

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, FALLOS 331:2691. "RECURSO DE HECHO DE GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO Y MUSA, LAURA SOBRE HÁBEAS CORPUS COLECTIVO A FAVOR DE MENORES DE 16 AÑOS PRIVADOS DE LIBERTAD EN EL INSTITUTO GENERAL SAN MARTÍN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES"

Procuración General de la Nación

"García Méndez Emilio y Musa Laura s/ causa n° 7537"
S.C. G. 147; L. XLIV

Suprema Corte:

Al sólo efecto de que V.E. pueda pronunciarse sobre la cuestión planteada, mantengo el recurso de queja interpuesto.

Buenos Aires, 10 de abril de 2008.-

ES COPIA

ESTEBAN RIGHI

G. 147. XLIV.

RECURSO DE HECHO

García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina
s/causa N° 7537

Buenos Aires, 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. 1º 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. 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 presupuesto 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 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” (idem). 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 N° 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 N° 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 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. 1º, 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 prescritos 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 internados, 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 justificar 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 concreción de medidas de política pública previas (conf. arg. Fallos: 329:3089; 330:4866).

Elo implicaría sustituirse a competencias propias de los otros poderes del Estado (Fallos: 330:4866, 4873/ 4874); 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 desaprobar 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 unisono, 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 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 “Ultima 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: 318:514).

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: 310:195; 320:2701; 321:2453; 324:1481, entre otros). 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: 292:211; 297:142; 307:2053, 2070).

12) Que también les concierne a los jueces mantener un conocimiento personal, directo y actualizado de las condiciones en las 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 3º, 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 servicios 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. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, al hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por la Fundación Sur, resolvió: "II) Declarar la inconstitucionalidad del art. 1 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. 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 la 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 el pronunciamiento apelado (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 evaluación de su “madurez” (art. 12), 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), entendido este término “en su sentido más amplio, como concepto holístico” (Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 2003, CRC/GC/ 2003/5, pár. 12, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, sentencia del 2-9-2004, Serie C

N° 112, párr. 161). De ahí también que este tratado disponga que la educación deberá estar encaminada a “preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena” (art. 29.1.d). Es el descripto el “incuestionable dato óptico” señalado por el Tribunal en “Maldonado” (Fallos: 328:4343, 4381).

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 (vgr.: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 6.5, 10.2.b y 3, 14.1 y 4, 23.4 y 24; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 10.3 y 12.2.a; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 19, 5.5 y 4.5, entre otros; asimismo: Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25.2 y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. VII). Por un lado, da por presupuesto 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.

Análogas conclusiones, por lo pronto, pueden seguirse del art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: los niños “al igual que los adultos, ‘poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos’”; pero, además de ello, tienen derecho “a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. El precepto, en consecuencia, debe entenderse como “un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial” (Caso “Instituto...”, cit., párr. 147 y sus citas; asimismo: Caso Bulacio vs. Argentina, sentencia del 18-9-2003, Serie C N° 100, párr. 133. V. “Maldonado”, cit., p. 4379).

4°) Que, a los fines del sub lite, interesa particularmente subrayar el paradigma al que se ciñó dicha protección especial. Fue cuestión, por lo pronto, de abandonar los modelos paterno-autoritarios, las orientaciones basadas en la llamada “situación irregular” del niño, los marcos tutelares discrecionales, cuando no marcados por tendencias que entrecruzaban compasión y represión. Fue cuestión, a su vez, de reconocer lo que todo niño es, vale decir, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, de configurar la “protección especial” en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados debían dar “efectividad”, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin (Convención, art. 4). La censura a la mentada “situación”, por cierto, ya ocupó la atención de esta Corte en el recordado precedente “Maldonado” (cit., esp. ps. 4376/4379), y también la de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual,

asimismo, no dejó de observar que “este cambio conceptual” suele hacer “necesario un cambio de legislación en todos aquellos países partes del tratado [Convención sobre los Derechos del Niño], así como también el impulso de políticas públicas tendientes a lograr un efectivo reconocimiento en el niño de este nuevo carácter de sujeto de derecho” (Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, OEA/Ser./L/VII.110 doc. 52, 9-3-2001, cap. VII, párr. 11).

La Convención, en breve, tradujo 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 otro, y también las que vinculan a estas últimas con los padres de los niños y la familia en general. “Implementar los derechos humanos de los niños no debe ser visto ni como un proceso caritativo, ni como el otorgamiento de favores a aquéllos” (Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 5, cit., párr. 11).

5°) Que uno de los principios constitutivos del nuevo paradigma radica, esencialmente, en 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” (idem). Cabe advertir, pues ilustra la impronta de la Convención, que el empleo de la palabra “reintegración”, según se sigue de los debates desarrollados durante la elaboración de aquella, obedeció al deliberado propósito de no reiterar el término “rehabilitación” usado en el art. 14.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, de esta forma, evitar el riesgo de que algunos Estados abusaran de la rehabilitación como una indeseable forma de control social. Además, la rehabilitación implicaba que la responsabilidad recaía sólo en el individuo, que podía ser apartado de la sociedad para su tratamiento, y ser liberado una vez rehabilitado. La noción de reintegración tiene un diferente punto de partida, al rechazar la asunción de que las dificultades que afronta un niño son necesariamente individuales, y considera el medio social de éste (Van Bueren, Geraldine, *The International Law on the Rights of the Child*, Nijhoff, La Haya/Boston/Londres, 1998, p. 173). Tal criterio, por lo demás, se ve reforzado en el sub examine a poco que se advierta que, a juicio de esta Corte, aun la pena de prisión ha de perseguir los fines “reintegradores sociales” consagrados en virtud del art. 75.22 de la Constitución Nacional (“Verbitsky”, Fallos 328:1146, 1185).

Súmase al principio indicado, otro no menos relevante. La Convención dispone que los Estados Partes tomarán todas 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). Ahora bien, si este lineamiento es aplicable a los niños que atraviesan la situación indicada, con cuanta mayor razón habrá de serlo a aquellos, también mentados en la norma, “de quienes se alegue que han infringido las leyes penales”, vale decir, a los que, no obstante esto último, en ningún caso podrían ser punidos, tal como ocurre según la ley 22.278, con los que no hubiesen cumplido 16 años. Es “presupuesto irrefutable” que los menores por debajo de la edad mínima de responsabilidad penal “no pueden ser objeto de una acusación formal y ser sometidos a un procedimiento penal” (Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 10. Los derechos del niño en la justicia de menores, 2007, CRC/C/GC/10, párr. 31). 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. Es precisamente sobre el citado art. 40.3.b y 4 que ha puesto especial énfasis una de las recomendaciones a los Estados adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño al cabo del debate general “Violencia estatal contra el niño” (State violence against children, 2000, CRC/C/100, punto 18 de las recomendaciones; asimismo, del citado Comité, Observación general N° 5, cit., párrs. 23/27 y 33).

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, máxime cuando el contenido del derecho a la libertad personal de aquéllos 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 (Caso “Instituto...”, cit., párs. 211 y 225). 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” (Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia de 19-11-1999, Serie C N° 63, párr. 191).

6°) Que habida cuenta que estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento también entraña un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa (“Maldonado”, cit., p. 4379), resulta evidente que entre dicho imperativo y el régimen de la ley 22.278 en cuanto regula los casos de menores no punibles, media una más que fuerte tensión.

Esta última, en palabras del citado precedente, se ha manejado con “eufemismos”. Así, por ejemplo, los menores no son sujetos de privación de la libertad, sino que son “dispuestos”, “internados” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”. Empero, estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad, incluso en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. “En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la 'libertad ambulatoria', aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias” (ídem, p. 4377). Empero, “no hay diferencia, más allá de su denominación, entre la [situación de privación de la libertad] sufrida por el adulto durante la etapa del proceso y la soportada por un menor durante el período de tratamiento tutelar, resultando la institucionalización de los últimos, más deteriorante aún, pues interrumpe su normal evolución. El artificio de nominar de modo diferente la privación de libertad de cualquier persona, desde hace muchos años se conoce en doctrina como el 'embuste de las etiquetas’” (L.1157.XL. “L., L. A. s/ causa N° 5400”, sentencia del 18 de diciembre de 2007, considerando 10). Todo ello, amén de otras dos características tan distintivas como criticables: el “retaceo” de principios básicos y elementales que conforman el debido proceso, y la ausencia de una línea divisoria clara entre el niño imputado de un delito de aquel otro niño desamparado (o incluso del que fue víctima), tal como se desprende del art. 2 de la ley 22.278 y de la hermenéutica de la ley 10.903 de Patronato de Menores, conocida como “Ley Agote” (art. 21; “Maldonado”, cit., ps. 4376/4377).

La doctrina de la situación irregular, reflejada en la ley 22.278, en consecuencia, resulta a todas luces “anacrónica”, por cuanto “caracteriza al niño como un sujeto pasivo e incompetente, en contraposición a la doctrina de la 'protección integral', sobre la que se basa la Convención sobre los Derechos del Niño” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, 45 OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 21 rev., 6-4-2001; en igual sentido: Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/ II.102 Doc. 9 rev. 1, 26-2-1999, cap. XIII, párr. 22). Una de sus consecuencias más graves, es el amplio poder de discrecionalidad que concede a los jueces, lo cual, en la práctica, muchas veces se traduce en violaciones de derechos de los niños infractores de la ley penal (ídem, Tercer informe... Paraguay, cit., cap. VII, párr. 14).

No es casual, entonces, que el Comité de los Derechos del Niño, en 2002, le haya expresado a la Argentina su preocupación por cuanto: a. la ley vigente relativa al niño, 10.903, se remonte a 1919 y se base en la doctrina de la “situación irregular”, en virtud de la cual los niños son objeto de protección judicial; b. no existe ninguna ley nacional vigente en que se considere que el niño es sujeto de derechos, c. la citada ley, así como la 22.278 (que también se funda en la antedicha doctrina) no distinguen, en lo que se refiere a los procedimientos judiciales y el trato, entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que

tienen conflictos con la justicia, y d. 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 internados, a menudo lejos de su hogar (Observaciones finales: Argentina, 4-10-2002, CRC/C/15/Add.187, párrs. 15, 40, 42, 62 y 63; en sentido análogo: Observaciones finales: Chile, 1-2-2002, CRC/C/15/Add.173, párrs. 8 y 53). El objetivo, según lo indica dicho órgano internacional, no es otro que “la eliminación del concepto tradicional de ‘situación irregular’” (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), merced al cual los niños “muchas veces se consideran objetos (Doctrina de la situación irregular) y no sujetos de los derechos” (Observaciones finales: Perú, 21-1-2000, CRC/C/15/Add.120, párr. 17). De ahí que, en la recordada oportunidad, haya recomendado 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 de 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).

7°) Que, con todo, la fuerte tensión señalada no puede justificar 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 vastos 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. En primer lugar, tal como lo reiteró esta Corte para 2007 en el caso “Badaro” (Fallos: 330:4866), 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, pues ello implicaría sustituirse al Congreso en las funciones que le corresponden a éste (Fallos: 330:4866, 4873/ 4874). No es el Poder Judicial, cabe agregar, una suerte de plaza sustitutiva a la que pueden ser desplazados o traídos, para su resolución, temas que son del resorte de otros poderes. Ni siquiera una finalidad de bien público admite que se arbitren panaceas al margen de las instituciones (“Galletti c. Provincia de San Juan”, Fallos: 148:65, 80), mayormente cuando es atributo del Congreso, además del que siempre ha contado para legislar en la materia, 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. 75.23), norma que descalifica todo accionar que en la práctica lleve a un resultado que afecte tales derechos (“Badaro”, Fallos: 329:3089, 3096 y su cita —2006—).

En segundo término, no demanda mayores explicaciones 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. No es asunto, ciertamente, de desaprobar normas y políticas que, basadas en la anacrónica situación irregular, desconozcan en plenitud 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, estrategias, instituciones y normas de coordinación que, sin incurrir en dicho desconocimiento, hagan realidad las medidas de protección a las que aquéllos tienen derecho y a cuya implementación está obligado el Estado, para más, mediante la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas (Convención, art. 3; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, 28-8-2002, Serie A N° 17, párr. 78 y punto 6 de la opinión). Todo ello, por su naturaleza, trasciende no sólo el ya mentado cometido jurisdiccional del Poder Judicial, sino, también, sus capacidades. Por otro lado, la cuestión exhibe singulares contornos en las actuales circunstancias puesto que, en 2005, la ley 26.061 ha derogado a la ya citada ley 10.903 en el sentido de las ya mentadas Observaciones finales dirigidas a la Argentina por el Comité de los Derechos del Niño ("Maldonado", cit., 4369), y, después de enunciar el objetivo de "la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte" (art. 1), ha previsto principios, derechos y garantías del niño (título II), un sistema de protección integral de éste (título III) y diversos órganos destinados a ello (título IV). Más aún; el presente problema de la minoridad, dicho esto al margen del pronunciamiento impugnado, tampoco puede reducirse, so riesgo de incurrir en una superficialidad lindante con la irresponsabilidad, a una suerte de toma de posición entre una u otra de las tendencias en juego, máxime cuando "puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, de encuentro, de consenso, devolviendo a la palabra 'tutela' su sentido genuino —como se habla de tutela del Derecho o de tutela de los derechos humanos—, su acepción original y pura: un Derecho protector, no un Derecho desposeedor de los derechos fundamentales" (Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, cit., voto concurrente razonado del juez García Ramírez, párr. 24).

En tales condiciones, 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 las normas del bloque de constitucionalidad del que se ha hecho mérito en esta sentencia y, en cuanto fuere apropiado, a la ley 26.061. No ofrece dudas que entre las "medidas de otra índole"

que el Estado debe arbitrar “para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención” (Convención, art. 4; en sentido análogo, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 2), se inscriben las sentencias judiciales. Los “tribunales”, al respecto, están obligados a atender, como consideración primordial, al interés superior del niño, llevando a cabo una “supervisión adecuada” (idem, art. 3), sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que “garantizar” los derechos humanos implica para el Estado el deber “de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar” de aquéllos (“Giroldi y otro”, Fallos: 318:514, 530, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), lo cual comprende el ejercicio del “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas aplicables in concreto y los tratados internacionales enunciados en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (“Mazzeo”, Fallos: 330:3248, 3297, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Es función elemental y notoria de los jueces hacer cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo que sufra un menor en la situación mencionada de sus derechos constitucionales, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio. Valga la presente, en consecuencia, como recordatorio e instrucción en tal sentido (doctrina de “Verbitsky”, citado, ps. 1203/1204). Otro tanto cabe predicar, en su medida, del Ministerio Público de la Defensa.

Finalmente, el Tribunal tampoco puede pasar por alto que la cuestión exige, con necesidad y apremio, la actividad del Congreso y del Poder Ejecutivo nacionales. En consecuencia, al modo en que fue hecho en el mencionado “Badaro” de 2006 (citado, ps. 3096 y 3099), también procede, atento las relaciones que deben existir entre los departamentos de Estado, comunicar a dichos poderes el contenido de esta sentencia a fin de que, en un plazo razonable, arbitren las medidas que son de su resorte.

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 legislativos y ejecutivos nacionales, y a la Cámara Nacional de Casación Penal a efectos de que transmita la presente a todos los jueces competentes en la materia y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por Raúl Omar Pleé, Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal.

Tribunal de origen: Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y Juzgado Nacional de Menores n° 5.