

**Autor: Alejandro Javier Osio,
Defensor Oficial en lo Penal y de Faltas,
Santa Rosa La Pampa.**

Comentario a Fallo “G., J. L. s/ Causa n° 2182/06”

G. 53, L. XLIV

Corte Suprema de Justicia de la Nación

15/6/2010

**Título: “El fallo G., J.L. es el Casal de los
niños”**

**Y sobre cómo el Estado se encuentra ahora, y desde
siempre, en situación irregular respecto de niñas y
niños criminalizados.**

Antes de ingresar en los pormenores del comentario al fallo G., J.L. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y de modo preliminar, diremos que si bien se ha escrito mucho respecto del tema de la situación actual de niñas y niños en nuestra región, como así también sobre algunos aspectos en particular jurídicos de la cuestión, en este trabajo nos ceñiremos al análisis de la recepción estatal del nuevo paradigma de la protección integral cimentado a nivel transnacional por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) pero desde la compulsa de la jurisprudencia nacional, en este caso, del último fallo del Máximo Tribunal sobre el tema, aunque referiremos también fallos de otros Tribunales.

Creemos que este comentario puede ayudarnos a comenzar a entender de qué modo los actores jurisdiccionales aprecian la CDN, qué consideraciones han hecho a su respecto, y verificar ello en conjunto con lo hecho en el ámbito ejecutivo y legislativo, para arrojar alguna especie de luz sobre varias cuestiones que, en definitiva, redundarán en lo siguiente: ¿a más de 20 años de la aprobación y puesta en vigencia de la CDN, y a 16 de su incorporación a la Constitución Nacional de nuestro país, no es el Estado Nacional y los Provinciales los que se encuentran ahora –y desde siempre- en situación irregular?

Al inicio de esta tarea y antes de emprender nuestro viaje en busca de los criterios sentados en el fallo que nos convoca, nos parece acertado indicar que con sólo mirar por la ventana hacia el exterior e interior de nuestro país, puede verse claramente y sin necesidad de mayor rigor científico que con ciertas excepciones muy loables, no mucho se ha avanzado en la problemática de los niños y niñas en conflicto con la ley penal, desde el ámbito estatal, y parecen ser las ONGs las instituciones encargadas de cargar con el mayor peso y la mayor responsabilidad social en miras a un mejor futuro de los actuales desprotegidos de siempre.

A poco de transitar un tanto detenidamente por la lectura de la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como comparada en relación al tema de la niñez y el poder punitivo, aparecen palmarios los enconos en torno a cuestiones jurídicas, sociales, humanitarias y hasta antropológicas, entre otras áreas del saber, pero fundamentalmente las mayores disquisiciones actuales se suceden en el tema del abordaje, ya estatal o no, de la problemática de los niños en conflicto con la ley penal. Y las respuestas a esta cuestión, fundamentalmente las jurídicas e/o institucionales se incardinan masivamente en clave binaria, es decir, más penalización y prisionización, con flexibilización de garantías procesales –enemigos- o abolicionismo penal y abordaje social-integral –amigos- de los “menores”, sin dejar de reconocer que hay posturas que podríamos denominar eclécticas o mixtas -las restaurativas o educadoras y las de derecho penal mínimo, por ejemplo-.

Estos enconos binarios que enunciarnos tienen como raíz en la problemática en examen, dos paradigmas diferentes. Por un lado el denominado “Modelo Tutelar o de la situación irregular” y por el otro el llamado “Modelo de la protección integral de derechos”. A este segundo modelo, pertenece la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sancionada el 20/11/1989, y receptada en nuestra Constitución

Nacional en 1994 -artículo 75, inciso 22-; pero también el resto de instrumentos internacionales que forman el corpus iuris específico en materia de derechos de la niñez, a saber: Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados del 12/02/2002; el Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de Niños en la Pornografía del 18/01/2002; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing, del 29/11/1985; las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad del 14/12/1990; las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riad del 14/11/1990; y la Opinión Consultiva n° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos denominada “Condición Jurídica y Derechos Humanos de Niño” del 28/08/2002.

En el ámbito interno, la normativa que corresponde a la lógica de este paradigma es la Ley Nacional n° 26.061 denominada “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, sancionada el 28/09/2005, y las siguientes leyes provinciales: n° 6354 de Mendoza “Régimen jurídico de protección de la minoridad” del 22/11/1995; n° 13298 de Buenos Aires “De la promoción y protección integral de los Derechos de los niños” del 14/01/2005 y en esta misma provincia n° 13.634 del 28/12/2006 modif. Por leyes 13.772 y 13.821, Decreto 151/07 que rigen el sistema de responsabilidad penal juvenil; n° 2451 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires “Régimen Procesal Penal Juvenil” del 30/10/2007; n° 9053 de Córdoba “Protección judicial del niño y del adolescente” del 30/10/2002-; n° 4347 de Chubut “Protección integral de la niñez y adolescencia ” del 16/12/1997-; n° 9861 de Entre Ríos “Protección Integral de los Derechos del Niño, el Adolescente y la Familia” del 29/07/2008; n° 5288 de Jujuy “Ley de protección integral de la niñez, adolescencia y familia” del 22/11/2001; n° 7590 de La Rioja “Protección Integral del Niño y del Adolescente” del 20/11/2003; n° 3820 de Misiones “Ley de Protección Integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes” del 06/12/2001; n° 2302 de Neuquén “Ley de protección integral del niño y del adolescente” del 07/12/1999; n° 4109 de Río Negro “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, los Niños y los Adolescentes” del 08/06/2006; n° 7039 de Salta “Ley de protección de la niñez y la adolescencia” del 08/07/1999; n° 7338 de San Juan “Protección integral de los derechos de los niños y adolescentes” del 05/12/2002; n° 6915 de Santiago del Estero “Protección integral de Niñas, Niños y Adolescentes”

del 14/10/2008; n° 521 de Tierra del Fuego “Ley de protección integral de los derechos de niños, niñas, adolescentes y sus familias” del 10/05/2001; y la más nueva n° 12.967 de Santa Fe “Promoción y Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” del 19/03/2009.

En el resto de las provincias argentinas, aún siguen rigiendo las leyes producto del desembarco del modelo tutelar o de la situación irregular. Es dable destacar que en esta materia la estructura federal de nuestro país conspira en cierto modo contra la adaptación de la legislación a la CDN, que no será completa sino hasta tanto cada una de las provincias hayan dictado sus respectivas leyes y adaptado sus instituciones y prácticas, siendo esto último quizá lo más importante, debido a que las leyes no tienen propiedades mágicas. En el caso que nos ocupa autorizada doctrina –a la que adherimos– sostiene que las normas de la CDN son operativas, por lo que pueden aplicarse directamente prescindiéndose de las leyes tutelares¹. Empero ello, consideramos necesario que todo el diseño institucional sea reestructurado de acuerdo al nuevo paradigma, pues aunque se apliquen directamente las normas internacionales y la ley 26.061, si se carece del andamiaje institucional necesario para concretar sus postulados, aquello no será demasiado fructífero para los niños y niñas en conflicto con la ley penal.

Destaco ya desde el inicio, aunque merecerían una explicación que excedería el marco del presente aporte, que la utilización de los conceptos “adolescentes” y “protección” no me parecen convenientes porque el primero define a los seres en ese decurso precisamente por lo que carecen y aunque pueda ser utilizado en otras ramas del saber, como por ejemplo, la psicología, no aparece adecuado en el derecho de la niñez si lo que se pregona es una reafirmación de la personalidad de los niños; y el segundo término aunque se refiera a la protección integral de los derechos, es precisamente la noción de protección estatal lo que intenta desterrarse desde el modelo integral de derechos, por lo que consideramos también que sería mejor no utilizarlo.

Ahora bien, con respecto a los dos modelos diametralmente opuestos que mencionamos, observamos que en Argentina, si bien se han dictado leyes nuevas, las troncales a nivel nacional y provincial, y las instituciones estatales responden al paradigma de la situación irregular, mientras que la Convención sobre los Derechos del Niño manda a que los Estados parte “adoptarán todas las medidas administrativas,

¹ Ver lo dicho por Mary Beloff en la obra citada, pág. 47 a 55.

legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”, cosa que en el ámbito local no se ha realizado, ni está cerca de realizarse, aún cuando la Argentina ha contraído esa obligación internacional.

Por ello, ante la omisión de los Poderes Legislativos y Ejecutivos Nacionales y Provinciales, nos planteamos el problema de si esa omisión alcanza también a los Poderes Judiciales Nacionales y Provinciales, y como sabemos que ello, en parte, no ocurrió así, y que en realidad la jurisprudencia especializada parece inclinarse hacia el modelo de protección integral de los derechos, nos preguntamos cómo debe conjugarse todo esto, si se puede o no armonizar, dónde estamos parados institucionalmente y dónde están parados, fundamentalmente, los derechos de los niños y niñas en relación al compromiso asumido por nuestro país al signar la CDN e incorporarla a nuestra Ley Fundamental.

Toda esta empresa, de seguro, llevaría bastante tiempo de estudio y necesitaría de una multiplicidad de recursos para concretar aportes de alguna importancia que arrojen algo de luz sobre las problemáticas puntualizadas. No obstante ello, y aún en el marco del presente trabajo, el pequeño abordaje que realizaremos, creemos, nos permitirá aventurar algunas conclusiones troncales en relación a la inclinación de la jurisprudencia especializada, haciendo base en el último fallo de la Corte sobre el tópico, y refiriendo otros tanto del mismo Alto Tribunal como de otros Tribunales.

Así planteada la cuestión, podemos afirmar que los objetivos son variados, y se derivan de lo dicho, pero básicamente, comprenderán la dilucidación de los criterios sentados en el análisis de la recepción jurisprudencial en nuestro país del paradigma de protección integral de derechos de niñas y niños, qué es lo que se piensa respecto del estado actual de la legislación e instituciones en nuestro país, como dijimos, haciendo base en el fallo comentado para tratar de ver con un poco más de claridad qué es lo que realmente se esconde detrás del pronunciamiento expreso.

Estado de situación actual del problema. El último fallo de la Corte Suprema.

Si bien en este aporte nos centraremos en el análisis del último fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la temática de la niñez y el poder punitivo, este Tribunal se ha pronunciado por primera vez respecto de niñas y niños en conflicto con la ley penal y la aplicación de la Convención respectiva, por ende también sobre el

nuevo paradigma instaurado por ella, en el caso “Maldonado” el 07/12/2005² y lo hizo nuevamente en los fallos “L., L.A.” el 18/12/2007³, “García Méndez y Musa” el 02/12/2008⁴ y por último en “G., J. L.” el 15/06/2010⁵, que aquí comentamos.

Pero antes que el Máximo Tribunal ya se había pronunciado la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, en el caso “Famoso, Elizabeth” el 17/03/2004⁶, y luego lo hicieron la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en el caso “G.F.D. y O. S” el 06/12/2006⁷, el Juez en lo Penal de Menores, Cuarta Circunscripción Judicial, de Mendoza, en el caso “M., G. A. R. ” el 18/12/2006⁸, y el Tribunal de Menores n° 3 de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires in re “XX- XH” en mayo de 2005⁹, quienes emitieron criterios que medularmente coinciden con lo que aquí expondremos.

En el fallo que comentamos, como puede verse claramente, la Corte –con excepción de la Dra. Carmen Argibay-, adhirió en pleno al dictamen del Procurador General, Dr. Esteban Righi, y señaló que hacía propios los fundamentos y las conclusiones del representante del Ministerio Público, por lo que sus consideraciones pueden atribuirse directamente al Alto Tribunal.

En el punto IV del dictamen, se critica firmemente la normativa vigente respecto de los niños y niñas, tachándola directamente de configurar un “derecho penal de autor”. Esta afirmación no solo resulta acertada y oportuna en el caso, sino que debe servir de señero para los Tribunales inferiores, porque en realidad la Corte se refiere a la ley 22.278, pero significa por extensión que el régimen penal del modelo tutelar

² CSJN. M. 1022. XXXIX. RECURSO DE HECHO, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado” Causa N° 1174C. 07/12/2005.

³ CSJN. L. 1157. XL. RECURSO DE HECHO. “L., L. A. s/ causa N° 5400”. 18/12/2007.

⁴ CSJN. G. 147. XLIV. RECURSO DE HECHO. “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537”. 02/12/2008.

⁵ CSJN. G. 53, L. XLIV. RECURSO DE HECHO. “G., J. L. s/ Causa n° 2182/06”. 15/6/2010. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Los extractos pertenecen al Dictamen del procurador pues la Corte resolvió textualmente “Que esta Corte comparte y hace propios los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador General, a cuyos términos se remite por razones de brevedad.”

⁶ C.22.909 “Famoso, Elizabeth y otro s/procesamiento e internación” CNCC de la Capital Federal, Sala I. 17/03/2004

⁷ Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal - Registro N: 1344 - Causa N° 39.520 “Incidente de Incompetencia en autos: G.F.D. y O. S/ expediente tutelar”. Juzgado Federal N° 11 – Secretaría N° 21 Buenos Aires, 6 de diciembre de 2006.

⁸ Dr. José A. Miguel, Juez en lo Penal de Menores, Cuarta Circunscripción Judicial, Tunuyán, Mendoza. Expte. N° 3.786. “M., G. A. R. P/MEDIDAS DE PROTECCIÓN”. 18 de Diciembre de 2.006.

⁹ Dra. Patricia Alejandra Gutiérrez. **Tribunal de Menores n° 3 de Mar del Plata, Buenos Aires. Expte. N° XP: “XX- XH – MAR DEL PLATA”, Mayo de 2005.** Publicado en el sitio de la Fundación Sur (www.surargentina.org.ar)

consagra un derecho penal de autor, que es inconstitucional, haciendo hincapié el fallo, en la circunstancia de que se engloba erróneamente en el “tratamiento” tanto a niños que se encuentran en “situación irregular” como a los que aparecen involucrados en la comisión de delitos.

Tal concepción de la problemática de las niñas y niños sin distinción de si cometieron o no delitos, los coloca en un lugar de inferioridad que hace merecer una “tutela” determinada, una “protección”. Y para “ayudar” o “proteger” en este estado de cosas, no interesa la opinión del niño, puesto que se lo desmerece, se lo subestima mediante la exaltación de sus carencias, se los define a partir de lo que no saben, no tienen, no pueden o no son capaces de hacer o conseguir, como una “isla rodeada de omisiones”¹⁰ no se lo considera como una persona en desarrollo sino como una cuasi-persona -si se me permite el término-, un “menor” en relación a los “mayores”. El supuesto en el que debe encontrarse el “menor” así concebido para habilitar la intervención estatal (tutela) configura lo que se denomina “situación de riesgo o peligro moral o material”, “situación irregular” o ya “circunstancias especialmente difíciles”. Estas aparecen como situaciones o estados del propio niño, visto aisladamente, cuando en realidad están conformadas por omisiones y/o deficiencias de los adultos y del Estado que han generado o coadyuvado a que el niño forme parte de un estado situacional determinado que habilita a aquél a intervenir, y esa intervención, general y mayoritariamente –por no decir únicamente-, ha consistido históricamente en la “disposición” arbitraria del menor mediante la internación en instituciones totales similares a la prisión para adultos –o peores-.

Esa respuesta estatal se produce en un ámbito no especializado, en el que el juez aparece con facultades omnímodas, es juez, padre, acusador, decisor y protector. Debe actuar como un “buen padre de familia” y ejecutar políticas sociales y asistenciales, a la vez que ejerce su actividad jurisdiccional, por lo que con esta centralización de tareas se confunde lo asistencial con lo penal y, por ende, la administración con la judicialización.

Esta “protección” o “corrección” que el Estado brinda como respuesta hacia la persona de los menores “desprotegidos” o “delincuentes”, respectivamente, viola o restringe muchos de los derechos de los involucrados directos, por ejemplo, porque sin

¹⁰ Gomez da Costa, Antonio Carlos “Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano adolescente”, en AA.VV., Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases par a una reforma legislativa. Editorial Galerna. Bs. As. 1992, pág. 138.

las garantías constitucionales del debido proceso se los priva de su libertad mediante medidas coactivas que encima pueden ser por tiempo indeterminado, pero ello se justifica aludiendo a que la “situación” en que se encuentran lo requiere o amerita.

Esas medidas de protección o tutelares trascienden al niño, ya que se lo separa de su familia y se lo interna para su “cuidado” o “rehabilitación-corrección”. Probado está históricamente que los institutos de internación, del menor, correccionales, de rehabilitación, etcétera, etcétera, más allá de que sean criticables las razones que los fundan, además, lejos han estado de cumplir con alguno de los fines proclamados

El segundo aporte de relevancia que advertimos en el fallo, se refiere a la equiparación a los efectos de la garantía del doble conforme, entre la situación en que se encuentran los niños luego de la declaración de autoría y hasta que se les imponga una pena, y la situación de los adultos cuando reciben una sentencia condenatoria, puesto que ambas suponen una restricción de derechos que resulta de imposible reparación ulterior, puesto que en el caso de los niños declarados responsables se los somete a medidas de seguridad o tutelares, por lo menos durante un año, a fin de analizar luego si en base a ello corresponde o no que se les imponga una pena. Es decir, esta situación restrictiva de derechos sirve de filtro entre la sentencia de responsabilidad y la de imposición efectiva de pena, para habilitarla o no, según cumpla o no el niño durante ese plazo con determinadas “reglas de conducta” o “medidas tutelares”.

Se hace cargo aquí la Corte del conocido “embuste de etiquetas” aplicado a una circunstancia concreta. Para habilitar la vía recursiva en casos en que se declare la responsabilidad penal de niños, del mismo modo que se garantiza a los adultos cuando son condenados.

Por ello, podríamos decir que este fallo es el “Casal de los niños”, puesto que, incluso con cita del ya sobradamente conocido fallo “Casal”¹¹, el Alto Tribunal iguala dos situaciones que se consideran aún por la jurisprudencia mayoritaria en nuestro país, como disímiles, ampliando así el derecho de los niños a una segunda revisión integral del fallo que los sindicaba como autores o partícipes de un delito. Y para ello, sanamente, la Corte no tiene en cuenta la circunstancia de que luego se le imponga pena o no, y que debería aguardarse hasta ese momento, sino que centra su atención en las consecuencias

¹¹ CSJN. 20 de septiembre de 2005. C. 1757. XL. RECURSO DE HECHO “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa causa N° 1681C.”

jurídicas que produce la declaración de responsabilidad, más allá del *nomen iuris* con que se la identifique y la posibilidad o no de reparación ulterior.

El punto V del dictamen del Procurador, al que adhirió la Corte, es sin duda el más sustancioso, por la serie de consideraciones que formula.

En cuanto al análisis que se considera adecuado hacer en casos como el comentado, manda la Corte directamente a poner la mira sobre la adecuación sustantiva de las decisiones, constitucional y convencionalmente, puesto que lo que se debe procurar es la operatividad de las garantías que deben asegurarse a todos los seres humanos en general con más las específicas para los niños en particular.

Y esto significa lisa y llanamente dejar de lado cuestiones formales, pensadas para situaciones que no se adecuan a la especialidad propia de estos casos; como así también supone el abandono de la consideración de los niños como “menores e incapaces”, considerándolos sujetos de derechos y no objetos de protección. Coadyuva este tipo de interpretaciones al desarraigo –aunque de apoco- de concepciones relacionadas a la cosificación de las personas que no han llegado aún a una determinada edad, definiéndoselos de manera afirmativa.

Como consecuencia de este tipo de lógicas y principios, a los que nuestro país, recuérdese, adhirió internacionalmente, se produce un acercamiento al reconocimiento real –por oposición al sólo formal o legal- de todos los derechos humanos a los niños por su calidad de persona, con más los específicos en relación a la franja etaria que transitan.

Por otro lado, pero siempre en el mismo considerando y en la misma línea conceptual, el Procurador –y por ende la Corte al adherir- asume el rol que le compete al establecer que para dar cumplimiento al artículo 4 de la CDN las sentencias judiciales forman parte de las medidas que un Estado debe tomar para dar efectividad a los derechos y garantías de las niñas y niños en un estado constitucional de derecho. Entre tales derechos, el de hacer revisar por un órgano superior de manera integral una sentencia adversa que declare la responsabilidad penal de un niño.

Este tipo de consideraciones no pueden formularse sino desde un óptica que entienda al sistema de derechos y obligaciones específico como dirigido a todos los niños y niñas, se considera la universalización de la infancia y no la fragmentariedad propia del sistema tutelar, por ende, las nociones de exigibilidad de su cumplimiento y de responsabilidad por sus violaciones cobran fuerza. Como las niñas y niños cuentan

con todos los derechos con que cuentan los adultos, más los específicos en razón de su etapa de desarrollo, el proceso penal que se siga en su contra deberá contar con todas las garantías constitucionales-convencionales, como ya se dijo, y ello supone también que el proceso por el que se lleve adelante una pretensión punitiva deberá ajustarse a las mandas constitucionales-convencionales, entre ellas, que todas las decisiones sustantivas del proceso sean revisables de modo integral por un superior.

De esta manera, la Corte, por un lado, vuelve a reafirmar el status jurídico de los niños y niñas frente al poder punitivo –ya no como personas menores en derechos en relación a otras mayores en derechos-, como personas con todos los derechos y un plus por su edad, y por otro lado, resalta nuevamente la desigualdad de trato que significaría el procesamiento de casos para adultos y para niños, de no asegurarse las previsiones internacionales, al aclarar “*Tal inequidad se patentiza en este caso al advertirse que al hermano y coimputado mayor –H. M. G.– sí le fue admitida la revisión de su situación frente a la ley y los hechos, mientras que al menor, por esa especial condición, se lo obliga a continuar sometido a las restricciones del proceso penal hasta que el juez de menores defina su situación frente a la pena, decisión que, aunque adversa, para el adulto fue inmediata*”, tal y como lo había hecho en los fallos que citamos al iniciar este aporte.

El Procurador realiza, por último, dos apreciaciones que merecen ser destacadas, porque al hacerlas suyas la Corte, las torna de una relevancia superlativa.

Por un lado, que lo relativo al desconocimiento de determinadas garantías constitucionales en procesos penales seguidos a personas con menos de 18 años de edad, que sí se aseguran a personas con más de esa edad, constituye una afectación a derechos fundamentales de los niños, y frente a ello “*...los jueces tienen la obligación de modificar el criterio restrictivo adoptado, sin olvidar que el reconocimiento de los derechos especiales de los niños por su condición, constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa...*”. De esta manera el Máximo Tribunal, amén de instar a los poderes ejecutivos y legislativos, como ya lo venía haciendo en su jurisprudencia, también lo hace ahora con los jueces para que, de alguna manera, despierten del letargo en que la mayoría se encuentra aún frente a los modelos tutelares a más de veinte años de la CDN, y que de algún modo, surja desde los estrados judiciales el empuje necesario para la adecuación legislativa tanto a nivel nacional como de las provincias.

Y por otro lado, que lo resuelto signifique el apartamiento del criterio hasta entonces sostenido –fallo “Soria, Jorge Armando”–, es decir, leído en la clave del párrafo anterior, que la Corte no sólo proclame el reconocimiento de determinados derechos en relación a determinadas personas en también determinados procesos, de manera programática o doctrinaria, sino que el Máximo Tribunal de la Nación en materia constitucional, además dé los puntapiés iniciales en cada uno de los tópicos en que le toca intervenir para marcar el sendero. Aunque esta afirmación merezca alguna reserva y cuestionamiento que veremos al culminar el trabajo, a razón de lo afirmado por Ezequiel Crivelli.

Diremos para ir cerrando el comentario que hemos encarado, que sin ánimo de ingresar en un análisis discursivo y contextual exhaustivo de los principios, términos, conceptos, ideas, propuestas, diseños, etcétera, etcétera, que ha hecho la Corte a partir de “Maldonado” y hasta “G., J.L.”, junto con los demás Tribunales en los fallos reseñados, pues ello sería la materia in extenso de un posible aporte futuro, en este pequeño trabajo podríamos recoger algunas ideas directrices que aparecen del raconto jurisprudencial para ensayar unas primeras conclusiones troncales, y afirmar que, sin lugar a demasiadas dudas, se va por el buen camino.

La primera de ellas podría ser que el Poder Judicial, en su rama penal, si bien en su gran mayoría aún permanece mudo respecto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el Máximo Tribunal de la Nación y algunos otros importantes como la Cámara Nacional de Apelación en lo Criminal y Correccional Federal, y otros especializados como los Tribunales de Menores de Mar del Plata y Tunuyán, sí se han pronunciado.

La segunda conclusión podría ser, que los que se han pronunciado, incluyendo a la Corte Suprema, lo han hecho a favor del modelo de protección integral de derechos de la CDN y críticamente respecto del viejo sistema tutelar aún vigente a nivel interno nacional y en algunas provincias. Sobre ello, se ha exhortado a las autoridades aún ausentes.

Una tercera podría ser que la CDN puede aplicarse directamente al ámbito interno, porque sus normas son operativa, y ello debe hacérselo para cumplir con el compromiso internacional contraído por nuestro país, máxime teniendo en cuenta la omisión en la adecuación de la legislación e instituciones por parte de los Poderes Ejecutivos y Legislativos Nacionales y Provinciales.

Una cuarta podría ser la urgencia resaltada para que de una vez y por todas se adecuen la legislación e instituciones del sistema de responsabilidad penal juvenil por parte de los Poderes Ejecutivos y Legislativos Nacionales y Provinciales.

Una quinta, podría centrarse en el reconocimiento de la situación jurídica de los niños y niñas, que es la de un sujeto de derechos con particularidades por su condición etaria y no debe considerársele incapaz, menor que algo o inimputable, en definitiva, objeto de protección.

Una sexta, podría ser que de esa condición de sujetos de derechos especiales ha reconocido la jurisprudencia que cuentan con todos los derechos humanos y garantías constitucionales con que cuentan las personas mayores de 18 años de edad, con más los específicos por la franja etaria que transitan.

Una séptima, que ante la omisión legislativa y administrativa, consideran los Tribunales que es función de los jueces resolver las cuestiones planteadas y tomar las medidas pertinentes, de acuerdo a los postulados de la normativa internacional en la materia para hacer efectivos los derechos y prerrogativas reconocidos a las niñas y niños, aún prescindiendo de las leyes nacionales y provinciales que los desconocen o pertenecen al anacrónico sistema tutelar, o lisa y llanamente declarar inconstitucional – en todo o en partes- a las normas que se opongan al bloque de mandas internacionales actualmente en vigor y receptadas en el máximo nivel normativo del país –art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional-.

Y una octava podría ser que la respuesta estatal ante la conflictividad penal juvenil no debe ser la pena o internación en institutos totales con el nombre que se les quiera poner, sino que previamente deben intentarse todas las medidas posibles, entre ellas la mediación y reparación, aún antes de judicializar el conflicto, para intentar resolverlo sin llegar a la privación de libertad, que debe ser usada como última herramienta, sólo para casos graves y por el menor tiempo posible.

Como corolario del presente aporte, diremos que lo que proyectamos debe entenderse como coadyuvante en el proceso de entendimiento de la situación actual de los derechos de niños y niñas en relación con el poder punitivo, para tratar de extraer de la jurisprudencia nacional y provincial criterios rectores e ideas directrices, y así arribar a conclusiones fundadas racional y jurídicamente, que permitan la proyección en sentencias futuras del paradigma de protección integral de derechos, y porqué no al acompañamiento para la generación de una discusión tal que lleve de una buena vez y

por todas a una reforma legislativa y una adecuación institucional acorde a los principios de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y el resto de la normativa internacional en la materia.

Con ello, en definitiva, que se impida la habilitación de poder punitivo estatal a niveles de irracionalidad intolerables para un estado constitucional de derecho, donde los criminalizados, estigmatizados, encerrados y degradados, son seleccionados arbitrariamente en su etapa de desarrollo de la personalidad, justo cuando más necesitan que se les brinden las herramientas necesarias para emprender sus vidas y encontrar algún camino en el entramado social, que hasta ahora, por decisión estatal-cultural-social, sólo los excluye y segrega cada vez más, asignándoles un rol de “otro”.

En el marco legal e institucional en que nos encontramos inmersos, por un lado con las leyes nacionales y algunas provinciales avanzadas, y las instituciones nacionales y provinciales fundadas en un paradigma tutelar del Estado, y por el otro, con la normativa de máximo nivel –constitucional-convencional- diagramando un sistema fundado en un paradigma totalmente opuesto, de protección integral de derechos, con miras a un estado constitucional de derechos, al que apuntamos con este aporte, creemos que lo mejor que resta hacer al intérprete, ya sea judicial, doctrinario o de otra índole, es aplicar el criterio más acorde a los postulados constitucionales.

Parece una perogrullada lo dicho, pero es tan obvia en lo jurídico como ausente en la realidad. Muchos poderes constitucionalmente constituidos a nivel nacional y provincial, siguen sordos a los gritos ordenatorios de la CDN, mudos a la adecuación legislativa e institucional a la que el país se comprometió y que le puede generar responsabilidades internacionales, y ciego a las realidades sociales, culturales, económicas y jurídicas de miles y miles de niñas y niños que a diario ven avasallados sus derechos, y que por causas evitables se vuelcan al delito o a las adicciones, que desprecian los valores fundamentales de las personas, incluyéndose ellos mismos, porque nunca nadie ha coadyuvado a su internalización, por ejemplificar someramente, y que encima son seleccionados arbitrariamente, por su condición social de pobres o indigentes, por estar estereotipados, por pertenecer a tal o cual extracción cultural, y por sus “óperas toscas” como diría Carrara, asignándoles un rol de “otro-enemigo” con tanta asiduidad que finalmente terminan por asumirlo para desempeñarse conforme a las expectativas que de él se demanda. Sujetos que con una simple pregunta a una cuestión y una simple respuesta a otra podrían derribar todo el andamiaje jurídico penal y tutelar

reinante “¿por qué me seleccionan a mí y no a aquéllos más importantes?” y “no gracias, no quiero la tutela del Estado me protejo solo”, respectivamente.

Para cerrar, diré que no es una defensa a ultranza de los postulados de la Corte lo que hemos tratado de plasmar en este comentario, sino que significa aquello de ver el medio vaso lleno en vez de el medio vaso vacío, y aclaro esto porque si bien comulgo con las posturas en pos del reconocimiento integral de los derechos de los niños y niñas en nuestro país, creo también que la Corte Suprema esquivó la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad del régimen penal juvenil dispuesto por las leyes nacionales y provinciales fruto del desembarco del modelo tutelar (que sin dudas no resisten el más mínimo test de constitucionalidad-convencionalidad), porque ha entendido, a mi humildísimo criterio, de manera acertada, que eso significaría lisa y llanamente más perjuicios que beneficios para los afectados¹², y que ha optado por ir abriendo puertas hacia el modelo integral de derechos e instando a los tres poderes del Estado para que vayan adecuando sus normas e instituciones de manera paulatina. Estrategia que ya hemos visto por ejemplo en relación al proceso penal inquisitivo reformado o mixto, que también hubiera sido susceptible de ser declarado inconstitucional de plano, empero ello la Corte optó por ir perfilando algunos de sus institutos más importantes hacia el modelo constitucional (Tarifeño, Quiroga, Casal, Llerena, Benítez, etc., etc.) mientras que instaba a la regularización normativa, y ese tipo de progreso paulatino en la jurisprudencia fue coetáneo con el avance en las legislaciones e instituciones específicas. Hoy en día la mayoría de las provincias argentinas o cuentan con códigos procesales de tinte acusatorio o se encuentran en franco proceso de reforma hacia ese modelo, cuando quizá una declaración de inconstitucionalidad del régimen mixto (que al igual que el de niños actual tampoco resistía un test de constitucionalidad-convencionalidad) al inicio del proceso de reformas, hubiera dado menos frutos que el reconocimiento paulatino realizado a la par de éstas.

¹² Decimos esto a colación de las afirmaciones formuladas por Ezequiel Crivelli en su artículo “¿Un pronunciamiento a la altura de los tiempos? Nota al fallo “García Méndez, E., Musa, L. C.” de la CSJN” (Publicado en elDial.Express, el viernes 19 de diciembre de 2008, Año XI, Número 2682), respecto del cual aunque compartimos la mayoría de las afirmaciones, no así la conclusión de que la Corte defraudó las expectativas depositadas en este decisorio.

Aunque, por supuesto y sin riesgo de ingenuidad, si no se acusa el recibo, deberá replantearse el panorama.

Bibliografía y otras fuentes.

- Aguirre, Eduardo Luis “Delincuencia juvenil, marginalidad y selectividad del sistema penal juvenil” publicado en http://www.robertexto.com/archivo_18/delinc_juven.htm.
- Baratta, Alessandro “Criminología crítica y crítica del derecho penal”. Editorial Siglo XXI. México, 1991.
- Beloff, Mary “Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual” (Presentación leída en el Seminario para Auxiliares Docentes de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el primer semestre del año 2002)
- Beloff, Mary “La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño en el ámbito interno” en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. CELS/Editores del Puerto. Buenos Aires 1997.
- Beloff, Mary - José Luis Mestres, “Los recursos en el ámbito de la justicia de menores”, en Maier, Julio B. J. (comp.) “Los recursos en el procedimiento penal”, Bs. As., Ediciones del Puerto, segunda edición actualizada, 2004.
- Beloff, Mary “Constitución y Derechos del Niño” Separata de “*Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*”. David Baigún *et al.*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- Beloff, Mary “Los derechos del niño en el sistema interamericano”. 2º reimpresión. Editores del Puerto. Bs. As. 2008;
- Bidart Campos, Germán “El Derecho y los Chicos”, Espacio Editorial. Bs. As., 1995.
- Bidart Campos, Germán “Constitución, Tratados y Normas Infraconstitucionales en relación con la convención sobre los Derechos del Niño”, en Bianchi, María del Carmen (comp.) “El Derecho y los chicos”. Editorial Espacio. Bs. As., 1995.
- Binder, Alberto M. “Introducción al Derecho Penal”. Editorial Ad-Hoc. 1ª ed. Bs.As. 2004.
- Bourdieu, Pierre “Elementos para una sociología del campo jurídico” en Bourdieu, Pierre y Teubner Gunther “La fuerza del Derecho”. Ediciones Uniandes. Santa Fe de Bogotá, 2000.
- Bourdieu, Pierre “Poder, Derecho y Clases Sociales”. Editorial Desclée de Brouwer. Bilbao, 2000.
- Carranza, Elías “Las nuevas legislaciones penales juveniles posteriores a la Convención en América Latina”, en legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado, Estudios de Derecho Judicial, nº 18, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000.
- Crivelli, Ezequiel “¿Es posible desarmar el modelo tutelar? Derivaciones inesperadas de la declaración de inconstitucionalidad del régimen penal de menores en la provincia de Mendoza”. Publicado en Lexis Nexis, N° 0003/013206.
- Crivelli, Ezequiel ¿Un pronunciamiento a la altura de los tiempos? Nota al fallo “García Méndez, E., Musa, L. C.” de la CSJN. Publicado en elDial.Express, del día viernes 19 de diciembre de 2008, Año XI, Número 2682.
- Díaz de León Fernández, Laura y González Placencia, Luis “La justicia de niños y niñas en conflicto con la ley penal. Aproximación empírica a su funcionamiento” en Revista “Delito y Sociedad”, nº 20, págs. 29 a 60. Bs. As., 2004.
- Duschatzky, Silvia y Corea, Cristina “Chicos en banda”. Editorial Paidós. Bs. As. 2002.
- Fellini, Zulita “Mediación penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil”. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 2002.
- Ferrajoli Luigi “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal” 3ª edición. Editorial Trota. Madrid 1998.
- Foucault, Michel “Los anormales”. Traducción de Horacio Pons. Edición Fondo de Cultura Económica. Bs. As., 2000.
- Gandur, Antonio “Actividad del Poder Judicial frente a los adolescentes en conflicto con la ley

- penal”, publicado en www.laleyonline.com.ar
- García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.) “Infancia, ley y democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990/1998)”. Editorial Temis/Depalma. Bogotá, 1998.
 - García Méndez, Emilio y Carranza, Elías “Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa”. Publicado en http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=8127:garcia-mendez-emilio-y-carranza-elias-del-reves-al-derecho-la-condicion-juridica-de-la-infancia-en-america-latina-bases-para-una-reforma-legislativa&catid=276:doctrina&Itemid=46.
 - Gomez da Costa, Antonio Carlos “Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano adolescente”, en AA.VV., Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa. Editorial Galerna. Bs. As. 1992
 - Guemureman, Silvia “La contracara de la violencia adolescente-juvenil: la violencia pública institucional de la agencia de control social judicial” en Gayol, Sandra y Kessler, Gabriel (comps.) “Violencias, Delitos y Justicia”. Editorial Manantial. Bs. As. 2002, págs.169 a 189.
 - Gutiérrez, Patricia A. y Gulminelli, Mariana “Sistema de justicia penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires”. Publicado en LLBA 2007 (octubre), 957.
 - Kessler, Gabriel “Sociología del delito amateur”. Editorial Paidós. Bs. As., 2004.
 - Laino, Nicolás “Mediación Penal y Justicia Restaurativa. El naufragio del Régimen Penal del Niño”. Publicado en http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=747:laino-nicolas-mediacion-penal-y-justicia-restaurativa-el-naufragio-del-regimen-penal-del-nino&catid=448:mediacion&Itemid=64.
 - Leal Suárez, Luisa y García Pirela, Adela. Criminología crítica y garantismo penal. *Cap. Criminol.*, oct. 2005, vol.33, no.4, p.429-444. ISSN 0798-9598.
 - Llobet Rodríguez, Javier “Derechos Humanos y Justicia Penal Juvenil”. Pacheco, Máximo (Editor) (1987). Disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=1159:llobet-rodriguez-javier-costa-rica-derechos-humanos-y-justicia-penal-juvenil&catid=276:doctrina&Itemid=46.
 - Maier, Julio B. J. “Los niños como titulares del derecho al debido proceso”, Rev. Justicia y Derechos del Niño N° 2, UNICEF.
 - Martínez, Félix A. “Derecho de Menores. Algunas cuestiones procesales y constitucionales”. Ed. Mediterránea. Buenos Aires, 2006.
 - Merklen, Denis “Vivir en los márgenes: la lógica del cazador. Notas sobre la sociabilidad y cultura en los asentamientos del Gran Buenos Aires hacia fines de los 90” en “Desde Abajo. La transformación de las identidades sociales” Svampa Maristella (editora). Editorial Biblos. Bs. As. 2000.
 - Miguez, Daniel “Los pibes chorros. Estigma y Marginación (claves para todos)”. Editorial Granica. Buenos Aires, 2005.
 - Soto, Pamela; Viano, Carolina y Manzano, Liliana “Acerca de la ley de responsabilidad penal adolescente” parágrafo “La privación de libertad. Efectos de la prisionización”, publicado en http://www.comunidadyprevencion.org/opinion_03.html.
 - Teragni, Martiniano “Nuevos criterios en la jurisprudencia penal juvenil argentina, en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”. Ed. Lexis Nexis. N° 06/2007 sección Justicia Juvenil, págs. 1113/1122. Bs. As., 2007.
 - Tonkonoff Constantin, Sergio “Juventud, exclusión y delito. Notas para la reconstrucción de un problema”. Artículo publicado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/01032010/criminologia01.pdf>.
 - UNICEF y SENNAF (Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación) informe “Procedimientos penales juveniles. Estado de adecuación de la reforma legal a nivel provincial a la Convención sobre los Derechos del Niño”. Bs. As., noviembre de 2009.
 - Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro “Manual de Derecho Penal. Parte

- General”. 2ª edición, 2ª reimpression. Editorial EDIAR. Bs. As. 2008.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro “Derecho Penal. Parte General” Editorial EDIAR. Bs. As. 2002.