

MENOR - ESTUPEFACIENTES - GUARDA - LEY APLICABLE

ILOC s. Libertad

Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta

Salta, 28 octubre de 2009.

Considerando

I. Que a fs. 575 la defensa de I. L. O. C. solicita que su representada sea colocada bajo guarda de la Sra. D. B. quien reside en esta ciudad de Salta. Afirma que la encausada carece de familiares que puedan asumir esa guarda, habiendo prestado su consentimiento a ese efecto la Sra. B.

A fs. 625 rola informe ambiental realizado en el domicilio de la Sra. B., sito en calle A. N°... de Villa... de esta ciudad del que surge que la misma reside en el inmueble junto a su esposo e hijos mayores de edad. La entrevistada sostiene que conoce a O. C. a través de su hija quien realizaba actividades en el Penal, manifestando los vecinos tener un buen concepto en cuanto a la moral y buenas costumbres de la familia de B.

Entrando en el análisis de la cuestión planteada, el Dr. Roberto Frías dijo:

1.- Que del estudio de estas actuaciones surge que I. L. O. C. tenía 17 años de edad cuando fue detenida el día 24 de octubre de 2007 en un procedimiento

efectuado en el Hospedaje "... " de la localidad de Gral. Güemes. Según las actas de procedimiento, la encasuada habría evacuado un total de 154 cápsulas con cocaína que llevaba en su estómago, habiendo sido procesada a fs. 409/412 por el delito de Transporte de Estupefacientes (art. 5 inc. "c" ley 23.737), quedando alojada la encausada en la entonces Comisaría del Menor, siendo posteriormente transferida a la Unidad Carcelaria N° 4 de esta ciudad. A fs. 555 de autos, obran copias certificadas de la Cédula de Identidad de la encausada, de la que surge que la misma nació el día 27 de octubre de 1989, es decir que fue detenida tres días antes de cumplir los 18 años de edad.

2.- El art. 412 del C.P.P.N. establece que el tribunal "Podrá disponer provisionalmente de todo menor sometido a su competencia entregándolo para el cuidado y educación a sus padres o a otra persona o institución...". La disposición provisoria corresponde tanto respecto de los menores de 16 como para los de 18 años. La finalidad que persigue este tipo de medidas es la protección y amparo de aquellos menores de edad que se encuentran en conflicto con la ley penal, orientándose por el criterio de tutela y corrección. Tratándose de menores, los jueces podrán disponer a su respecto en forma provisoria o definitiva, adoptando aquellas medidas tutelares que consideren convenientes para un mejor resguardo del menor. Pero nótese que siempre se habla del "menor", es decir en materia penal, de aquella persona que no ha

cumplido aún los 18 años de edad. Una vez cumplida esa edad, la finalidad de tutela y resguardo del encausado debe analizarse en cada caso en particular, atendiendo a las características personales, condiciones de detención y demás circunstancias.

En el presente caso, y de acuerdo a las constancias de autos, O. C. ya había cumplido los 18 años de edad al momento de ser remitidas las actuaciones a este Tribunal, según surge de fs. 504. Es por ello que el pedido de entrega para la guarda debió hacerse en la instrucción, cuando la imputada contaba con la minoría de edad, pero en la situación actual O. C. está próxima a cumplir los 20 años de edad, por lo que ya no le son aplicables las medidas tutelares dispuestas por la ley, tornándose abstracto el pedido efectuado por la defensa. Las medidas tuitivas nacen del carácter de minoridad de una persona, es decir, se debe tutelar, proteger al menor de edad considerando su situación de indefensión, su inmadurez y su carácter vulnerable. Pero si bien el régimen penal de la minoridad queda determinado en el momento mismo de la comisión del delito, las medidas tutelares que el Juez puede adoptar van a variar atendiendo a las circunstancias y características del caso. Así se ha dicho que "la Corte remarcó que al momento de evaluar la reintegración no sólo deben considerarse las características individuales del imputado menor de edad, sino que también debe valorarse el medio social. De modo que al

momento de determinarse la respuesta penal, el juzgador deberá valorar la situación social que rodea al imputado..." ("El avance jurisprudencial con relación a los derechos de los adolescentes no punibles...", LA LEY, Sup. Penal, octubre/2009, p. 5).

La normativa legal de aplicación al caso formula dos cuestiones distintas: 1) la relativa a la facción del delito y sus consecuencias, en cuanto a la sancionabilidad, penalidad, etc. y 2) la concerniente concretamente a las medidas tutelares que en razón a la minoridad corresponde disponer, y que por reposar en las condiciones de desamparo, falta de cuidado, exposición debida a su inexperiencia de vida (que objetivamente determina la minoridad), solo corresponde disponer en la medida que subsista la condición de menor.

El art. 2° de la ley 22.278 sostiene que "... la autoridad judicial lo someterá (al menor) al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el art. 4°". Es decir que, mientras dure el proceso, el juez puede ordenar medidas restrictivas que tengan como finalidad hacer posible la aplicación de sanciones al encausado si correspondiere. En nuestro caso, O. C. es de nacionalidad boliviana; carece de parientes en esta ciudad –tanto es así que la ofrecida guardadora no tiene relación familiar alguna con aquella-; vivía junto a sus padres en la localidad de Yacuiba, Rep. de Bolivia (fs. 623); al momento de su

detención se identificó con un documento de identidad que no le pertenecía. A ello podemos agregar que ya se encuentra fijada fecha para la Audiencia de Debate para el día 13 de abril de 2010.

Los elementos mencionados nos permiten suponer que O. C. no tiene en nuestra Provincia arraigo familiar, social ni laboral, por lo que podría sustraerse a la justicia. La entrega del menor a su familia o a otra persona, sólo tiene como fin que el menor transite el proceso penal junto a quienes pueden servir de contención y apoyo e incluso cuando ello no fuera así, la propia legislación autoriza al Juez a disponer provisoria o definitivamente de aquél hasta que alcance la mayoría de edad. Pero no implica facilitar al menor la situación para que pueda sustraerse de la justicia.

Por todo lo expuesto, considero que no resulta oportuno acceder a lo solicitado y por ello, no debe hacerse lugar al pedido de colocación bajo guarda de I. L. O. C. Así voto.

La Dra. Marta Snopek dijo:

Discrepo con la primera solución propiciada por el Dr. Frías y los argumentos esgrimidos en que se apoya, en razón de los fundamentos de orden jurídico que paso a expresar.

En efecto, si bien es cierto que la ley penal establece el límite de imputabilidad a partir de los 18 años, este tope no coincide con la ley civil, que es la norma apta para determinar cuando una persona es mayor o menor de edad. Entiendo que el ordenamiento normativo es único y es obligación de los jueces, al momento de tomar sus decisiones ajustar en orden a la interpretación armónica lo que en cada caso corresponde resolver. En este orden de ideas, la ley penal establece la posibilidad de persecución e imputabilidad, mientras a quien corresponde determinar la minoría o mayoría de edad es a la ley civil. La ley civil, y conforme lo establecen los arts. 127 y 128 del C.C. la mayoría se adquiere a los 21 años de edad. Nótese que la minoridad se establece a favor y protección del menor, a quien se considera incapaz para la vida civil. Los menores de 21 años se encuentran sujetos a patria potestad y son susceptibles de ser entregados en guarda. De ello se desprende que O. C. puede ser entregada en guarda.

En este sentido, no advierto ningún impedimento de orden jurídico para que así se disponga. A ello cabe adunar que resulta beneficioso para la menor el hecho de encontrarse sujeta a guarda y no alojada en una penitenciaría, por lo que propicio que se haga lugar a la entrega en guarda conforme conforme se pide. Así voto.

El Dr. Rabbi-Baldi Cabanillas dijo:

1°) Que surge de las constancias de la presente causa (confr. fs. 129; 156 y 595) que, dada la edad de la señora I. L. O. C. al momento en que habría cometido el delito por el que se halla procesada y privada de libertad y la índole de éste, se está ante un injusto susceptible de ser encuadrado bajo los términos del art. 2°, primer párr. de la ley 22.278.

2°) Que, en atención a lo expuesto, el Señor Fiscal de este Tribunal requirió a fs. 505 y 556 la aplicación del "tratamiento tutelar previo a la imposición de la pena", y otro tanto surge del escrito del Señor Defensor Oficial Ad Hoc a fs. 514. Sobre tales bases, a fs. 557 se imprimió a estos obrados, respecto de la nombrada, "el trámite previsto por el régimen penal de minoridad".

3°) Que a fs. 575 la defensa de la encartada propone como guardadora de la menor –puesto que carece de familiares que puedan asumir su cuidado- a la señora D. B., requiriendo que se practique el informe ambiental en orden a determinar las "garantías morales" a que hace referencia el art. 412 del Cod. Proc. Penal de la Nación, y de cuyo cumplimiento se da cuenta a fs. 625/626. De dicho informe se advierte que la señora B. integra un hogar estable, el que habita con su marido y sus tres hijos, todos los cuales trabajan y disfrutan de ingresos suficientes. De igual modo, la vivienda es descripta como espaciosa, de modo que reúne adecuadas condiciones para albergar a otra persona gozando la familia de un elevado concepto moral entre el vecindario.

4°) Que a fs. 520 y 642 lucen sendos informes psicológicos sobre la encartada, de los que se desprende que denota "altos montos de ansiedad y tensión interna", entre otras razones, por carecer de contacto con sus dos hijos, obviamente menores, lo que ha derivado en "autoagresiones" y en "abuso de psicofármacos".

5°) Que con sustento en las precedentes consideraciones corresponde acceder al pedido formulado por la defensoría.

Al respecto, el art. 410 del citado CPPN es categórico en cuanto determina que en las "causas seguidas contra menores de dieciocho años se procederá", a título especial, por las disposiciones que se establecen en el cap. II del tít. II del lib. III. Ello sentado, el art. 412, párr. 2° estipula que el tribunal "podrá (...) provisionalmente" entregar a un menor "para el cuidado y educación (...) a otra persona (...) que por sus antecedentes y condiciones, ofrezca garantías morales, previa información sumaria, audiencia de los interesados y dictamen del asesor de menores". Como es obvio, dicha norma se integra con el art. 4, inc. 3° de la mencionada ley 22.278, según el cual "la imposición de pena respecto del menor a que se refiere el art. 2 estará supeditada a (...) que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año...", el cual resulta decisivo puesto que su éxito puede, eventualmente, eximir o



atenuar al imputado la sanción que le correspondiere (confr. art. cit., 2° y 3° párrfs.), máxime si todavía no se ha previsto fecha para la audiencia de juicio.

6°) Que, como surge de lo transcrito en el consid. 3°, la señora B. y su entorno cumplen satisfactoriamente los recaudos exigidos por la ley a fin de llevar adelante el tratamiento tutelar a favor de la encartada. Del informe aludido surge que conoce a la señora O. porque su hija le daba clases de alfabetización en el penal y, además, se infiere que cuenta con posibilidades económicas y que goza de respaldo moral que permitirían brindar a la procesada el apoyo psico-social que los referidos informes aconsejan.

7°) Que no obsta a la presente solución la circunstancia de que la señora O. supere en la actualidad los 18 años –dato que ha motivado la discrepancia de mis distinguidos colegas del Tribunal- por cuanto, como surge de las constancias transcriptas en el primer considerando, el hecho que se le imputa se produjo el 24 de octubre de 2007, es decir, tres días antes de que cumpliera aquella edad, de modo que, a esa fecha, tratábase de una menor. Y en este sentido, la demora en la confirmación de este dato a consecuencia del pedido de certificación obrante a fs. 505 vta. y 556 a las autoridades de la República de Bolivia, dada la nacionalidad de O. (repárese que ésta al momento de la aprehensión se había identificado y portaba documentación bajo otro nombre - confr. fs. 156 vta.-), resulta una contingencia que no puede invocarse en su

contra. Por lo demás, aun si se hubiera prescindido de tal requerimiento, es indudable que por la inminencia en cumplir los 18 años, dado el curso normal del proceso, la determinación judicial acerca del régimen legal que le correspondiese siempre habría tenido lugar contando ya con tal edad y sin que, es claro, dicha circunstancia actúe como impedimento para acceder, si fuere pertinente, al régimen tutelar bajo discusión.

8°) Que, en abono de la solución que se propicia, es oportuno considerar que el art. 8 de la ya citada ley de menores, especifica que "si el proceso por delito cometido por un menor de 18 años comenzase o se reanudare después que el imputado hubiere alcanzado esta edad, el requisito del inc. 3) del art. 4 se cumplirá en cuanto fuere posible, debiéndose complementar con una amplia información sobre su conducta". El dispositivo, en efecto, no deja margen de duda en cuanto al interés estatal por cumplimentar prioritariamente, el tratamiento tutelar respecto de quienes delinquieron siendo menores (tal el caso de la encartada) aun cuando el proceso se iniciare después de alcanzada dicha edad, lo que, como surge de las constancias de la causa, ni siquiera es el supuesto de estas actuaciones. Es más: el citado inc. 3 del art. 4°, prorroga el tratamiento tutelar "en caso necesario hasta la mayoría de edad" (énfasis añadido), lo que revela que la voluntad del legislador de asegurar la recuperación e integración social de los menores admite extender las medidas

protectorias cuando éstos han claramente dejado de serlo y ello, teóricamente (si, v. gr., la detención se produjo con 17 años recién cumplidos), puede suceder hasta en tres oportunidades hasta alcanzar los 21 años, todo lo cual fortalece el sentido de la presente decisión. De cualquier modo, si aún la cuestión a resolver arroja alguna duda, resulta pertinente aplicar el art. 3 del CPPN y, por ende, adoptar el temperamento que "sea más favorable al imputado".

9°) Que, a mayor abundamiento, sabido es que el ordenamiento jurídico no puede ser interpretado de manera aislada sino coordinadamente, en tanto constituye una unidad de sentido en cuya cúspide se halla la Constitución Nacional. Sobre el particular, invariable jurisprudencia de la Corte Suprema tiene dicho que "en la tarea de investigar las leyes debe evitarse darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto" (Fallos: 1:300; 194:371; 320:1962, sus citas y muchos otros). Y, profundizando tal hermenéutica, se ha señalado que "las leyes deben interpretarse de manera que se compadezcan con los derechos, principios y garantías de la Constitución Nacional, en tanto tal exégesis pueda practicarse sin violencia de su letra o de su espíritu" (Fallos: 261:36 y sus citas; 308:647 y sus citas, entre muchos otros).

De ahí que la solución que se propicia también guarda coherencia con otras normas del sistema jurídico, principiando por la Constitución Nacional.

10) Que, a ese respecto, la Convención sobre Derechos del Niño (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema), entre otras disposiciones, tras señalar, según la declaración interpretativa formulada por nuestro país al aprobarla, que se "entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad" (art. 1° de la Convención y 2° de la ley 23.849), indica que "...la prisión de un niño (...) se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda" (art. 37, inc. b, énfasis añadido). De ahí que los estados partes, respecto del menor del que se alegue que ha infringido leyes penales, procurarán "siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales..." (art. 40, inc. 3, b), disponiéndose diversas medidas, entre las que se destaca "la colocación en hogares de guarda (...) así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones" (inc. 4).

Como se observa, la normas de minoridad anteriormente referidas traslucen un iter coincidente con el texto constitucional, siendo claro que, en lo esencial, sus disposiciones, reflejan la "regla de oro" de la citada Convención, según la cual "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen (...) los

tribunales (...) una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3, 1, subrayado añadido). Y tal es lo que sucede con el supuesto sometido a estudio, por cuanto se trata de otorgar a quien cuando delinquiró era menor, el status jurídico derivado de esa condición, en el entendimiento de que se trata de la mejor manera de "promover su reintegración" y de que asuma "una función constructiva en la sociedad" (art. 40, 1, in fine de la citada Convención).

11) Que, de igual modo, la presente solución armoniza con el sentido de la reciente reforma de la ley 24660 por medio de la ley 26.472 en tanto autoriza al juez competente "el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria", a "la madre de un niño menor de 5 años...". En el caso, como se señaló, la señora O. –que a la fecha cuenta con casi 20 años- es madre de dos hijos, uno de los cuales es, palmariamente, menor a cinco años. Y si bien esta ley está prevista para quien ya ha sido condenado, el art. 11, con evidente sustento en el argumento a maiore ad minus ("quien puede lo más, puede lo menos"), expresamente estatuye que resulta "aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad", lo que resulta en un todo aplicable al sub examine.

Más todavía: la pertinencia de las disposiciones citadas surge nítida si se pondera que ésta, en última instancia, constituye una reglamentación de la manda constitucional que ordena la "protección integral de la familia" (art. 14 bis), siendo evidente que una de los motivos de mayor aflicción que padece la señora Orozco, según emana de los informes psicológicos precedentemente transcritos, radica en la imposibilidad de ver a sus hijos y, en definitiva, en la ausencia de toda relación con su familia, situación que la medida que se propicia puede contribuir a paliar.

Por ello, si mis colegas del Tribunal concordaran con este voto, propicio hacer lugar al pedido de colocación de guarda de la señora I. L. O. C., tal y como ha sido solicitada por el Señor Defensor Ad Hoc. Así voto.

Por todo ello, de conformidad a la normativa legal mencionada, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta por mayoría, resuelve:

I. Disponer la colocación de la menor encausada I. L. O. C., de las condiciones personales indicadas en autos, bajo la guarda de D. B., D.N.I. N° ..., debiéndose labrar pertinente acta de entrega y oficiar al organismo donde se encuentra alojada para el cumplimiento de la medida.

II. Disponer que la supervisión de la medida apuntada sea efectuada a

través de asistentes sociales pertenecientes al Servicio Penitenciario de la Provincia de Salta, debiendo elevar informes a este Tribunal respecto de cualquier novedad que se produzca en relación a la imputada, a cuyo fin líbrese oficio.

III. Regístrese, notifíquese. —Roberto Frías. —Marta Snopek. —L. Renato Rabbi Baldi Cabanillas.