

LOS DERECHOS DE LOS MENORES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL

Claudia B. Moscato¹

I. Argentina y los derechos reconocidos en nuestra Constitución Nacional y en los tratados internacionales

Es sabido que Argentina es un país que no solamente ha firmado y ratificado muchos de los tratados internacionales vinculados a menores, si no que también ha otorgado un rango especial dentro de su ordenamiento jurídico interno. Pero ello no constituye un estado ideal se no está acompañado de otras medidas que implemente y garanticen el pleno ejercicio de los derechos reconocido en esos documentos.

Ciertamente es sintomático que en uno de los pocos casos en que fue condenado nuestro país por violación de los derechos humanos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue en el caso “Bulacio”², cuya víctima se trataba de un menor de edad.

El tema de los derechos fundamentales no es ya un asunto estrictamente interno de los Estados y muy probablemente nunca más vuelvan a serlo, y en el caso específico de nuestro país, ello lo es fundamentalmente luego de la reforma constitucional de 1994.³

Con la reforma constitucional se han producido una serie de cambios en nuestro orden normativo muy importantes. El artículo 75 inciso 22 estableció que los tratados son superiores a las leyes aunque inferiores a la Constitucio-

¹ Abogada, UBA. Doctora en Ciencias Penales. Especialista en Derecho Penal. USAL, Profesora de Derechos Humanos y Derecho Procesal Penal de grado y posgrado.

² Sentencia del 18 de septiembre de 2003, Serie c N° 100.

³ Ver “De la regionalización a la Globalización de los Derechos Humanos”, trabajo realizado por la suscripta y Teresa Silva, y que ha sido reconocido con el Primer Premio del año 2006 por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Se puede consultar también, “Los sistemas de protección de los derechos humanos en Europa y América, su interrelación e influencia en la jurisprudencia latinoamericana: Argentina”, publicado en la Revista Derechos y Libertades N° 19 del Int. De Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid. 2008.

nal Nacional, y esencialmente que algunos tratados sobre derechos humanos tienen el mismo rango que ella.⁴

De esta manera, algunos tratados sobre derechos humanos han adquirido un rango especial dentro de la pirámide normativa argentina, ya que los que se encuentran expresamente detallados en el inciso 22 del artículo 75 poseen la misma jerarquía que la Constitución Nacional⁵, sin perjuicio de las posiciones doctrinarias sobre si se han incorporado a su texto o tienen esa jerarquía y se encuentran en un bloque de constitucionalidad federal. *La reforma, también, ha dado la posibilidad que el Congreso de la Nación con una mayoría especial otorgue esa jerarquía tratados de derechos humanos que ya se han incor-*

⁴La conceptualización de la jerarquía constitucional de los Tratados establecidos en el art. 75 inciso 22 ha impactado de diferente manera en la doctrina constitucional argentina, determinando distintas posiciones respecto a la integración de ellos con la Constitución Nacional. Entre otros, tenemos la postura del Dr. Néstor Pedro Sagues quien en su artículo "Los Tratados Internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994" publicado en La Ley 1994-E, 1036 manifestó que "...la regla constitucional señala que tales instrumentos tienen jerarquía constitucional, lo que importa decir que no forman parte de la Constitución pero que valen como ella...". En cambio Germán Bidart Campos en su libro "Tratado Elemental de Derecho Constitucional" Tomo VI pagina 555 decía que "...las declaraciones y los tratados sobre derechos humanos a los que el inciso 22 reconoce jerarquía constitucional gozan de ella sin estar incorporados a la Constitución y fuera de su texto integran el llamado bloque de constitucionalidad...". Por su parte, el Dr. Carlos Colautti en su libro "Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional", Editorial La Ley página 71 decía "...los tratados se han incorporados a la Constitución dado que tienen -de acuerdo con el art. 75 inc. 22- las características típicas de una norma constitucional: supremacía y mayor rigidez que las normas ordinarias...". Esta última es la posición que ha tomado el ministro Fayt en numerosos fallos del Alto tribunal, vg. "Arancibia Clavel" y "Simon".

⁵El art. 75 inciso 22 determina que: "...Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes... La declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...". Con posterioridad se sumo a ellos, la "Declaración Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" que fue aprobada por la ley 24.556 y la "Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad" aprobada por la ley 24.584 publicada en el Boletín Oficial el 29 de noviembre de 1995, cuya jerarquía constitucional le fue dada por la ley 25.778 publicada en el Boletín Oficial el 3 de septiembre del 2003.

*porado al derecho interno. De hecho dos tratados ya han sido jerarquizados como son la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas.*⁶

En dicha normativa constitucional se establecen ciertas precisiones al otorgarle jerarquía constitucional a los tratados y declaraciones allí mencionados. Estas son:

1. Indica que poseen dicha jerarquía **“en las condiciones de su vigencia”**. Ello puede ser interpretado desde la óptica del Derecho Internacional o del Derecho Interno. Para el primero, la jerarquía está determinada por la vigencia internacional de dichos tratados y declaraciones.⁷ Para el segundo, las condiciones de su vigencia están dadas por la forma en la cual dichos instrumentos internacionales fueron reconocidos por nuestro país, incluidas las reservas y aclaraciones que en su momento se hayan realizado.⁸

Pero la Corte Suprema, por unanimidad, ha interpretado el alcance de dicho término en el caso **“Girolodi”** entendiéndolo: “tal como (...) efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación” (cons. 11). Desde 1992 en el fallo **“Edkmekdjian c/Sofovich”** ya había dicho que los documentos internacionales, en ese caso se trataba de una Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, deben servir de guía para interpretar el alcance de los derechos reconocidos en los tratados. Aquí hay que precisar, que después de 10 años del dictado de ese fallo la Corte Interamericana ha sostenido algo similar en el caso **“Almonacid”, de 2006; los jueces deben ejercer in control de convencionalidad entre las normas jurídicas que aplican a los casos internos y la Convención Americana, y para esa tarea deben tener en cuenta no solamente lo dispuesto en la convención sino la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ya que es ésta el interprete último de la convención.**

⁶ Resulta de interés tener en cuenta que para el doctor Fayt, se trata de normas de segundo grado, de acuerdo a lo entendido en el fallo “Arancibia Clavel” y en “Simon”.

⁷ Rey Caro, Ernesto, “Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional”. Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1995, pagina 49.

⁸ Colautti, Carlos, “Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional”, Editorial La Ley pagina 73.

⁹ Fallos 318:527.

2. En la Constitución Nación, también se dispone “Que no derogan ningún artículo de la parte dogmática de la Constitución”. Asimismo, se dispone que son complementarios de los derechos y garantías allí reconocidos. Una posición minoritaria del Alto Tribunal ha dicho que los tratados internacionales configuran normas de segundo rango (voto del Dr. Belluscio in re “Petric”¹⁰, en similar sentido en su voto y en el del Dr. Fayt in re “Arancibia Clavel” y “Simón”).

En algunos fallos del Alto Tribunal se interpretó que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna (de la primera parte de la Constitución). Por lo cual, la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente que los poderes constituídos no pueden contradecir (Chocobar)¹¹ y votos de los Dres. Boggiano y Moliné O’Connor in re “Monges” y “Petric”¹², entre otros).

La incorporación de estos instrumentos internacionales en el texto de nuestra Constitución importó una modificación sustancial a nuestro ordenamiento jurídico. En síntesis, los tratados que sobre derechos humanos indica el art. 75 inciso 22 poseen jerarquía constitucional, al igual que aquellos tratados que adquieran esa condición a partir del procedimiento previsto por el último párrafo del mismo artículo, en las condiciones de su vigencia, y no derogan artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución Nacional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos, para ello deberán interpretarse teniendo en cuenta la jurisprudencia de los organismos internacionales que aplican e interpretan dicha normas.

II. Respecto de los niños

En cuanto a los tratados que poseen jerarquía constitucional y que tienen relación específica con los niños encontramos la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño —documento que pertenece a la órbita de las Naciones Unidas— y en general todas aquellas normas de los restantes tratados jerarquizados que en particular se apliquen a menores, porque sin perjuicio de las normas que en especial se refieren a ellos en dichos tratados como el

¹⁰ Fallos: 321:885.

¹¹ 319:3241.

¹² Ya citados.

art 19 de la C.A.¹³ o el art. 14.4 ó 24 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos¹⁴, todo niño es sujeto de derechos y por ende amén de los expresamente reconocidos en aquellas convenciones por su condición de persona en estado de crecimiento, le corresponde todos los derechos de las demás personas, reconocidos en declaraciones y tratados de derechos humanos. Ahora bien este es el marco normativo superior en nuestro ordenamiento positivo, que ha invertido el enfoque en la materia desde que los niños son sujetos de derechos igual que cualquier persona, más aquellos derechos específicos por la circunstancia de que están creciendo. Es decir, ya no son objeto de protección, tal cual el enfoque del sistema tutelar por el cual un funcionario discrecionalmente puede decidir sobre su persona si entiende que se encuentra en situación irregular o de riesgo o peligro moral o material.

Resulta de interés puntualizar que en caso contencioso ante la Corte Interamericana denominado “Villagran Morales”¹⁵ de noviembre de 1999, se ha decidido que la Convención Americana y la Convención de los Derechos del Niño (CDN) forman parte de un muy comprensivo corpus iuris internacional de protección de los niños, aplicando este órgano regional la CDN –que es de la órbita de la Naciones Unidas directamente, ejerciendo por ende ante los estados americanos un sistema de control mucho más eficaz que el que contempla la CDN, que se sabe no contempla la posibilidad denuncias por parte de damnificados, sino un sistema de informes de los Estados partes.

Cabe tener presente otros documentos sobre la materia, aún cuando no posean jerarquía constitucional, ya que si poseen prominencia sobre las leyes internas. Al respecto Argentina ha firmado en materia específica de derechos del Niño, los Protocolos facultativos a la CDN relativos a la participación de los niños en conflictos armados, que entró en vigencia el 12 de febrero de 2002, y el relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía con vigencia desde enero de 2002.

Asimismo existen otros documentos internacionales que sin tener la fuerza vinculante que tiene para el Estado los tratados son aplicables para interpretar los tratados en la materia y en el diseño de las políticas públicas, como son la Reglas Mínimas de las N. U. para la Administración de la Justicia

¹³ Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia de la sociedad y del Estado.

¹⁴ En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular la readaptación social.

¹⁵ Sentencia del 19/11/99, Serie C N° 63.

de Menores, conocidas como las reglas De Beijing de 1985, las Reglas para la Protección de los menores Privados de Libertad y las Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil conocidas como Directrices de Riad, también de la órbita de las Naciones Unidas, y que no solamente han sido utilizadas para fundar sus decisiones por la Corte Suprema de Justicia Nacional (vgr. “Cels”, caso que versara sobre la situación de las cárceles en la provincia de Buenos Aires— sino también por otros tribunales inferiores. Así, en el plenario “Clavijo Farias” dictado por la Cámara Nacional de Casación Penal, en 2006, en el cual se equipara la internación de los menores al instituto de la prisión preventiva al efecto de hacerle efectivo el beneficio que dispone la ley 24.390. Allí para fundar dicha equiparación y dejar de lado interpretaciones etimológicas o meramente formales, algunos jueces como las doctoras Berraz de Vidal, Ledesma y el Dr, Madueño tuvieron en cuenta dichos instrumentos internacionales.

Además con la reforma de 1994, se estableció en el inciso 23 del mentado art. 75 del texto constitucional como atribución del Congreso Nacional legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular, entre otras personas, a los niños, autorizándolo a dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental.

En materia legislativa, a nivel provincial se ha dictado en diversas provincias y en la ciudad Autónoma de Buenos Aires, leyes que adoptan los estándares internacionales en relación a la niñez y a nivel nacional se ha dictado la ley 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, pero el régimen minoril o régimen penal de menores establecido en la ley 22.278, continúa vigente y aún cuando en el fallo “Maldonado”¹⁶ dictado por el Alto Tribunal, dicho sistema es seriamente criticado.

En el año 2002 el Comité de Derechos del Niño también había expresado su profunda preocupación en cuanto a dicha norma no distinguía la situación del menor que necesita protección de los que estaban en conflicto con la ley penal. En él se dijo que históricamente la justicia penal de menores se carac-

¹⁶ Fallos 328:4343.

terizó por el retaceo de principios básicos como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio (Obs. Finales Argentina, CRC/C/15/add. 187).

Dicho comité ha reconocido que los menores en conflicto con la ley penal, si bien no pueden ser formalmente acusados ni considerados responsables en un procedimiento penal, si es necesario, procederá adoptar medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños (Obs. General N^o 10/2007,25/4/07).

III. Obligaciones del Estado respecto de los menores. Los jueces en especial

Por otra parte en virtud de los compromisos internacionales que ha asumido el Estado Argentino, éste debe cumplir con las obligaciones de respeto y de garantía, en el ejercicio de los derechos reconocidos en los tratados internacionales. Todos los poderes del Estado Argentino están obligados por igual en dicho compromiso, pero, cabe destacar en este trabajo el rol de los jueces en este proceso.

Los tratados internacionales de derechos humanos, son documentos que se caracterizan principalmente porque los estados asumen obligaciones internacionales de respeto y de garantía respecto de las personas que están bajo su jurisdicción. En este orden de ideas, el artículo 2 de la Convención Americana establece la obligación general respecto de la cual cada Estado Parte debe adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados¹⁷, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).¹⁸

También la Convención de los derechos del Niño establece en el art. 4 que el estado se obliga a respetar todos los derechos ahí incluidos mediante la adopción de todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole necesaria para darle efectividad. Las obligaciones de respeto y de garantía, están en cabeza de cualquier órgano de cualquiera de los poderes del Estado, es decir el Poder Legislativo el Ejecutivo o el Judicial así lo ha dicho la Corte

¹⁷ Caso "Instituto de Reeducación del Menor Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C, N^o 112; y Caso "Cinco Pensionistas". Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 164.

¹⁸ Caso "Instituto de Reeducación del Menor", ya citado, párr. 205.

Interamericana en, entre otros, en el caso “La última tentación de Cristo” del año 2001.

En ese caso conocido como “La última tentación de Cristo”¹⁹ del año 2001, que tramitara ante la Corte Interamericana, por impulso de la Comisión por violación al art. 13 de la C.A. relativo a la libertad de pensamiento y expresión y el art. 12 sobre libertad de conciencia y religión, entre otros temas, se adjudicó la responsabilidad del Estado frente a la comunidad internacional aún cuando los hechos probados resulten de la actividad de uno de los poderes del Estado. En el caso, sobre la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película “La Última Tentación de Cristo”, el gobierno chileno contestó la demanda presentada ante la comisión, esgrimiendo que la administración de Chile a través del Consejo Nacional de Calificación Cinematográfica, había admitido la exhibición pero la justicia chilena –tanto la Cámara de Apelaciones como la Corte Suprema del país –habían dejado sin efecto dicha resolución administrativa, en atención a la habilitación que la propia Constitución –que en ese momento– poseía para proceder a la censura previa en determinados casos.

La Corte Interamericana entendió que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana: “...todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial”.

El artículo 2 de la Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella consagrados²⁰, la cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*).²¹ Si bien dicho artículo no establece cuáles son las medidas pertinentes para la

¹⁹ También denominado “Olmos, Bustos y otros”, respecto de Chile, dictado el 5 de febrero de 2001. Serie C N° 73.

²⁰ Cfr. Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, 139, párr. 205; Caso *Bulacio*, párr. 142, y Caso “Cinco Pensionistas”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 164.

²¹ Cfr. Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, párr. 205.

adecuación del derecho interno a la misma, por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta, la Corte ha interpretado que:

“...tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.²² El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico²³ y, por ende, se satisface con la modificación²⁴, la derogación, o de algún modo anulación²⁵, o la reforma²⁶ de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda”.²⁷

En nuestra jurisprudencia del Alto Tribunal, también desde el caso “Edkmedjian” ha dicho que las sentencias judiciales son “las medidas de otra carácter” a que hace alusión la Convención en el art. 2 fin de efectivizar las obligaciones de los Estados.

En nuestro país que se ha incorporado y jerarquizado la Convención Americana y la Convención sobre los Derechos del Niño, los jueces, de todas las instancias, al realizar el control de constitucionalidad —se trata de un sistema difuso— podrán hacer el denominado control de convencionalidad si lo que está en juego es alguno de estos tratados jerarquizados.

En el caso “Almonacid”, ya mencionado, la Corte Interamericana ha dicho “...La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte

²² Cfr. *Caso Almonacid Arrellano y otros*, párr. 118; *Caso Ximenes López*, párr. 83, y *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 85.

²³ Cfr. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*, párrs. 87 a 90.

²⁴ Cfr. *Caso Fermín Ramírez*, *supra* nota 128, párrs. 96 a 98, y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 113.

²⁵ Cfr. *Caso Caesar*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párrs. 91, 93 y 94.

²⁶ Cfr. *Caso Almonacid Arrellano*, párr. 118, y *Caso Raxcacó Reyes*, párr. 87.

²⁷ CortelDH, *Caso La Cantuta*, párr. 172.

del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.²⁸²⁹

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado pasos trascendentes a través de sus decisiones a fin de no posicionar a nuestro país como responsable por violación de derechos humanos ante la comunidad internacional, intentando agotar las posibilidades interpretativas de las normas a fin de compatibilizarlas con la normativa internacional. En este orden de ideas se puede apreciar, como a través de sus sentencias se van delineando el alcance de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, y en algunos casos se ha llegado a hablar, por la trascendencia de los temas, de una etapa de gran activismo judicial.

Se critica que no existe una ley que habilite a la Corte Suprema a realizar este tipo de sentencias –en la doctrina llamadas atípicas–, pero el control de constitucionalidad que en Estado Unidos fue producto de una elaboración jurisprudencia también en nuestro ámbito tuvo ese origen, nos preguntamos entonces por qué este tipo de sentencias no pueden tener este mismo origen.

En ese proceso, en algunos precedentes ha declarado la inconstitucionalidad de la norma inferior, v. g. en “Girolodi” en materia de derecho al recurso por parte de la defensa, también lo observamos en algunos votos en los fallos “Quiroga” y “Simón”. En otros no han declarado la invalidez constitucional pero han optado por una interpretación compatible con los estándares internacionales, v. g. en “Casal” y en “Llerena”.³⁰

²⁸ Cfr. *Caso Almonacid Arrellano y otros*, supra nota 6, párrs. 123 a 125.

²⁹ CorteIDH, Caso La Cantuta.

³⁰ En otras ha dictado sentencias que para algunos constitucionalistas, los jueces en estos casos ejercerían funciones “cuasi legislativas”, así han instado a los otros poderes del Estado a que por ejemplo modifique la normativa procesal en materia de recurso de casación penal, asegurando un conocimiento integral de la sentencia recurrida, me refiero al voto de la Dra. Highton de Nolasco al interpretar el art. 456 del C.P. P. N. –relativo al recurso de casación– con el alcance que reconoce la C. A. al derecho a recurrir ante un tribunal superior, en el caso

En el fallo “Cels” sobre derechos de las personas detenidas en comisarias y establecimientos de la Provincia de Buenos Aires, ha instado al Poder Ejecutivo a que tome las medidas necesarias a fin de cumplir con los estándares internacionales sobre condiciones de las personas detenidas, teniendo en cuenta las medidas cautelares que había dictado la Corte Interamericana contra nuestro país.

En la práctica el Poder Legislativo no ha dado solución a dicho problema ya que no ha adecuado la legislación respecto de los menores en conflicto con la ley penal, hasta la fecha y por lo tanto, y hasta que eso no ocurra es el Poder Judicial quien debe hacer cumplir con los estándares internacionales al Estado argentino, eso ya sea declarando la inconstitucionalidad de la norma o realizando una interpretación que se ajuste con aquéllos parámetros, tal como lo hizo por ejemplo en “Casal” o “Llerena”.

En el citado fallo “Casal”, precisó que en tanto dicha adecuación no se produzca, corresponde a esta Corte —en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, y en su carácter de órgano esencial del gobierno federal— adoptar las medidas de carácter no legislativo tendientes a asegurar la aplicación de la Convención. A tal efecto, ha de interpretarse el recurso de casación penal con la mayor amplitud que el régimen procesal vigente permite, esto es, permitiendo la revisión integral de la sentencia recurrida con la sola excepción de la prueba recibida oralmente y no registrada, dada la imposibilidad fáctica de hacerlo en ese caso.

En el caso “Cels” dispuso, entre otras medidas exhortativas a los otros poderes del Estado, que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarias de la provincia de menores y enfermos y con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal.

Asimismo, ordenó al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso

“Casal”, dejó en claro que lo hacía pero con la prevención de que el legislador modifique la legislación.

a servicios sanitarios, etc.), a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. También resolvió: **“Exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales”**.

Corresponde hoy a los jueces, destinatarios directos de la previsiones del art. 3.1 de la convención, hasta tanto se aggiornen las leyes, realizar la interpretación más acorde al principio garantizado en nuestra carta magna, haciendo respetar todos los derechos de los menores.

El puntapié inicial ya se ha dado con el fallo “García Méndez”, dictado por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, luego de diversas audiencias en las que participaron organismos públicos del gobierno nacional, local entre otros. En dicha sentencia se declaró la inconstitucionalidad de la ley 22.278, ordenando a los jueces inferiores –luego de invitarlos a que se reúnan con los organismos administrativos en la materia para coordinar– la libertad progresiva en 90 días de los menores y requiriendo a los organismos respectivos que adopten las medidas administrativas necesarias para cumplir con el objetivo de protección integral previsto en la Ley 26.061. Dicha sentencia, se encuentra recurrida ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el procurador fiscal, y respecto de la cual el Alto tribunal, el 18 de marzo ppdo., ha decidido suspender sus efectos hasta su sustanciación.

Cabe precisar, que la situación es muy delicada, ya que si bien se han creado organismos administrativos tanto a nivel local como provinciales (Secretaría y Consejo Nacional) en la práctica, no se han instrumentados las medidas necesarias y eficaces para recibir a todos esos niños que necesitan, seguramente, de planes de salud, de adicciones, educativos, de ayuda familiar, contención psicológica, en fin medidas adecuadas a cada caso, no basta con dejarlos en la calle, el Estado debe asumir otras medidas que protejan a los niños en todos sus derechos y necesidades.

Por ello la respuesta del Estado debe ser coordinada, cada poder debe tomar la decisión de actuar de acuerdo a su competencia, con un solo fin adecuar la legislación a los estándares internacionales y adoptar las medidas de acción públicas necesarias y eficaces para recepcionar las problemáticas que presenten los menores en conflicto con la ley penal.

Estas medidas –la internación es la última medida que debe ser tomada en casos excepcionales (art. 40 CDN)– se toman con el fin de reintegrar socialmente al menor, previniendo la estigmatización y la criminalización que provocan la privación de la libertad de menores en institutos.

Nuestro sistema constitucional se apoya en la doctrina del Estado de Derecho, se refiere a la denominada “*rule of law*” en el sistema norteamericano, resultando el eje fundamental la libertad individual y la dignidad del hombre.

Con el Estado de Derecho se sienta el principio que el Estado se auto limita, justamente para delimitar la zona de actuación de éste frente a los ciudadanos. El Estado se sujeta a la ley, pero no solamente esto, porque someterse a la ley no es un fin en sí mismo, el fin es otro, aquél solo es un medio para lograr la convivencia pacífica del hombre en una sociedad respetuosa de los derechos de todos. Por lo tanto primeramente, el estado se sujeta a la ley creada de acuerdo a los procedimientos constitucionales y también sometida a límites sustanciales que se refieren al respeto de los derechos humanos.³¹ Asimismo, con relación a los derechos humanos el estado de derecho debe garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo este su fin esencial³² y en el caso de los niños, con mayor cuidado y exigencia por su situación de persona vulnerable³³ y en etapa de crecimiento.

³¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Española, 1997. Madrid.

³² Moscato, Claudia, *El agente encubierto en un estado de derecho*. Ed. La Ley. 2000. Bs. As. páginas. 94 y siguientes.

³³ Así lo ha reconocido la Corte Interamericana en el caso “Instituto Reeducación del Menor Panchito López, sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C N° 112. Se puede consultar el comentario a dicha sentencia en Moscato, Claudia, “Responsabilidad del Estado frente las personas detenidas, los casos de la Corte Interamericana...” en *Criminalidad y Ciencia Penitenciaria*. págs. 99 y sgtes. Ed. Jamp, Escuela de la Magistratura de Para. Brasil, 2005.