

SENTENCIA NÚMERO: DIECISIETE

San Fernando del Valle de Catamarca, 10 de Marzo de 2014

VISTO:

El Expte. N° 473/2009 caratulado "***M.A.N S/ DISPOSICIÓN-LIBERTAD ASISTIDA***".

CONSIDERANDO:

Que en autos corresponde proceder al análisis minucioso de la situación procesal actual del joven M.A.N. quien a la fecha lo hace alojado en el Centro Juvenil Santa Rosa a disposición de este Tribunal, habiendo cumplido recientemente 18 años de edad.

Que el joven se encuentra en esta situación de restricción a su libertad ambulatoria debido a que está siendo investigado por el delito de homicidio simple en calidad de autor.

En efecto, a fs. 297/298 del presente legajo el Sr. Juez de Menores de Primera Nominación, Dr. Fabricio Gershani Quesada, pone en conocimiento al Tribunal la Sentencia Interlocutoria recaída en los Autos Expte. N° 262/2012 caratulados "***M.,A.N S/P.S.A. HOMICIDIO DE CENGEL EXEQUIEL ISAAC***" identificados en Fiscalía con la letra "D" N° 614/12.

En su parte pertinente el pronunciamiento judicial reza: "***...Y VISTO:...DE LA QUE RESULTA:...CONSIDERANDO:...RESUELVO: 1) Ordenar el ingreso de A N.M a la Comisaría de Santa Rosa en forma transitoria y hasta tanto se disponga su alojamiento definitivo. 2) Póngase a disposición del Sr. Juez de Menores de Segunda Nominación al joven AN.M por haber prevenido en la formación del Expte. Tutelar por consumo de drogas y abandono escolar. 3) Queda expresamente solicitado al Sr. Juez de Menores de 2da Nominación la privación de la libertad del joven en el lugar que el Magistrado disponga. 4) Requiérase al Magistrado que previno que conforme lo establece el artículo 26° y 41° del Código Penal Argentino, se deberá librar oficio al CIF para que realice amplio informe psicológico y psiquiátrico del joven de autos, debiendo***

tener especialmente en cuenta los motivos que lo habrían llevado a delinquir, pronóstico y medidas adecuadas para asegurar su reinserción social como así también cualquier otro dato que pudiera resultar de relevancia a los intereses de la presente causa. 5) Protocolícese, notifíquese a la defensa técnica, al Defensor General de Menores, a la Progenitora y al querellante particular...” (El resaltado en negrita me pertenece).

Que el Sr. Juez solicita la privación de libertad del adolescente M.AN amparado en el siguiente hecho delictivo en que se encuentra imputado el joven y que a continuación se detalla: “...El día veintiuno de julio del año dos mil doce, en el horario comprendido entre las horas 05:30 y 06:50 aproximadamente de la mañana, en ocasión de estarse desarrollándose una fiesta en la casa de Franco Calderón (a Chanchin) sita en B° 120 viviendas sur casa N° 106 de esta Ciudad Capital, Franco Calderón empieza una discusión con Ezequiel Cengel en la vereda de la casa de Franco Calderón, en ese momento interviene el primo de Franco Calderón, llamado Ariel Calderón e inicia una pelea con el joven Ezequiel Cengel, para luego intervenir en la pelea Franco Calderón; Jonathan Calderón; Ulises Tapia; Sergio Gamalier Agüero (a) Pelao; Agustín Calderón y Nicolás Mansilla entre otras personas. Al verse la víctima en inferioridad numérica intentó abandonar el lugar corriendo por la calle de tierra en sentido Sur Norte para ser alcanzado por Ariel Calderón, Franco Calderón, Ulises Tapia, Sergio Gamalier Agüero y Agustín Calderón a media cuadra en donde es rodeado y golpeado otra vez, para emprender la víctima una nueva fuga y ser perseguido por los prenombrados y varias personas más hasta la esquina Barrio 105 Viviendas Lic. 92/07 en la intersección de las calles públicas de tierra S/N (esquina Sur Oeste C/46; Esquina Este C/95; Esquina Nor Este C/76; Esquina Nor Oeste Casa 29 de esta ciudad Capital); donde es nuevamente agredido a golpes de puño y puntapiés por un considerable número de personas mientras la víctima, superado ampliamente en número daba manotazos intentando sin éxito defenderse

de los golpes y agarrones, en estas circunstancias, AN.,M quien le habría asestado varios puntazos o puñaladas a Cengel para terminar fatalmente con su vida, por shock hemorrágico por herida punzante que perfora aorta ascendente según informe de Autopsia. Para luego del criminal acto y con el joven Cengel ya en el piso quitarle las zapatillas y golpearlo con las mismas mientras otras personas le seguían pegando puntapiés. Luego M. se da a la fuga junto a los demás partícipes en dirección hacia el oeste...” (fs. 297/297 vta.).

Por tal hecho disvalioso, el joven M.AN resultó imputado por el delito de HOMICIDIO SIMPLE (art. 79 del CP).

Por auto interlocutorio N° 07 de fecha 13 de agosto de 2012, este Tribunal dispuso lo siguiente: “...**VISTO:...****CONSIDERANDO:...****RESUELVO: I) ORDENAR** a partir del día de la fecha la **INTERNACIÓN PROVISORIA** del joven **AXEL NICOLÁS MANSILLA** en las instalaciones del **CENTRO DE RECEPCIÓN DE MENORES**, sito en Av. Alem y Mota Botello de esta ciudad Capital, por el lapso de **SEIS MESES** (180) días, debiendo garantizarse su pleno abordaje interdisciplinario, elevándose los informes pertinentes a este Tribunal cada quince (15) días. **II) COMUNÍQUESE**, que una vez finalizado el plazo establecido en el apartado precedente, se procederá a la revisión de la medida excepcional dispuesta y los resultados que arrojaré el abordaje interdisciplinario a los fines de una nueva evaluación en cuanto a las medidas a seguir...” (fs. 307/310).

Posteriormente, mediante autos interlocutorios Nros. 01/13 (fs. 422/430); y 09/13 (fs. 583/590), se procedió a dar cumplimiento a la revisión de la medida excepcional dispuesta y a los resultados del abordaje interdisciplinario ordenado.

Que recientemente, para ser preciso el día 15 de febrero de este año, el joven M.AN cumplió dieciocho (18) años de edad, por lo que este tribunal debió correr nueva vista a las partes intervinientes, quienes expidieron sus respectivos dictámenes a fs. 609/609 vta. (Ministerio

Público Fiscal), fs. 612 (Ministerio Público Pupilar) y fs. 614 (Ministerio Público de la Defensa).

En lo que respecta al Ministerio Público Fiscal, mediante dictamen 02/14 en lo que aquí interesa se expuso: “... (...) *Que actualmente la causa se encuentra en trámite, sustanciándose la solicitud de la Prisión preventiva de los imputados y dos legajos incidentales adjuntos. Atento a la gravedad del hecho atribuido en donde se le endilga la calidad de autor material de quien en vida se llamara Ezequiel Isaac Cengel, cuya pena conminada en abstracto posee un mínimo de 8 y un máximo de 25 años, razón por la cual resultaría inviable ser beneficiado con el instituto de la condena condicional, todo lo cual denota sobre el mismo la peligrosidad procesal (sustraerse de la investigación o desplegar conductas de entorpecimiento de la misma) propia para justificar en los mayores el encierro preventivo para hacer efectivo la aplicación del derecho sustantivo, que el caso sub examine será aplicable como a sus consortes delictivos ya que han cumplido los 18 años de edad. Por ello, considero que se dan los presupuestos legales para hacer lugar a la medida que ahora se nos solicita que expongamos nuestra postura. Asimismo, respalda nuestra tesitura en relación al joven M. el informe obrante a fs. 605 producido por el responsable a cargo del Centro Juvenil Santa Rosa, surgen las inconductas en que incurre el menor MJ., lo cual en esta etapa procesal hace presumir claramente y con certeza la existencia del peligro de fuga real del mismo. Como primera medida, previo a expedirnos de la viabilidad o no, resulta liminar hacer notar a V.S. que al haber alcanzado la mayoría de edad, el mismo debería ser puesto a disposición de esta Unidad fiscal a los fines de que se le dé, en relación a su libertad personal, el trámite de ley impuesto por el código de rito a las personas mayores edad (audiencia de control de detención y si correspondiera la solicitud de prisión preventiva). Que en definitiva y teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto y fundamentalmente la existencia del peligro de fuga y a los fines de asegurar el debido resultado del proceso, lo cual no debe soslayarse,*

me pronuncio por la VIABILIDAD de que el menor MJ., al cumplir la mayoría de edad, deba ser trasladado a dependencias del Servicio Penitenciario Provincial cumplimentándose así lo dispuesto por Ley N° 22.278 (Art. 6°)...”.

Por su parte, el Ministerio Público Pupilar, por dictamen N° 21 expuso: “...Que una vez cumplida la mayoría de edad el joven M.,AN, cesa de pleno derecho la intervención del Juzgado de Menores (art. 126 del C.C. y 1 de la Ley 22.278) por lo que toda disposición en relación a la persona del mismo es de competencia del Sr. Fiscal de Instrucción hasta tanto se eleve la causa a juicio y la competencia recaiga sobre la Cámara que oportunamente lo juzgará. El art. 6 de la Ley 22.278 dispone que una vez alcanzada la mayoría de edad quien haya cometido un delito mientras es menor de edad deberá cumplir la condena en un establecimiento para adultos. Si bien es cierto el joven M. no ha sido juzgado y condenado aún, una vez cumplidos los 18 años podrá por disposición del Sr. Fiscal ser trasladado al Servicio Penitenciario Provincial, con todas las garantías y recaudos que las leyes nacionales y la Constitución prevén...”.

Finalmente, la “defensa” del joven M.AN, sorpresivamente manifestó “...Que de acuerdo a las constancias de autos y teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. 6 de la Ley 22.278, que expresa que una vez alcanzada la mayoría de edad de quien cometió un ilícito siendo menor de edad, corresponde cumplir su condena en un establecimiento para adultos. Por todo ello esta defensa estima viable el traslado de ANM., a las dependencias del Servicio Penitenciario Provincial, con todas las garantías constitucionales y dando cumplimiento a los recaudos exigidos por la ley nacional...”.

Descripta sucintamente la situación procesal del joven M.A.N. y las opiniones formuladas por los distintos ministerios, me encuentro en condiciones de resolver la presente cuestión.

Se ha planteado aquí que el joven M.A.N., al haber cumplido la mayoría de edad (18 años) debe quedar a disposición de la fiscalía y si

corresponde ser trasladado a las instalaciones del Servicio Penitenciario Provincial.

Este planteo merece una respuesta de este tribunal especializado en la niñez “infractora” a la ley penal, a los fines de proporcionar a quienes continuarán interviniendo en la situación procesal del joven referido, las pautas de derechos humanos internacionales que deben ser observadas en estos peculiares casos en los que un joven al cumplir la edad de dieciocho años se encuentra ante el poder punitivo del Estado por hechos delictivos cometidos durante su minoría de edad.

En efecto, una situación particular ocurre cuando un niño que está cumpliendo una **pena privativa de libertad** en virtud de una conducta llevada a cabo antes de los 18 años cumple la mayoría de edad mientras se encuentra detenido. Esto es lo que efectivamente dispone el artículo 6 del decreto-ley 22.278 en los siguientes términos: “...**Las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos...**”.

Adviértase que el joven de autos, ha alcanzado la edad de 18 años sin haber sido condenado en la causa en la que se encuentra acusado, solo pesa sobre el mismo una medida de internación provisoria con abordaje interdisciplinario en las instalaciones del hoy Centro Juvenil Santa Rosa, por lo que, en principio, el traslado a un establecimiento para adultos solo sería posible con una **pena privativa de libertad** y no con una medida excepcional (cautelar) de privación de libertad. Sin embargo, también se suscita otra cuestión que considero crucial a la hora de abordar situaciones como las que aquí nos ocupa. Veamos.

El artículo 10 del decreto-ley 22.278 de un modo claro expresa: “...**La privación de libertad del menor que incurriere en delito entre los dieciocho (18) años y la mayoría de edad, se hará efectiva, durante ese lapso, en los establecimientos mencionados en el art. 6º...**”.

Una interpretación armónica de ambas normas (arts. 6 y 10 decreto-ley 22.278), lleva a la siguiente conclusión: ***“solo puede pasar a un establecimiento carcelario para adultos, todo aquel joven que (para el régimen penal juvenil) haya alcanzado la mayoría de edad (que aquí es a los 21 años), y se le hubiere impuesto pena privativa de libertad. Entre los 18 años y los 21 años deberá ser alojado en institutos especializados diferentes al de los adultos”.***

Ahora bien, esta afirmación puede traer confusiones que no pretendo generar, por eso, en términos sencillos trataré a continuación de dar fundamentos legales al respecto, y para ello, tendré en cuenta las siguientes precisiones¹:

A) La nueva ley de mayoría de edad no modifica el régimen minoril: La ley N° 26.579 de mayoría de edad fue sancionada por el Congreso de la Nación Argentina el día dos de diciembre de dos mil nueve, promulgada el día veintiuno y publicada en el Boletín Oficial el día veintidós del mismo mes y año. El art. 1º dispone la modificación de diversos artículos del Código Civil, entre ellos el art. 128, el que ha quedado redactado –en cuanto aquí interesa– de la siguiente forma: ***“Cesa la incapacidad de los menores por la mayoría de edad el día que cumplieren los DIECIOCHO (18) AÑOS”***. Ahora bien el Régimen Penal de la Minoridad, la ley 22.278, en su art. 4, exige la concurrencia de tres requisitos para poder aplicar pena a un joven punible. Estos son: **a)** Que se haya declarado su responsabilidad penal; **b)** Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad; **c)** Que haya cumplido un año de tratamiento tutelar, prorrogable en caso necesario hasta la **“mayoría de edad”** (específicamente es aquí donde incide la ley 26.579). Una vez cumplidos esos requisitos el órgano judicial procederá a examinar las modalidades del hecho, los antecedentes del joven, el resultado del tratamiento tutelar y además tendrá en cuenta la impresión directa recogida. Seguidamente el

¹Que seguiré del Auto Interlocutorio N° 3 de fecha 11/03/13, emitido por el Juzgado Penal Juvenil de Sexta Nominación de la Provincia de Córdoba.

Tribunal resolverá la situación del mismo contando con tres opciones: **1.-** Aplicarle una sanción. **2.-** Absolverlo de pena por resultar innecesario sancionarlo. **3.-** Aplicarle una pena reducida en la forma prevista para la tentativa.

B) Advierto, que esta última norma es más benigna que la resultante de considerar que ha sufrido una modificación por efecto de la ley de mayoría de edad (reducción a 18 años), lo que llevaría a tornar mucho menos viable la posibilidad de acceder a medidas proteccionales satisfactorias **–subsiguientes a la declaración de responsabilidad penal–** y que pueden posibilitar *a posteriori* la no imposición de pena o su reducción en la forma prevista para la tentativa.

C) Asimismo, en el marco del ordenamiento jurídico vigente, en tanto conjunto de normas válidas en un momento y lugar determinado, sus preceptos - esencialmente modificables- no pueden entrar en colisión unos con otros, sino que deben armonizar sistemáticamente. Los fundamentos del proyecto de la ley 26.579, no abordan la temática penal juvenil, salvo para pregonar su tratamiento y reforma por el Congreso, de manera tal que de ello se colige es que no estuvo en cabeza del legislador alterar o modificar el sistema penal juvenil, cuyo núcleo el art. 4º de la ley 22.278/22.803 devendría prácticamente inoperante, ello en perjuicio de la recuperación y reinserción social de los jóvenes en conflicto con la ley penal, los cuales pueden por dicha vías llegar a obtener notables beneficios, la no aplicación de pena o su reducción en la forma prevista para la tentativa.

D) Interpretar que la ley 26.579 de Mayoría de Edad a los 18 años tiene el alcance de derogar o modificar parcial e implícitamente el Régimen Penal Juvenil, es otorgarle a la ley general civil la capacidad de modificar la ley penal especial, desarticulando el sistema penal minoril. Obsérvese asimismo que no se trata de materias conexas entre sí ni vinculadas, y por lo tanto una norma modificatoria debería -cuando menos- permitir que ambas subsistan armónicamente o dar una nueva

redacción a la norma afectada. Una interpretación opuesta llevaría a contrariar la jurisprudencia sentada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “**MALDONADO**” (**M.1022.XXXIX; 07/12/05**), en el cual de una u otra forma destaca y reivindica la necesidad de apostar a la reinserción mediante el tratamiento proteccional dispensado al joven infractor, otorgándole oportunidades dirigidas a lograr su reeducación y readaptación social. Ver también **Tribunal Penal de Menores - 1ª Circ. Jud. de Mendoza, Exp. N° 429/09/2P, 22/06/2010**.

E) Cabe asimismo poner de resalto que el Alto Tribunal Nacional ha dicho: “...la derogación de las leyes no puede presumirse...” (**Fallos:183:470**); “...una ley general no es nunca derogatoria de una ley o disposición especial, a menos que aquélla contenga alguna expresa referencia a ésta o que exista una manifiesta repugnancia entre las dos en la hipótesis de subsistir ambas y la razón se encuentra en que la legislatura que ha puesto toda su atención en la materia y observado todas las circunstancias del caso y previsto ellas, no puede haber entendido derogar por una ley general posterior, otra especial anterior, cuando no ha formulado ninguna expresa mención de su intención de hacerlo así”; “una ley posterior de carácter general sin contradecir las cláusulas de una ley especial anterior, no debe ser considerada como que afecta previsiones de la primera a menos que sea absolutamente necesario interpretarlo así por las palabras empleadas” (**Fallos: 150:150; 321:2413**); “...la inconsecuencia o la falta de previsión jamás se supone en el legislador y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darle 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: 312:1614**).

F) En suma, al confrontar ambos regímenes legales se debe acudir a una interpretación que permita la subsistencia de la finalidad que inspiró el dictado de cada una de las normas, procurando ante todo su armonización.

La C.S.J.N. también ha expresado que *la labor del intérprete sobre la inteligencia de las leyes consiste en asegurar un examen atento y profundo de los términos legales, en forma racional (Fallos: 310:572; 308:2246, entre otros), y de forma coherente, de manera de armonizar sus preceptos, siendo la primera regla de interpretación dar pleno efecto a la intención del legislador y, en el mismo nivel, preferir la inteligencia que favorezca y no que dificulte los fines perseguidos por las leyes en cuestión (Fallos: 306:2117/1615; 310:149; 311:2751).*

G) Se entendió además que *"...las alternativas que la ley penal de menores contempla a la hora de decidir la aplicación de la pena se encuentran fuertemente ligadas al resultado del tratamiento tutelar, de modo que impedirle al menor la realización completa del mismo importa vedarle las posibilidades de acceso a esos beneficios (reducción de la pena, eximición de la misma) y a su vez desproveer al Juez de los elementos de decisión". (Cf. al respecto D'ANTONIO, Daniel Hugo, Convención sobre los Derechos del Niño, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 203 y La Ley 26.579 – mayoría de edad- y la capacidad de los menores, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 235-236; Excma. 7ma. Cámara del Crimen, Mza., Expte. N° P-40.342 y sus acumulados, "Villegas Algañaraz y Otros", 15/04/2010, Sentencia N° 3.072; CRIVELLI, Ezequiel, "Bases para un nuevo Derecho penal juvenil", Sup. Penal 2008 (agosto), 50-LL, 2008-E, 209).*

H) En función de todo lo hasta aquí desarrollado, no corresponde que los jóvenes que han alcanzado los dieciocho años sean sin más trasladados a un régimen de adultos, como lo es el Servicio Penitenciario. Las niñas, niños y adolescentes que se encuentran en esta situación tienen derecho a que se les apliquen las medidas alternativas que presenta la legislación minoril, lo cual se encuentra consagrado no sólo en la legislación provincial y nacional sino también por la internacional. El adoptar la decisión o la responsabilidad de la decisión de proceder al traslado de las niñas, niños y adolescentes que se encuentran con distintas

atribuciones delictivas por el sólo hecho de haber cumplido dieciocho (18) años a Establecimiento Penitenciario para adultos, importaría sin más anular los objetivos que la legislación ha previsto para aquellos que han cometido ilícitos en su menor edad.

En definitiva, **un simple cambio cronológico -el paso a los dieciocho años- no puede bastar para que se los derive, sin más, a un establecimiento común de adultos.**

Del mismo modo -incluso para despejar toda duda al respecto- debo aquí señalar que la pena privativa de la libertad para adultos sujetos al régimen penal ordinario (ley 24.660), pero aplicable también a procesados (art. 11), en su art. 197, prevé para el cumplimiento de la pena que: ***“los jóvenes adultos de dieciocho a veintiún años deberán ser alojados en instituciones especiales o en secciones separadas o independientes de los establecimientos para adultos. En su tratamiento se pondrá particular empeño en la enseñanza obligatoria, en la capacitación profesional y en el mantenimiento de los vínculos familiares”,*** lo que contempla como “plus” de derechos en el art. 198, que ***“Excepcionalmente y mediando los informes favorables del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, quienes hayan cumplido veintiún años podrán permanecer en instituciones o secciones especiales para jóvenes adultos hasta cumplir veinticinco años. Luego serán trasladados a un establecimiento para adultos”.***

Por consiguiente de esta misma normativa se puede concluir que radica en el principio ***pro homine***, posibilitando y estableciendo para esta franja etaria un especial lugar de alojamiento.

Cabe recordar que con la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a nuestro bloque de constitucionalidad, se ha configurado una dimensión supranacional del derecho. De este modo el control de constitucionalidad ha evolucionado a un control de convencionalidad, que incluye el análisis de las normas de orden superior, incluidas por el art. 75, inc. 22 de la Constitucional

Nacional, que impone a los “*jueces el deber de respetar los derechos allí reconocidos y velar que sus disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin*” (**S. 1.11.2012 Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza, en autos "C, D.F. s/ REVISIÓN PENAL"**).

En este orden de ideas y como lo sostuviera el Tribunal de Responsabilidad Juvenil de San Isidro, “*Resulta pertinente recordar lo dicho por la Corte Suprema de la Nación en tal sentido: “que todos los órganos del Estado deben asumir los roles de garante (art. 1.1. Convención Americana), que a cada uno, de acuerdo a sus atribuciones constitucionales y legales, les corresponde. Así entre “las medidas de otra índole” que el Estado debe arbitrar para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención (art. 2º) se inscriben las sentencias judiciales. Los **tribunales** están obligados a atender como consideración primordial al interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que “garantizar” implica el deber de tomar todas las **medidas necesarias para remover los obstáculos** que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención (Fallos 318;514)...” (18.7.2010, “V.,C.D. y A., J.J. s/ robo doblemente calif. c/ arma y en lugar poblado y en banda, homicidio criminis causae en concurso real con portación de arma de guerra”)*.

Asimismo el postulado de buena fe que impone el art. 31.1 de la Convención de Viena, hace que los pronunciamientos de los órganos supranacionales también sean obligatorios respecto de los Estados, en cuanto a realizar sus mejores esfuerzos para aplicarlos, particularmente en el ámbito de los derechos humanos, interpretación que efectuara la Corte Interamericana de Derechos Humanos (**C.I.D.H. en el caso “Loayza Tamayo vs. Perú” (S. del 17.9.1997)**).

En correspondencia con ello, el art. 75 inc. 22 de la C.N. prevé en lo que nos interesa que, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (C.A.D.D.H.), la Convención Americana sobre

Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención sobre los Derechos del Niño (C.D.N.), tienen jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos, al igual que los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), las Reglas para la protección de menores privados de la libertad (Reglas de la Habana) y las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) y las decisiones adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, como la observación General N° 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores entre otras, conformando todos, el marco jurídico de protección de los derechos humanos de los niños.

Ello así toda vez que, cualquier interpretación al respecto, desprovista del marco sistemático en que la misma se imbrique, y sólo fundada en pareceres sobre una alternativa posible del texto de la ley, reitero, dejaría la decisión a merced de la arbitrariedad.

Como directriz básica que debe ser observada entonces por los sistemas de justicia juvenil, la C.D.N. en su artículo 3 dispone que, **en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá, será el Interés Superior del Niño**, el que según la Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes 26.061 debe entenderse como ***“la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”*** (art. 3) haciendo a continuación una enumeración de pautas a respetar, entre ellas señala: ***“d) Su edad, grado de madurez, capacidad***

de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común” y especificando como corolario que **“Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”**.

En tal sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al señalar que: *“Los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”*, agregando que *“los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además **derechos especiales derivados de su condición**, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54). Que estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica. Así, en lo que aquí interesa, la Convención del Niño establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en los artículos 37 y 40 de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención, ha recomendado a los Estados Parte asegurar “la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención Internacional del Niño en particular a los arts. 37, 39 y 40 de la Convención, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de RIAD) (Dominica CRC/C/15/Add.238. 2004).” (Causa M. 1022. XXXIX - “Maldonado, D.E. y otro s/ robo agravado por el uso de armas en*

concurso real con homicidio calificado -causa N° 1174C - CSJN - 07/12/2005).

El régimen penal de la minoridad, se basa por ende, en la necesidad de garantizarle a los niños y adolescentes, a más de la prevista para los adultos, una protección especial en razón de su edad, etapa del desarrollo signada por la inmadurez, siendo el objetivo primordial del sistema de justicia juvenil la no punición, para lo cual debe garantizarse a los jóvenes las condiciones más adecuadas para su tratamiento multidisciplinario socio educativo, familiar y/o excepcionalmente el institucional, únicas vías para alcanzar su reinserción familiar y social y permitirles cumplir un papel constructivo en la sociedad de manera responsable y respetuosa de los derechos de los demás.

La Regla N° 12 de las establecidas por las Naciones Unidas para la “Protección de los Menores Privados de la Libertad” (1991), dispone que la privación de libertad debe ejecutarse en condiciones y circunstancias que garanticen el respeto de los derechos humanos, y brinden a los niños adolescentes actividades y programas útiles para fomentar y asegurar su sano desarrollo y dignidad, promover su sentido de responsabilidad e infundirles actitudes y conocimientos que les ayuden a desenvolver sus posibilidades como miembros de la sociedad.

De esto se trata ni más ni menos, los beneficios del sistema penal juvenil, tratar de evitar la sanción y por lógica consecuencia, **que antes de estar condenados no permanezcan en instituciones carcelarias.** Además, mal podrían cumplirse tal objetivo, en un Sistema Penitenciario, que no tiene previsto las modalidades, programas y alternativas necesarias para llevar adelante el Tratamiento Socio Educativo que dispone el régimen penal juvenil, ni está en sus fines específicos hacerlo.

En el mismo sentido, la Asociación Internacional de la Juventud y la Familia, Jueces y Magistrados, que celebró su XVII Congreso Mundial en Belfast, Irlanda del Norte, en el año 2006, en lo que aquí interesa, destacó las siguientes afirmaciones, que reflejan las principales cuestiones que

surgieron de las deliberaciones y los debates celebrados, reconociendo la gran **naturaleza transitoria de la delincuencia juvenil** y la particular vulnerabilidad de los niños que entran en contacto con el sistema de justicia penal, que los Estados deben adoptar, un enfoque holístico del sistema de justicia de menores que dé prioridad a los recursos adecuadamente, y en el punto (17) C. referido a la **Detención**, específicamente concluye que: “*Los menores deben ser detenidos sólo en centros especiales por separado de cualquier cárcel de adultos. Estos centros deben proporcionar a los jóvenes programas de educación durante su detención. Las niñas que son detenidas deben estar bajo el cuidado de personal femenino*”.

A juicio de la Comisión I.D.H. “*Un niño privado de su libertad no deberá estar en establecimientos de adultos. El sistema carcelario es hoy un factor fundamental para el inicio de una carrera delictual, puesto que así como la prisión aplica programas para corregir a los infractores, también pone en práctica mecanismos que solidifican la delincuencia*”².

Asimismo la Observación General N° 10 (2007) del Comité de los Derechos del niño, al consagrar el límite de edad superior para la justicia de menores que propicia en los 18 años, precisa que tales jóvenes deben “...recibir un trato conforme a las normas de la justicia de menores” y observa con reconocimiento que algunos Estados Partes permitan la aplicación de las normas y los reglamentos de la justicia de menores a personas que tienen 18 años o más, por lo general hasta los 21 años, bien sea como norma general o como excepción” (38.).

En tal sentido vale recordar como lo ha entendido la Cámara Nacional de Casación Penal, que resulta deber de los jueces, seguir los parámetros valorativos marcados por la Comisión, no sólo para evitar la posible responsabilidad internacional del Estado, sino también para lograr la

²CIDH. *Informe Anual de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1991*, OEA/Ser.L/V/II.81, Doc. 6 rev. 1, 14 febrero 1992, pág. 326.

realización de los derechos fundamentales en el caso concreto, lo cual constituye la función primaria del Poder Judicial (***Sala II, M causa n° 14.087, M., C.A. s/ recurso de revisión, 21.8.2012***).

Por otra parte, sabido es que la condición de procesados nunca puede ser más perjudicial que la de los declarados responsables (beneficiados por el Tratamiento tutelar a prueba) o condenados por delitos, cometidos en la menor edad. En tal sentido aunque respecto de los adultos, se ha pronunciado el T.S.J. de Córdoba al sostener que “*vulnera el principio de proporcionalidad,...que el encarcelamiento cautelar sea más gravoso que la pena*” (***S.N. 24, 30.3.2005 “GONZÁLEZ, Camel Selso p.s.a. Encubrimiento calificado reiterado, etc. - Recurso de Casación-***”). Por lo que los jóvenes cuyo proceso recién se inicia, al igual que aquellos que se encuentran en la fase intermedia, a prueba a fin de evitar una larga sanción (en la mayoría de los casos por hechos de grave entidad penal), deben cumplir su internación en institutos Socioeducativos especializados, dependientes del órgano administrativo de ejecución específico de la Niñez y Adolescencia.

Conforme una interpretación armónica con los estándares internacionales de derechos humanos que deben ser observados, cabe concluir entonces que, aún cumpliendo los dieciocho años de edad, siguen manteniendo la categoría jurídica de **adolescentes infractores** para la justicia penal juvenil, aquellos jóvenes que habiendo cometido un delito antes de los **18 años**, pueden ser castigados por un delito en forma diferente a un adulto, se encuentren procesados o hayan sido declarados responsables de su comisión.

Antes de culminar, deseo hacer especial referencia además, a la endeble posición asumida por la defensa del joven M.A.N. en estos autos, al punto tal de **requerir el paso del joven al Servicio Penitenciario Provincial** sin ocuparse por cumplir con su rol fundamental que es nada más y nada menos que aquel de los más sagrados derechos humanos que consagra y garantiza la Constitución Nacional a las personas: “**el derecho**

de defensa, real, efectivo, eficaz y no una mera representación formal carente de sentido” (art. 18).

El derecho a la defensa de los niños en el sistema de justicia juvenil está garantizado por el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Tras la adopción de este instrumento internacional se superó la idea de que el niño no necesitaba defensa en tanto el juez asumía la defensa de sus intereses. Bajo el sistema anterior, la defensa era considerada únicamente como un asistente o colaborador del magistrado.

Ahora bien, no obstante la superación de aquella idea, en esta oportunidad pareciera que aún lamentablemente subsiste, pues este Juez ha tenido que asumir en parte el rol de la defensa del joven M.A.N., cuando en rigor de verdad no le corresponde.

Por último, cabe agregar que el **principio de especialidad** también debe ser observado en relación con el derecho a la defensa de los niños, lo que implica que los abogados o asistentes letrados que se designen para su defensa deben estar tanto capacitados en derechos de los niños y especializados en materia de justicia juvenil, no obstante esta (la ausencia de un fuero penal juvenil especializado) sigue siendo una gran deuda legislativa de nuestra provincia. Sin embargo, esta carencia de especialidad, no puede funcionar como una licencia para justificar la vulneración de los DD.HH de los niños y su extrema vulnerabilidad ante el sistema penal del Estado.

Por todo ello;

RESUELVO:

I) ORDENAR el CESE de las medidas dispuestas oportunamente en este legajo caratulado bajo Expte. N° 473/2009 “**M., A.N S/ DISPOSICIÓN-LIBERTAD ASISTIDA**”, quedando el joven M.A.N. a disposición de la Unidad Fiscal de Delitos Especiales a partir del día de la fecha, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 del decreto-ley 3908 y de conformidad a los fundamentos vertidos en los considerandos de este resolutivo.

II) SUGERIR al **MINISTERIO PÚBLICO FISCAL** que en cuanto a las medidas procesales a seguir con el joven M.A.N., quien se encuentra acusado junto a otras personas mayores de edad en el delito que se le imputa, tenga en cuenta los lineamientos establecidos en los considerandos del decisorio aquí tomado.

III) RECOMENDAR al **MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL** de la provincia, en tanto órgano administrativo competente de las instituciones en la que lo hacen alojados jóvenes en conflicto con la ley penal, **a) EVALÚE** adoptar a la brevedad las medidas necesarias para garantizar el alojamiento de los jóvenes de hasta veintiún años sujetos al Régimen Penal de la Minoridad, conforme criterios de clasificación que contemplen las circunstancias y necesidades de los mismos, edad y situación legal, de modo que se garantice el Interés Superior de todos (art. 3 y 40 inc. 4 C.D.N., 17. a de las Reglas de Beijing y 27 y cctes. de las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y demás legislación convencional, nacional y provincial, conforme el alcance precedentemente dado; **b)** De conformidad al punto anterior, se arbitren los recaudos pertinentes para que el órgano competente dicte -en un término en lo preferente no mayor a los seis meses-, un reglamento que sea promulgado por el Poder Ejecutivo y publicado (arts. 149 inc. 3) de la Constitución de la Provincia Catamarca.), con arreglo a los estándares internacionales y nacionales en la materia, que regule los Centros Socioeducativos y la facultad disciplinaria en los mismos, clasificación de los lugares de alojamiento en relación a la problemática y situación legal de los jóvenes, prevea los medios adecuados para garantizar la cabal protección de la salud física y mental de los menores de edad, calidad alimentaria, indumentaria y de higiene, implementación de talleres formativos y de capacitación laboral y actividad deportiva regulares, que deberán mantenerse aún en períodos de receso escolar; y **c)** la selección de profesionales y personal competente, lo sea en número o suficiente acorde a las necesidades de los jóvenes.

IV) ELEVAR copias certificadas de la presente resolución al **Sr. PROCURADOR GENERAL** a los fines de que tome conocimiento de lo aquí expuesto en cuanto al ejercicio de la defensa del joven M.A.N. y pueda evaluar -de conformidad a la importancia del derecho en juego consagrado en los arts. **40 ap. 2 inc. b) ii)** de la Convención sobre los Derechos del Niño, **18 de la CN** y **29 de la Constitución Provincial**- la designación de un nuevo defensor que asista al joven M.A.N. durante el proceso penal por el que se encuentra acusado y aún debe transitar.

V) PROTOCOLÍCESE, NOTIFÍQUESE Y OFÍCIESE, UNA VEZ CUMPLIDO, ARCHÍVESE.

FIRMADO: Dr. Mario Rodrigo Morabito - Juez de Menores de Segunda Nominación - Ante mí: Dr. Gustavo Castillo Farías - Secretario - Catamarca.-