

ARGENTINA EN SU LABERINTO. A PROPÓSITO DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE PERSONAS MENORES DE EDAD

CARLOS TIFFER

Profesor en el Posgrado en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica

carlos@doctortiffer.com

1. PRESENTACIÓN

La libertad individual es uno de los derechos fundamentales que con mayor resguardo se encuentra protegido en el Estado Democrático y de Derecho. Cuando se afecta la libertad de las personas, debe ser en cumplimiento estricto de los instrumentos internacionales, la Constitución Política Nacional y la legislación interna. Sobre todo, deben cumplirse los estándares internacionales de lo que se conoce como un debido proceso, para que la privación de la libertad se encuentre conforme a los principios del Estado de Derecho.

La defensa de los derechos de los niños ha tenido una larga trayectoria histórica que culminó con la aprobación en 1989 de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN o Convención). En esta Convención, de la cual forman parte todos los países del sistema de Naciones Unidas, excepto los Estados Unidos de América, se establecen estándares internacionales obligatorios cuando se acusa a una persona menor de edad de infringir las leyes penales. Reglas que deben ser cumplidas por todos los Estados parte mediante legislaciones internas acordes con la Convención. Referente a Argentina, en el año 2006 se aprobó una legislación que tiene como objetivo central (ley número 26.061) adecuar la legislación interna a los estándares internacionales de la CDN. Sin embargo, la privación de la libertad de las personas menores de edad en dicho país continúa atada a preceptos incompatibles con la

Convención y que se identifican más con el modelo tutelar y la antigua ley de Patronato de Menores de 1919. Esto se ha reflejado en una práctica de los Juzgados de Menores de la ciudad autónoma de Buenos Aires, al ordenar la privación de libertad de menores de edad en casos de abandono, falta de asistencia y peligro material o moral. Es decir, la plena vigencia de la denominada y conocida *situación irregular* como fundamento de la intervención judicial, que es precisamente lo que se buscaba derogar con la aprobación de la ley No. 26.061

Lo anterior motivó a la Fundación Sur Argentina, bajo la dirección del prestigioso Profesor argentino Dr. Emilio García Méndez y junto a otros organismos de defensa de Derechos Humanos, a interponer una acción de Hábeas Corpus a favor de los jóvenes menores de 16 años de edad privados de libertad por la supuesta *situación irregular* en que se encontraban. Como se expondrá, el recurso de Hábeas Corpus fue conocido primeramente por el Juzgado Nacional de Menores No. 5 de dicha ciudad y declarado sin lugar. Posteriormente, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional conoció el recurso en alzada confirmado la anterior resolución. Por lo anterior, la Fundación Sur Argentina impugnó lo resuelto, interponiendo los recursos de casación y de inconstitucionalidad ante la misma Cámara. Se alegó la inobservancia de normas sustantivas y procesales en el recurso de casación y se solicitó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1º de la ley 22.278¹ que regula el régimen penal de la minoridad; por ser este artículo el fundamento utilizado por los Jueces de Menores para decretar la privación de libertad de niños y adolescentes menores de 16 años. Dichos recursos fueron también rechazados.

¹ Ley 22.278 que regula el Régimen Penal de la Minoridad promulgada en la época de la dictadura militar en 1980: “Art 1º. No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad... Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, precederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, faltar de asistencia, en peligro material o moral, presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutores o guardador.... La disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad.”

En virtud de lo anterior, la Fundación Sur Argentina decidió plantear ante la Cámara Nacional de Casación Penal un recurso de queja, solicitando que se declararan mal denegados los recursos de casación y de inconstitucionalidad antes interpuestos. Con motivo de lo solicitado por la Fundación Sur Argentina, la Sala III de la Cámara de Casación decidió convocar a una mesa de diálogo a diversas autoridades del Gobierno y de la Ciudad de Buenos Aires. En el marco de esta situación, finalmente, la Cámara Nacional de Casación Penal resolvió declarar con lugar los recursos de casación y de inconstitucionalidad. Con esto se anuló el artículo 1° de la ley 22.278 que regula el régimen penal de menores de edad y se ordenó la liberación progresiva de los jóvenes institucionalizados en un plazo determinado. Sin embargo, por razones que se explican a continuación las liberaciones no pudieron ser llevadas a cabo². El importante avance logrado con la sentencia de la Cámara de Casación Penal sufrió un retroceso al ser revocado por la Suprema Corte, la cual finalmente legitimó la detención y privación de libertad de los menores de edad. Esto bajo la justificación de la necesidad de *proteger* a dichos jóvenes y de impedir su liberación debido a la conocida “*situación irregular*” en la que estos se encuentran.

2. SITUACIÓN LEGAL QUE ORIGINA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO HÁBEAS CORPUS

Como antes se mencionó, las resoluciones de los Juzgados de Menores bonaerenses que ordenan los internamientos en los institutos de menores han sido emitidas con fundamento en una supuesta “protección” de niños y adolescentes considerados en riesgo social. Se trata del mismo argumento que históricamente se ha utilizado en el modelo tutelar, lo cual no es ni más ni menos que un eufemismo. El origen de dicha consideración se ubica en la famosa ley de Patronato de Menores Nº 10.903

² Lo que a continuación se expone es un resumen de esta importante lucha de la Fundación Sur Argentina en defensa de los derechos de las personas menores de edad que se encuentran privadas de libertad, contraviniendo los estándares internacionales. Toda la documentación que aquí se presenta se encuentra completa en versión electrónica en la siguiente dirección: www.surargentina.org.ar. Las citas del presente artículo han sido tomadas de los documentos que se encuentran en la anterior dirección electrónica.

promulgada el 21 de octubre de 1919, que tanta influencia tuvo en nuestra región en casi todos los sistemas tutelares latinoamericanos. Esta ley fue posteriormente derogada por la Ley No. 26.061 que crea el sistema de Protección Integral de todas las personas menores de edad. Con la ley de creación del sistema de protección integral, se buscó dar cumplimiento efectivo a la Convención de los Derechos del Niño³, para así garantizar a los jóvenes el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos derechos que les son reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que Argentina es parte.

Con la sanción de la ley 26.061 y la derogación de la ley 10.903, se excluyeron “teóricamente” del ordenamiento jurídico las disposiciones en virtud de las cuales se otorgaba a cada una de las provincias de la República Argentina, la facultad de dictar sus propias normas tutelares respecto a niños y jóvenes menores de edad. Así, con el establecimiento del modelo de protección integral mediante la ley 26.061, se produjo la extinción del Patronato del Estado, del sistema tutelar, de la disposición tutelar y de toda aquella intervención coactiva estatal en cuestiones de asistencia social de los niños. Con la derogatoria de la anterior ley, conceptos ambiguos tales como riesgo material y moral⁴, que justificaban la intervención coactiva del Juez de Menores en el

³Así, en especial, la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 2 establece que: “... Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, de sus tutores o de sus familiares...”, mientras en su artículo 4 indica lo siguiente: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas de conformidad con los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.”

⁴ Al respecto, el artículo 21 de la Ley de Patronato de Menores N° 10.903 **establecía lo siguiente:** “A los efectos de los artículos anteriores, se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud.”

seno familiar quedaron sin fundamento legal. Esto significó sin duda, un gran avance a nivel legislativo.

No obstante, la realidad es distinta. En la práctica judicial se han continuado aplicando medidas tendientes a la “protección” de adolescentes considerados en estado de abandono o riesgo social, lo que ha llevado a la institucionalización de ellos. Estas acciones estatales han alcanzando dimensiones desproporcionadas, significando el principal instrumento mediante el cual los Jueces de Menores ejercen una potestad tutelar desmedida sobre todas las personas menores de edad sospechosas de haber cometido un hecho delictivo o consideradas en riesgo⁵. Judicializando de esta manera, problemas sociales que deben ser resueltos desde otras instancias públicas o privadas a través de una buena política social. Lamentablemente, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reafirma una confusión histórica entre las funciones asistenciales y la actividad jurisdiccional.

3. PRINCIPALES ARGUMENTOS DEL RECURSO DE HÁBEAS CORPUS:

El recurso de Hábeas Corpus, con fundamento en la Constitución Nacional de Argentina, la Convención y los instrumentos de Naciones Unidas referente a las personas menores de edad, en concreto solicitó lo siguiente:

- a. La declaración de ilegitimidad de la privación de libertad a la que los jóvenes menores de 16 años de edad están siendo sometidos.
- b. El cese del trato discriminatorio del que son víctimas ante la imposibilidad de impugnar su situación.
- c. La recomposición en el goce de los derechos que les están siendo negados.
- d. Se ordene al Poder Ejecutivo Nacional y Local, que en un plazo máximo razonable, desarrollen un plan de liberación e incorporación progresiva de cada una de las personas liberadas, en alguna de las medidas de protección del

⁵ En el presente artículo se hace referencia especialmente al caso de los jóvenes menores de 16 años de edad, que son considerados inimputables por la legislación argentina.

sistema de protección integral de derechos que surge de la ley 26.061, dejando en claro que en ningún caso estos podrán consistir en privación de la libertad.

El argumento central del recurso de Hábeas Corpus consiste en que el Estado con una potestad tutelar, judicializa con medidas privativas de libertad, cuestiones sociales de los niños. Tales como la pobreza, la educación y las condiciones familiares en las que estos se encuentran. Aspectos que en su mayoría resultan atinentes a los jóvenes que pertenecen a ámbitos económico-sociales más vulnerables, provocando así una discriminación injustificada de dicha población juvenil.

La sanción de la ley 26.061, precisa competencias específicas de la administración para el abordaje de la problemática asistencial de niños, niñas y adolescentes. Dicha norma distingue claramente las políticas sociales de la política criminal. Plantea la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños y los jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo (diseño y ejecución) de las políticas sociales, como una responsabilidad conjunta de la sociedad civil y del Estado.

Según se demuestra en el recurso de Hábeas Corpus, la actitud prejuiciosa de las autoridades aunada a la discriminación, ha propiciado que muchos jóvenes únicamente debido a sus condiciones económicas y sociales sean considerados en una situación de “peligro” o “riesgo” social. Por lo anterior, niños y adolescentes han sido recluidos e institucionalizados en centros especiales, los cuales son calificados en el recurso como *“vejatorios y distan de alcanzar los estándares de calidad y dignidad que demanda todo niño para desarrollarse y crecer plenamente y en buenas condiciones de salud”*. Al ser internados, a muchos niños se les separa de su familia, violentándose uno de los más importantes derechos de la niñez, hoy reconocidos tanto por la legislación argentina como internacional. Según demostraron los recurrentes, a lo anterior se suma la circunstancia de que en la legislación argentina no está prevista la posibilidad a los niños de impugnar su internamiento en este tipo de instituciones. Con dichas medidas, niños y adolescentes son tratados como objetos de intervención, violentando con esto el derecho, las garantías y los principios constitucionales e internacionales que les corresponden. Entre otros, el derecho al debido proceso, el derecho de defensa y el principio de inocencia.

También ampliamente expuesto en el recurso de la Fundación Sur Argentina, fue el argumento respecto al abuso del *ius puniendi* cometido por las autoridades con dichas resoluciones; ya que es una obligación en todo Estado de Derecho la existencia de requisitos claramente establecidos para autorizar la privación de libertad de una persona. Esto ya sea como medidas cautelares o bien como sanciones, en especial tratándose de infracciones a la ley penal.

La medida privativa de libertad (y en especial tratándose de personas menores de edad) debe ser estrictamente excepcional y de carácter instrumental, únicamente en aquellos casos en que se requiera como medio para asegurar los fines del proceso. En tal caso, las mismas garantías exigidas en el proceso penal de adultos deberán respetárseles a niños y adolescentes en su condición de sujetos de derecho. El ámbito de los derechos de los niños debe ser más bien reforzado, precisamente por la condición de personas menores de edad que ostentan dichos sujetos.

Otro de los ejes centrales del mencionado recurso, consistió en que las cuestiones relativas al abordaje estatal en problemas asistenciales de los jóvenes se enmarcan, específicamente, en la órbita de la competencia de la Administración. Por lo que tales facultades se encuentran fuera de la competencia del Juez de Menores, a quien corresponde únicamente, conocer las cuestiones relacionadas a las causas en que un menor de edad haya sido acusado de un delito. Se trata de una distinción básica entre la función asistencial y la actividad jurisdiccional.

El cuestionamiento principal que se hace en el recurso, tanto de Derecho Penal Sustantivo, como de Derecho Procesal Penal, es la violación a los siguientes principios del Derecho Penal que se encuentran internacionalmente reconocidos para considerar un proceso limpio y transparente según los estándares internacionales. Dichos principios y derechos son los siguientes: legalidad penal, culpabilidad, inocencia y juicio previo. Además, el derecho al debido proceso, el principio de legalidad y reserva de ley, así como el derecho de defensa y presunción de inocencia. Lo anterior, por cuanto las personas menores de edad privadas de libertad por razones de carácter social, no están cumpliendo ni una prisión preventiva, ni una condena penal firme. Por último, se argumenta en el recurso que estas personas menores de 16 años no han sido

imputadas de la comisión de ningún delito que haga procedente el instituto de prisión preventiva como medida cautelar. Así como tampoco han sido halladas responsables penalmente de ningún delito de los previstos en el Código Penal. En fin, se trata de una clarísima privación de libertad, contraria al Derecho Penal Internacional. Una clara vulneración a una tutela judicial efectiva.

4. SENTENCIA DE LA SALA TERCERA DE LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL

Al pronunciarse sobre el Recurso de Hábeas Corpus presentado por la Fundación Sur, la Sala Tercera de la Cámara de Casación Penal consideró que el internamiento de los menores en una institución especial es equiparable a una privación de libertad⁶. Para la Cámara de Casación la detención forzosa en un instituto de menores es ilegítima. Esto por cuanto según lo señaló, los jóvenes menores de 16 años no son penalmente punibles de acuerdo a lo establecido por el artículo 1º de la ley 22.278. No obstante, como lo demostraron los recurrentes, muchos menores de 16 años son privados de su libertad a fin de realizarles estudios de su personalidad, sus condiciones familiares y ambientales, esto en contra su voluntad y sin que dicho internamiento obedezca a una prisión preventiva o a una condena firme. Además, señaló que la situación se agrava al no existir previsión legal que permita a los jóvenes la impugnación del internamiento en una institución de menores. Lo que claramente viola el principio de la garantía judicial y el derecho al recurso legal, establecido en el artículo 40.2.b.3.v de la Convención⁷.

⁶ Al respecto la Cámara de Casación señaló: “Hemos interpretado (cfr. C. F., M. R. s/recurso de inaplicabilidad de ley. Plenario n° 12. 29/06/2006) que la internación en los términos de la ley 22.278 resulta equiparable a la prisión preventiva. Allí se expresó, que la diferencia que existe entre ambos institutos se limita al nomen iuris que se le asigna pues en esencia ambos son similares. Los denominadores comunes de aquellos institutos se caracterizan por: tener un plazo determinado, se cumplen en establecimientos, se les aplica a quienes no han sido condenados por el hecho que se le imputa, se computan a los efectos de la pena que finalmente se imponga y son medidas de coerción que restringen la libertad...”

⁷ La Convención establece que los Estados partes garantizarán que en caso de que se considere que un niño ha infringido las leyes penales, esa decisión y toda medida impuesta, en consecuencia, sea sometida a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial conforme a la ley.

La Cámara consideró que “*no media polémica en cuanto a que la internación de un menor por disposición de un juez penal en una institución de régimen cerrado es asimilable a una privación de la libertad*”, toda vez que el alojamiento, internación, medida, disposición o detención de una persona menor de edad en un espacio del cual no pueda salir por su propia voluntad, fundamentado en fines educativos, protectorios, punitivos, tutelares, de seguridad, o cualquier otro similar, se trata sin duda alguna de una privación de la libertad⁸. Una actuación de tal naturaleza, como se indicó, implica la vulneración de los principios constitucionales del debido proceso, de legalidad y reserva, derecho de defensa y presunción de inocencia. Reconocidos no sólo en la Constitución Nacional argentina, sino también en la CDN. La internación dentro del proceso penal de niños inimputables so pretexto de desamparo, es típica de la situación irregular y contraria al paradigma de la protección integral. No distingue entre dos situaciones que resulta necesario diferenciar: el niño en conflicto con la ley penal y el niño en situación de desamparo, situaciones que ciertamente merecen tratamiento distinto. La ley penal no debe castigar cuestiones sociales. En los supuestos de niños desamparados debe evitarse la judicialización y la intervención del juez penal, cuando se trate de cuestiones sociales de niños que son inimputables. En lo referente a cuestiones relacionadas a menores infractores de la ley penal, por encima de la edad de imputabilidad, deberá siempre atenderse al interés superior del niño⁹. Por lo anterior,

⁸ Como acertadamente se hizo ver en el Recurso de Hábeas Corpus, el artículo 11 inciso b) de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores de Edad Privados de Libertad indica que “*Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad...*”.

⁹ Como se indicó en el recurso de Hábeas Corpus, el interés superior del niño consiste en la plena satisfacción de sus derechos. La Convención de los Derechos del Niño ha atribuido a este principio un rol jurídico fundamental, que se proyecta más allá del ordenamiento jurídico y hacia las políticas públicas que deben adoptar los Estados, a fin de que su normativa cumpla con dicho precepto. La Convención de los Derechos del Niño lo contempla en su artículo 3, que indica: “**1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.** 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas 3. Los Estados Parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de

la Cámara de Casación afirmó que *“...cualquier actividad desplegada desde la jurisdicción penal que posea injerencia sobre los derechos y garantías de los menores no punibles, en los términos que señala la ley bajo análisis –ley 2.278-, carece de legitimación por no existir los presupuestos previos y necesarios para que el Estado pueda desplegar sus facultades dentro de un proceso penal que sea respetuoso de los principios constitucionales... Tal como afirma Crivelli, bajo el pretexto de la ‘protección o tutela’, el niño es introducido en un sistema penal paralelo, donde las garantías sustanciales y procesales no juegan papel alguno; donde la autoridad judicial goza de un margen de discrecionalidad absoluto, pudiendo aplicar verdaderas sanciones sin título ejecutivo alguno que legitime jurídicamente su imposición...”*. Como se hizo ver en la sentencia, existe un amplio margen de discrecionalidad en las actuaciones que los Jueces de Menores pueden adoptar respecto a los niños en conflicto con la ley penal, pudiendo disponer medidas que no se encuentran legalmente reguladas, sin determinación de plazos ni modalidades de ejecución, lo cual atenta contra las garantías del debido proceso. Resulta inconstitucional que la detención de un joven o adolescente se funde en aspectos de la personalidad del menor y no por la comisión de un hecho delictivo. Es decir, con base en criterios de un derecho penal de autor. En su sentencia, los Jueces Angela Ledesma, Eduardo Riggi y Guillermo Tragant decretaron la inconstitucionalidad del artículo 1 de la ley 22.278 (que regula el Régimen Penal de Minoridad) y exhortaron al Congreso a adecuar la legislación penal aplicada a niños y adolescentes a la Constitución Nacional argentina y a las directrices internacionales en materia de derechos del niño en el plazo de un año. Durante la tramitación del expediente, la Cámara de Casación suspendió la deliberación del recurso y convocó a una mesa de diálogo, a fin de discutir la problemática del régimen penal de las personas menores de edad en argentina y planificar propuestas para la implementación estructural de planes y políticas de protección de derechos que surgen de la ley 26.061 que instaura el Sistema de Protección Integral. Posteriormente, declaró con lugar el

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

recurso y ordenó la liberación progresiva en un plazo de 90 días de todos los menores de 16 años detenidos en los términos de la ley 22.278¹⁰.

5. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El 2 de diciembre del 2008, ante un Recurso de Queja interpuesto por el Fiscal General de Casación, Raúl Plee, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió acoger la petición del Fiscal a fin de pronunciarse sobre los alegatos planteados. Durante el trámite del expediente en la Corte Suprema, figuras como el prestigioso Profesor y jurista de la Universidad de Roma *Luigi Ferrajoli*, así como el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) a través de su Director Elias Carranza y la reconocida organización de derechos humanos *Human Rights Watch*, se presentaron como “Amigos del Tribunal” a fin de dar a conocer sus opiniones sobre el caso.

En un voto unánime, los ministros Ricardo Lorenzetti, Carlos Fayt, Juan Carlos Maqueda y Carmen Argibay resolvieron que por haber sido planteadas en el recurso de queja cuestiones de índole federal y de gravedad institucional, correspondía habilitar la instancia y suspender la ejecución del fallo impugnado por el Fiscal General de Casación¹¹.

Tras resolver que la Cámara de Casación se arrogó facultades que no son propias del poder judicial¹², la Suprema Corte revocó el fallo dictado por la anterior instancia¹³. No

¹⁰ Por ende, dicha resolución resultaba extensiva a todos aquellos jóvenes menores de 16 años de edad detenidos en institutos de menores además de los de la Ciudad de Buenos Aires.

¹¹ Ver artículo publicado el jueves 8 de diciembre del 2008 disponible en la dirección electrónica: <http://noticiasdeinfancia.blogspot.com/2008/12/los-menores-acusados-de-delitos-sequirn.html>, en donde se establece con detalle la posición de la Suprema Corte.

¹² Al respecto puede leerse la opinión publicada en el diario electrónico lanacion.com que destacó: “El ex camarista federal Juan Pedro Cortelezzi destacó que ‘en realidad la Corte Suprema hizo el mismo diagnóstico que Casación’ sobre la situación de los menores. ‘Lo que la Corte cuestiona es la atribución de competencia de Casación para dictar una sentencia con alcances de una norma general, como si fuera una ley’, explicó Cortelezzi. ‘Eso le compete al Poder Legislativo, como lo establece la Constitución, y no al Poder Judicial’, agregó. Además, el ex camarista federal destacó que la Corte Suprema instó al Poder Legislativo a adecuar las normativas sobre menores.”

¹³ Resulta de interés mencionar lo indicado en el reportaje publicado el miércoles 3 diciembre 2008 en el Diario electrónico Clarín.com, en el cual se señala que la sentencia de la Corte Suprema se dictó en medio de “una seguidilla de delitos cometidos por menores”, lo que refleja el estado de alarma social en

obstante, es importante señalar que la Suprema Corte estimó que el fallo de la Cámara de Casación *“no es censurable por el diagnóstico que formula acerca de los males que padece el sistema vigente”* más *“sí lo es respecto del medio escogido para superarlos”*. Con esto afirmó que ciertamente, la Convención evidencia un doble orden de consideraciones. Por un lado, presupone que los niños gozan de los derechos que le corresponden en tanto personas. Por el otro, tiende como objetivo primordial, a *“proporcionar al niño una protección especial”*. Dicha cuestión, como se indica en el fallo, se ajustó al paradigma de *“abandonar los modelos paterno-autoritarios, las orientaciones basadas en la llamada ‘situación irregular’ del niño, los marcos tutelares discrecionales... marcados por tendencias que entrecruzaban compasión y represión”*. La Corte Suprema reconoció además, que debido a que los derechos especiales de los niños no son sólo un postulado doctrinario, sino que constituyen un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, resulta evidente que el régimen de la ley 22.278 en cuanto regula los casos de menores no punibles, se encuentra en lo que denominaron *“una fuerte tensión”* con el paradigma de protección especial de los niños que establece la CDN.

En palabras de la Suprema Corte, la ley 22.278 se ha manejado con "eufemismos", empleando medidas con los jóvenes que materialmente han significado en muchos casos la privación de la libertad. Incluso en lugares de encierro de similar rigurosidad y limitaciones que los centros donde se ejecutan las penas para los adultos. Por esto, dicha instancia dio la razón al fallo de Casación, en cuanto consideró que *“La doctrina de la situación irregular, reflejada en la ley 22.278 ... 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”*.

No obstante la coincidencia de la Suprema Corte con los argumentos expuestos por los recurrentes y la Cámara de Casación, ésta consideró que no se justifica el intento de

Argentina por los delitos cometidos por personas menores de edad, particularmente, los cometidos por niños menores de 16 años de edad. Disponible en: <http://www.clarin.com/diario/2008/12/03/policiales/g-01814786.htm>.

crear mediante la derogación de normas, un régimen general sustitutivo del establecido en la ley 22.278. Ya que esto, según indicó la Suprema Corte “...implicaría sustituirse al Congreso en las funciones que le corresponden a éste...” y atribuirse la competencia en aspectos que son del resorte exclusivo de otros poderes.

La Suprema Corte estimó que la problemática de los menores en conflicto con la ley penal es de una delicadeza, gravedad y complejidad extremas que no se puede solucionar únicamente con la desaprobación normas y políticas basadas en una supuesta situación irregular. Ante todo, según lo estableció la Suprema Corte, resulta necesario evitar que se desconozcan en plenitud los derechos, libertades y garantías de los niños. Lo que resulta paradójico de lo señalado por la Suprema Corte, es que este reconocimiento de derechos y garantías legales se busque por medio de la privación de la libertad en un supuesto afán “proteccionista” de los niños¹⁴.

Finalmente, la Suprema Corte justificó su sentencia en que la revocación del fallo de Casación “...en nada impide y en todo exige, 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...” lo cual según estimó, puede realizarse en apego a la Constitución Nacional argentina y a la ley 26.061 que instaura el Régimen de Protección Integral. Por lo anterior, se convalidó el decreto 22.278 que regula el régimen penal de la minoridad y se ordenó el reestablecimiento de las detenciones de los niños menores de 16 años en los institutos de menores. Frenando de esta manera la liberación progresiva ordenada por la Cámara de Casación. Además, la Corte Suprema requirió al Poder Legislativo que “en un plazo razonable” adecuara las normas locales a las de los tratados

¹⁴ Véase el artículo publicado el 3 de diciembre del 2008 en el sitio web denominado DERF/Agencia Federal de Noticias: http://www.derf.com.ar/despachos.asp?cod_des=236397&ID_Seccion=33, en donde se indica que la Jueza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Carmen Argibay manifestó lo siguiente respecto a la liberación de los niños menores de 16 años de edad: “*si los largamos sin averiguar dónde pueden ir para estar seguros, hacemos de ellos chicos de la calle que van a sufrir el maltrato, la explotación o la muerte... no podemos largar a los chicos a la calle sin averiguar qué pasa, porque sino, estamos ofreciendo blancos móviles*”. Respecto a la ley 22.278, la misma Jueza manifestó lo siguiente: “*Hay una cosa que yo creo todavía no se terminó en la Argentina desgraciadamente: que es el gatillo fácil y estos chicos están marcados. No digo que los institutos estén bien ni que la ley de menores actual sea la más maravillosa del mundo*”.

internacionales sobre protección de los derechos de los niños, sin establecer, no obstante, directriz alguna para lograr dicho cometido.

Según opinión de la Fundación Sur Argentina, el fallo de la Suprema Corte *“...constituye el más duro golpe que, en la historia de la vida democrática del país desde 1983, un tribunal haya dado a los derechos humanos de la infancia, pues convalida expresamente la detención y la privación de la libertad de personas no punibles bajo la justificación de ‘protegerlos’, aunque sin establecer ningún lineamiento en concreto para hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. Más aún, los fundamentos que sustentan al fallo conllevan inexorablemente a una decisión distinta a la adoptada, toda vez que el espíritu de las normas constitucionales citadas queda desdibujado y explícitamente contradicho en la sentencia final¹⁵.”*

COMENTARIO FINAL

Pese a 20 años de vigencia de la Convención de los Derechos del Niño (1989), también suscrita por Argentina y que establece claramente el principio de jurisdicción, la desjudicialización, el uso de la privación de la libertad contra los niños como último recurso y por el menor tiempo posible; lo mismo que una clara separación de las políticas sociales de las políticas criminales, en Argentina se sigue privando de libertad a niños en situación de abandono y falta de asistencia o por “peligro material o moral”. Sin duda alguna, en Argentina...20 años no es nada.

¹⁵ En la siguiente dirección electrónica se encuentra ampliamente expuesta la posición de la Fundación Sur Argentina. Igualmente el Hábeas Corpus, los fallos de la Cámara de Casación Penal, así como el de la Suprema Corte con los cuales se ha elaborado este artículo: www.surargentina.org.ar