jueces velar por el respeto de los derechos de los niños y adolescentes bajo su jurisdicción, lo cual implica escucharlos con todas las garantías a fin de hacer efectivos tales derechos. También corresponde a los jueces mantener un conocimiento personal, directo y actualizado de las condiciones en las que se encuentran los niños sujetos a internación con el fin de adoptar las medidas que sean de su competencia y que tengan como efecto directo un mejoramiento en la calidad de vida de los niños. En relación con los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido la edad mínima, corresponde a los jueces adoptar medidas especiales orientadas, principalmente, hacia servicios sustitutivos de la internación teniendo como guía el principio del interés superior del niño, según sus circunstancias particulares.

En su sentencia, la Corte Suprema de Justicia de Argentina se basó, entre otros, en las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “*Instituto de Reeducación del Menor*” vs. *Paraguay*, “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, y “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile*.

La sentencia se encuentra acompañada de un voto particular.

THE DOCTRINE OF THE “IRREGULAR SITUATION”  
OF MINORS AND ITS APPLICATION IS CONTRARY  
TO THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS  
STANDARDS OF THE MINOR BECAUSE  
IT DOES NOT DISTINGUISH BETWEEN CHILDREN  
IN NEED OF CARE AND PROTECTION  
AND THOSE IN CONFLICT WITH THE LAW, IN TERMS  
OF JUDICIAL PROCEDURES AND TREATMENT

*Synopsis: In this judgment, the Supreme Court of Justice of Argentina solved a remedy of complaint filed by the Attorney General of the Republic against a decision rendered by the National Chamber for Cassation in Criminal Matters. By means of such decision, it was admitted an appeal for annulment and a constitutional motion by which the Chamber declared the unconstitutionality of article 1 of Law 22.278, related to Minors Criminal Responsibility and ordered several authorities to adopt certain measures to, among other aspects, adapt the criminal legislation related to minors to new constitutional standards in the matter and to establish a comprehensive system in coordination with Law 26.061 related to the Comprehensive Protection of the Rights of Children and Adolescents. To that end, the National Chamber for Cassation in Criminal Matters set specific deadlines and a mechanism of bi-monthly reports to be informed on the progress made in this regard.*

*In its decision, the Supreme Court of Justice made an analysis of the international human rights standards of minors. Among other aspects, it pointed out that according to the Convention on the Rights of the Child, the children enjoy all human rights in their condition as persons but that, at the same time, they must be provided with special protection in terms of specific rights, freedoms and guarantees and States must give effect to them. One of the principles established in such Convention is the one related to the treatment that must be given to those children who are accused of violating criminal laws. In such cases, the measures States must adopt must be oriented to the treatment of children without resorting to judicial proceedings, whenever it is appropriate and desirable. Moreover, in reference to the case-law of*

*the Inter-American Court of Human Rights, the Supreme Court pointed out that the special jurisdiction for children in conflict with the law and the corresponding rules and proceedings must be characterized, among others, by the possibility of adopting measures to treat children without resorting to judicial proceedings. Should a judicial proceeding be necessary, special measures must be ordered bearing in mind the situation of defenselessness of the minor, also when the minor's right to personal freedom is at risk, which cannot be viewed in isolation from the principle of the best interest of the child. Based on the foregoing, one of the issues addressed by the Supreme Court was the one related to the doctrine of the "irregular situation" of the minor, as derived from Law 22.278. It pointed out, following what was indicated by the Committee on the Rights of the Child to Argentina, that said doctrine does not clearly distinguish between the children in need of care and protection, those children from poor families who are placed in public assistance institutions or residential homes and those in conflict with the law.*

*The Supreme Court of Argentina revoked the judgment which was the subject of the remedy of complaint based on that, even though it was not reprehensible based on the pronouncement issued about the defects in the system in force in relation to the treatment of minors in conflict with the law, the National Chamber for Cassation in Criminal Matters had exceeded the competence of the Judicial Branch as established by the Argentine National Constitution when it delivered a judgment with the force of a repealing general rule and ordered the implementation of another mechanism, when the solution to the problem required the prior adoption of public policy measures that corresponded to other branches of the government. Without detriment to the foregoing, the Supreme Court pointed out that it cannot remain indifferent towards the seriousness of the situation and the delay in adapting the current legislation in the matter, among other aspects, to the Convention on the Rights of the Child. To this end, it requested the Legislative Branch to, within a reasonable time, adapt the legislation to the corresponding minimum standards established in international human rights treaties, and the national and local Executive Branch to, by means of the corresponding administrative bodies, adopt measures within its sphere of competence, within a reasonable time. As to the Judicial Branch, based on the case-law of the Inter-American Court*

## “SITUACIÓN IRREGULAR” DE MENORES Y SU APLICACIÓN

*according to which States' duty to respect and guarantee the rights enshrined in the American Convention on Human Rights is incumbent on any branch and body independently of its hierarchy, the Supreme Court pointed out that the “other measures” (article 2 of the American Convention) that States Parties must adopt to guarantee the human rights include the judicial decisions. Courts are obliged to take into account, in the first place, the child's best interest. It established that, in this regard, it falls upon the judges to ensure to the children and adolescents subject to their jurisdiction the respect for their rights, which imply to provide them with all the guarantees in order to give effect to their rights. It also falls upon the judges to personally know, in a direct and updated manner, the condition of the children who are placed in institutions in order to adopt the corresponding measures so as to improve the child's living conditions in such institutions. In relation to the children who commit a crime but who are below the minimum age, it is up to the judges to adopt special measures addressed to, mainly, provide them with alternative services of treatment taking into account, as guideline, the principle of the best interest of the child, according to the particular circumstances.*

*The Supreme Court of Justice of Argentina based its judgment on, among others, the judgments delivered by the Inter-American Court of Human Rights in the cases of the “Juvenile Reeducation Institute” v. Paraguay, “Street Children” (Villagran Morales et al) V. Guatemala and “The Last Temptation of Christ” (Olmedo Bustos et al) v. Chile.*

*Separate opinion in judgment.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
ARGENTINA

RECURSO DE HECHO INTERPUESTO  
POR EMILIO GARCÍA MÉNDEZ Y LAURA CRISTINA  
MUSA  
CAUSA NO. 7537  
2 DE DICIEMBRE DE 2008

...

Vistos los autos: “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 N° 7537”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, al hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la Fundación Sur, resolvió: “II) Declarar la inconstitucionalidad del art. 11 de la ley 22.278, con los alcances aquí fijados. III) Poner en conocimiento de las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y Federales, a los jueces de menores y federales, a la Defensoría General y Procuración General de la Nación, de lo aquí resuelto. IV) Hacer saber a los jueces de menores y federales que deberán comunicar lo aquí resuelto a aquellos organismos administrativos que intervengan conforme las previsiones de la ley 26.061 (Título IV) sean Nacionales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. V) Exhortar al Poder Legislativo para que dentro de un plazo no mayor a un (1) año, adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.061.

## “SITUACIÓN IRREGULAR” DE MENORES Y SU APLICACIÓN

VI) Encomendar a los jueces de menores a que convoquen a una mesa de diálogo e inviten a los actores involucrados con la problemática de los menores, junto con el accionante, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, los Directores o Encargados de los Institutos de Menores y a organizaciones civiles que pretenda participar, para que: 1) Dentro de un plazo no mayor a 90 días se ordene la *libertad progresiva* de los menores de 16 años que a la fecha se encuentren dispuestos en los términos de la ley 22.278 y se articule con los organismos administrativos con competencia en la materia la confección de los planes individuales y se adopten las medidas que la normativa autoriza (arts. 32 y ss. de la ley 26.061) para cumplir con el objeto de la protección integral de los niños; 2) Con relación a los casos de menores de 16 años que ingresen al sistema penal por una supuesta infracción a la ley penal, con posterioridad al día de la fecha, aplicar la misma modalidad aquí expuesta, para que —*una vez comprobada la edad del menor*— en un plazo no mayor de 90 días se implementen con relación a ellos los planes mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061, para su oportuna incorporación. 3) Planificar y evaluar las propuestas para una implementación estructural de los planes y políticas mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061; debiendo remitir a esta Sala en forma bimestral un informe que dé cuenta del resultado y contenido de los avances de las reuniones que a tal fin se realicen. VII) Convocar a los jueces de menores, conforme a la representación que ellos acuerden, y a los demás actores que intervengan en la mesa de diálogo para el día 18 de marzo de 2008, a las 11:30 hs. a una primera audiencia ante esta Sala a fin de poner en conocimiento los avances implementados, conforme las pautas aquí fijadas”. Contra ello, el Fiscal General ante dicha Cámara interpuso recurso extraordinario, cuya denegación motiva esta queja.

2º) Que esta Corte, en su sentencia del 18 de marzo del corriente año, declaró la admisibilidad del recurso extraordinario y, sin que ello implicara un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, suspendió la decisión recurrida (fs. 69). El Procurador General, con motivo de la vista que le fue corrida, mantuvo el



recurso extraordinario al solo efecto de que el Tribunal pueda pronunciarse. Corresponde, entonces, examinar en la presente oportunidad la sustancia del *sub examine*.

3º) Que la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la Convención), al tiempo que ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, no ha dejado de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de Incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática. De ahí que aluda a la “evolución” de las facultades del niño (arts. 5 y 14.2), a la evolución de su “madurez” (art. 12), y al impulso que debe darse a su “desarrollo” (arts. 18.1, 27.2), físico, mental, espiritual, moral y social (art. 32.1). Es por ello, además, que los Estados habrán de garantizar el “desarrollo” del niño (art. 6.2).

La Convención, por ende, pone en evidencia un doble orden de consideraciones, además de la derivada de su art. 43, vale decir, haber dejado intactas, salvo en cuanto las haya mejorado, todas las protecciones que otros textos internacionales habían enunciado en punto a los niños. Por un lado, da por supuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden, en tanto que personas humanas. Por el otro, en atención a lo antedicho, tiende, como objetivo primordial, a “proporcionar al niño una protección especial”, con lo cual el tratado continúa, no sin profundizarla, la orientación que ya habían marcado los instrumentos internacionales que expresamente menciona el párrafo octavo de su preámbulo.

Por ello, a los fines del *sub lite*, interesa particularmente subrayar que dicha protección especial importa reconocer lo que todo niño es, vale decir, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, configurar la “protección especial” en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar “efectividad”, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin (Convención, art. 4). La Convención, en breve, supone una redefinición de los nexos que median entre el niño, por un lado, y las instituciones estatales y el universo de los adultos, por el

## *“SITUACIÓN IRREGULAR” DE MENORES Y SU APLICACIÓN*

otro, y también las que vinculan a estas últimas con los padres de los niños y la familia en general.

4º) Que uno de los principios establecidos por la Convención se relaciona con el “trato” a que tiene “derecho todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales” (Convención, art. 40.1). Este derecho es el de 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 la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (ídem). Cabe advertir que la noción de reintegración parte de asumir que las dificultades que afronta un niño no son necesariamente individuales, y considerar relevante, en cambio, el medio social en que vive. Súmase al principio indicado, otro no menos relevante. La Convención dispone que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños “a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular [...] b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales” (art. 40.3). Un resultado de igual tenor se impone a la luz de las Reglas de Beijing, en cuanto establecen que incluso para los “menores delincuentes” pasibles de sanción, “[s]e examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de [éstos] sin recurrir a las autoridades competentes [...] para que los juzguen oficialmente” (11.1). Esta práctica, explica el comentario de la citada regla, en muchos casos constituye la “mejor respuesta”, y sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de menores. Para el niño no pasible de sanción, en consecuencia, cobra toda su magnitud el art. 40.4 de la Convención relativo a las “diversas medidas” ajenas a los procedimientos judiciales, y a “otras

posibilidades alternativas a la internación en instituciones", que debe prever el Estado.

En esta línea de ideas, asimismo, se inscribe la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como las normas y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales y, en el caso de que un proceso judicial sea necesario, se disponga de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso (Caso "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", sentencia del 2-9-2004, Serie C N1 112, párr. 211). Por otra parte, siempre que esté en juego la persona de un niño, el contenido del derecho a su libertad personal "no puede deslindarse del interés superior del niño razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad" (ídem, párr. 225). Es pertinente también reproducir los términos en que la citada Corte ha censurado el comportamiento de gobiernos que toleran una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo: "En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el 'pleno y armonioso desarrollo de su personalidad', a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida" (Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia del 19-11— 1999, Serie C N1 63, párr. 191).

5°) Que estos derechos especiales que tienen los niños por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario sino un imperativo constitucional que se erige, nada menos, que en pauta determinante de la nueva perspectiva que debe informar

## *“SITUACIÓN IRREGULAR” DE MENORES Y SU APLICACIÓN*

el sistema. Por otro lado, entre dicho imperativo y el régimen de la ley 22.278 en cuanto regula los casos de menores no punibles, media una fuerte tensión. Así, por ejemplo, los menores son privados de su libertad, bajo calificaciones tales como “dispuestos”, “internados” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”, situaciones que han significado, en muchos casos, el encierro 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.

La mencionada tensión se manifiesta principalmente en dos características tan distintivas como criticables, a saber: el “retaceo” de principios básicos y elementales que conforman el debido proceso, y la subsistencia de la doctrina de la “situación irregular” en el régimen de la ley 22.278, especialmente en su art. 11, párrafos segundo, tercero y cuarto. El Comité de los Derechos del Niño, en octubre de 2002, expresó a la República Argentina su preocupación por la subsistencia de legislación basada en la doctrina de la “situación irregular”, abarcando en tales términos no solamente la ya derogada ley 10.903 (párrafo 15), sino también a la ley 22.278 (párrafos 40 y 62). Si bien refiriéndose en conjunto a ambas leyes, el Comité puntualizó que el régimen legal vigente, inspirado en la mencionada doctrina, no traza una distinción clara entre niños que necesitan protección y cuidado y niños en conflicto con la ley penal. Aunque con la sanción de la ley 26.061 y derogación de la ley 10.903, han perdido actualidad algunas críticas del Comité (como la incluida en el párrafo 15 de que no hay norma alguna que considera al menor sujeto de derechos), hay otras que sí mantienen vigencia. En efecto el régimen de la ley 22.278 no ha sido aún ajustado a los estándares prescriptos por la Convención sobre los Derechos del Niño y otros documentos que apuntan a superar las prácticas inspiradas en el paradigma de la “situación irregular” y son mencionados por el Comité en sus recomendaciones (párrafo 63.a). Por otro lado, cabe recordar que el Comité también puso de resalto el número de niños, especialmente de familias pobres, que se encuentran privados de un medio familiar y colocados en instituciones de asistencia pública o en in-

ternados, a menudo lejos de su hogar (Observaciones finales: Argentina, 9-10-2002, CRC/C/15/Add.187, párrs. 15, 40, 42, 62 y 63). El Comité se refirió a la “eliminación del concepto tradicional de ‘situación irregular’” también al expedirse sobre la situación de otros países (Observaciones finales: Paraguay, 12-10-2001, CRC/C/15/Add.166, párr. 10. b; Observaciones finales: El Salvador, CRC/C/15/Add.232, 4-6-2004, párr. 3. d, y Observaciones finales: Guatemala, 8-6— 2001, CRC/C/15/Add. 154, párrs. 11 y 56).

Como conclusión, el Comité recomendó a la Argentina, *inter alia*, que: a. establezca mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección; b. revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los arts. 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas de Beijing y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), y c. asegure que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección (cit. párrs. 41 y 63 a y c).

6º) Que, con todo, la fuerte tensión señalada no puede justificarse que por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la ley 22.278, y nada menos que con los alcances que le confiere el fallo apelado. Este último, en términos generales, no es censurable por el diagnóstico que formula acerca de los males que padece el sistema vigente; sí lo es respecto del medio escogido para superarlos. Varias razones concurren a ello. Tal como lo reiteró esta Corte no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar, cuando resulta evidente que —en esta materia— tal solución requiere de la suficiente e indispensable

## “SITUACIÓN IRREGULAR” DE MENORES Y SU APLICACIÓN

concreción de medidas de política pública previas (conf. arg. Fallos: ...).

Ello implicaría sustituirse a competencias propias de los otros poderes del Estado (Fallos: ...); máxime, cuando el convencional constituyente, en la última reforma de 1994, le ha adicionado al Congreso la atribución específica de promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados de derechos humanos, en particular, respecto de los niños (art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional).

No es asunto de desaprobado solamente leyes que, basadas en la anacrónica situación irregular limiten los derechos, libertades y garantías de los niños. Se trata de eso, por cierto, pero de mucho más, como lo es establecer, al unísono, otras políticas, planes, programas generales y específicos en materia de educación, salud, deporte, adicciones, estrategias, instituciones, instalaciones debidamente calificadas con personal adecuado, recursos y normas de coordinación. Tales acciones, cuya implementación es atributo directo de los poderes públicos, resultan previas a cualquier medida de alcance general —como la apelada— que, con el sincero espíritu de creer mejorar la situación ya grave, no la favorezca y —eventualmente— en la práctica lleve a la vulneración de los derechos que intenta proteger.

Es dable afirmar que las cuestiones que encierra la problemática de los menores en conflicto con la ley penal, son de una delicadeza, gravedad y complejidad extremas, tanto en sus causas, como en sus consecuencias personales y con relación a la comunidad toda. El análisis de tales aspectos remite al diseño de las políticas públicas en general, y la criminal en particular, que ameritan un debate profundo y juicios de conveniencia, que exceden la competencia de esta Corte.

7º) Que, de todos modos, el tribunal no puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y la demora en proceder a una adecuación de la legislación vigente a la letra del texto constitucional y, en especial, a la de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por consiguiente cabe requerir al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación a

los estándares mínimos que en lo pertinente surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, segundo párrafo).

8º) Que el texto de la ley 26.061 permite afirmar, sin mayor esfuerzo interpretativo, que la política de protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes “debe ser implementada mediante la concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios (...) en la elaboración de a) políticas, planes y programas de protección de derechos, (...) c) recursos económicos; (...) e) medidas de protección de derecho” (arts. 32 y 33).

Por lo tanto y en atención a todo lo que se lleva dicho, resulta de toda urgencia y necesidad que los organismos administrativos nacionales y locales con competencia en la materia emprendan las acciones necesarias con el propósito de trazar y ejecutar políticas públicas que tiendan, en todo lo que sea apropiado, a excluir la judicialización de los problemas que afectan a los menores no punibles, es decir aquellos que no han alcanzado la edad mínima para ser imputados por infringir la ley penal (arts. 40.3 y 40.4 de la Convención de los Derechos del Niño).

En este orden de razonamiento, corresponde requerir a los Poderes Ejecutivos Nacional y local para que, a través de los organismos administrativos correspondientes, en un plazo razonable, adopten las medidas que son de su resorte.

9º) Que la función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho. En este cometido, la medida adoptada aparece como la más adecuada para hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. Aquélla se funda en el rol institucional que le compete a esta Corte como Poder del Estado, sin desentenderse de las relaciones que deben existir con los otros poderes, los que —claro está— se encuentran también vinculados con el propósito constitucional de afianzar la justicia. Dichos departamentos de Estado constituyen, en el caso concreto, el canal adecuado para llevar a cabo aquellas acciones sin cuya

## *“SITUACIÓN IRREGULAR” DE MENORES Y SU APLICACIÓN*

implementación previa, se tornaría ilusoria cualquier declaración sobre el punto.

10) Que el deber del Estado de respetar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incumbe a cualquier poder y órgano, independientemente de su jerarquía, so pena de incurrir en responsabilidad internacional (Caso “Última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)” Serie C 73, sentencia del 5 de febrero de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

No se deja de apreciar entonces, que todos los órganos del Estado deben asumir los roles de garante (art. 1.1 Convención Americana), que a cada uno, de acuerdo a sus atribuciones constitucionales y legales, les corresponde. Así, entre “las medidas de otra índole” que el Estado debe arbitrar para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención (art. 2) se inscriben las sentencias judiciales. Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial al interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención (Fallos: ...). En coincidencia, entonces, con los estándares internacionales ya señalados, les corresponde a los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción, que implica escucharlos con todas las garantías a fin de hacer efectivos sus derechos (conf. arts. 12.2 y 40.2.b de la Convención sobre los Derechos del Niño).

11) 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.



Es menester tener en cuenta una de las pautas de mayor arraigo en la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual la inconsecuencia o la falta de previsión jamás debe suponerse en la legislación, y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: ...). Y comprende además, su conexión con otras normas que integran el ordenamiento vigente, del modo que mejor concuerde con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: ...).

12) Que también les concierne a los jueces mantener un conocimiento personal, directo y actualizado de las condiciones en la que se encuentran los niños sujetos a internación (densidad poblacional de los institutos, higiene, educación, alimentación, adecuado desempeño personal), con el fin de tomar todas aquellas medidas que sean de su competencia y que tengan como efecto directo un mejoramiento en la calidad de vida de los niños. En especial, deberán revisar, permanentemente y en virtud de ese conocimiento inmediato, la conveniencia de mantener su internación. Todo ello implica no otra cosa que el cumplimiento del artículo 31, tercer párrafo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en todo cuanto sea incumbencia de los jueces.

Por otra parte, específicamente, 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 niños en la Justicia de menores”, del 25 de abril de 2007, párr. 31).

En efecto, es función también de los magistrados competentes en la materia, adoptar dichas medidas, agotando todas las variables que permitan orientarse, prioritariamente, hacia ser-

## “SITUACIÓN IRREGULAR” DE MENORES Y SU APLICACIÓN

vicios sustitutivos de la internación que puedan ser dispuestos, según las circunstancias particulares de cada niño, teniendo como horizonte su interés superior. Ello, con el fin de evitar la estigmatización y no solamente porque resultan más beneficiosas para el menor, sino también para la seguridad pública, por la criminalización que, a la postre, puede provocar la institucionalización y el consiguiente condicionamiento negativo. Obviamente, que en el ejercicio de dicho rol, les corresponde controlar, no sólo su procedencia en cada caso, sino también, periódicamente, si las circunstancias que las motivaron han cambiado, tanto como, la vigencia de su necesidad y razonabilidad.

13) Que, en tales condiciones, corresponde requerir al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación en la materia a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional y a que, los poderes Ejecutivos Nacional y local, a través de sus organismos administrativos competentes implementen efectivamente las medidas que son de su resorte.

En consecuencia, se impone revocar la sentencia apelada, lo cual en nada impide y en todo exige, naturalmente, que los jueces con competencia en causas relativas a menores no punibles en la situación de la ley 22.278, dicten, cuando correspondiere, las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos.

Por ello, se hace lugar a la queja, y al recurso extraordinario interpuestos, y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados. Acumúlese la queja al principal, hágase saber, practíquense las comunicaciones ordenadas a los Poderes Legislativo y Ejecutivo Nacional y local, y a la Cámara Nacional de Casación Penal a efectos de que transmita la presente a todos los jueces competentes en la materia, a la Defensoría General y a la Procuración General de la Nación. Oportunamente, devuélvase. ...