

AUTO INTERLOCUTORIO N° CUARENTA Y SIETE

San Fernando del Valle de Catamarca, 27 de diciembre de 2022

ANTECEDENTES DEL CASO: Me encuentro en condiciones de analizar el presente legajo caratulado como **“Expte. N° 60/2022, S., J. A. (17). EJECUCIÓN DE SANCIÓN PENAL en el Expte. N° 05/2022”**.

Antes de ello, debo manifestar que el joven S., J. A. fue sancionado por sentencia definitiva número treinta y seis (36) de fecha 6 de septiembre del año 2021, a la pena de diez (10) años de prisión en razón de haber sido encontrado culpable del delito de abuso sexual con acceso carnal en dos hechos y en concurso real en perjuicio de una niña por aquel entonces de 6 años ocasionándole graves secuelas psicológicas (arts. 119 3er. párrafo en función del 1er. párrafo, 45 y 55 del Código Penal). Véase hojas 2/29.

Asimismo, debo advertir, que la sanción referenciada fue confirmada por el Máximo Tribunal provincial mediante sentencia número veintiocho (28) de fecha 24 de agosto de 2022 (véase hojas 30/48 vta.); encontrándose firme actualmente.

Por otra parte, debo también resaltar, que por disposición de este tribunal, el joven sancionado desde el día 6 de septiembre del año 2021, se encuentra con prisión domiciliaria con monitoreo electrónico por parte del Servicio Penitenciario provincial.

Practicado el respectivo computo de pena (hojas 51/52), ha quedado establecido que el joven se encontraría en condiciones de cumplir la totalidad de la condena el día trece (13) de agosto de 2031; pudiendo acceder a sus derechos anticipados (salidas transitorias y labora) el día 13 de agosto del año 2026; mientras que a su libertad condicional el día 13 de abril del año 2028. Todo ello sin perjuicio de las principios fundamentales del régimen especializado que habilitarían, incluso, diferentes alternativas de recuperación de la libertad, como así también, la modificación de las condiciones de cumplimiento de la sanción que se encuentran previstas en la ley (art. 58 inciso 4 de la ley 5.544), ergo, así lo habilita el principio de revisión periódica de la sentencia (arts. 8 inciso “k” de la ley 5.544).

Adviértase que habiendo quedado firme la sentencia, se le consultó al Sr. Fiscal especializado acerca del temperamento a adoptar respecto de las condiciones de privación de libertad del joven S., J. A., manifestando el distinguido colega que todo joven en conflicto con la ley penal que supera los 18 años y que ha cometido el hecho cuando era menor se encuentra bajo el régimen de la ley penal juvenil pero ya no amparado por la Convención de los Derechos del Niño.

Asimismo, dijo que luego del estudio de las actuaciones y habiendo quedado firme la sentencia que lo declaró culpable por el delito de abuso sexual con acceso carnal en dos hechos y en concurso real y que el condenado es mayor de edad (actualmente tiene 21 años de edad), no resulta arbitraria la derivación del joven a un Establecimiento para Adultos (Servicio Penitenciario Provincial) pero siempre que en éste último se respete un tratamiento diferenciado para con el resto de la población carcelaria (hojas 68).

Finalmente, se expidió al respecto el Sr. Defensor de confianza del joven S., J. A., quien en desacuerdo con la fiscalía y citando normativa y doctrina de la especialidad publicada en el portal de la Revista de Asociación Pensamiento Penal, sostiene que el joven debe cumplir la sanción anteriormente citada en una institución especializada y no en un establecimiento para adultos (véase la extensa presentación de hojas 71/144).

FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL

Como punto de partida, debo señalar que ya he tenido la oportunidad de resolver una cuestión similar en el auto interlocutorio n° 3 de fecha 5 de julio del año 2020 cuyos registros se encuentran en este tribunal y que en lo concerniente me limitaré a citar algunos de los pasajes de aquella resolución por estar íntimamente vinculado con lo aquí discutido.

En efecto, en aquel entonces dije lo siguiente: **“III. LA SITUACIÓN PARTICULAR DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD Y LOS JÓVENES ADULTOS EN LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y EJECUCIÓN DE LA PENA. EL ESCENARIO PROVINCIAL**

Como punto de partida, debo poner énfasis en que el decreto-ley 22.278 dispone en el artículo 6 que: “...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...”; mientras que, el artículo 10 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...”. Del mismo modo, nuestro actual régimen de responsabilidad penal juvenil en el art. 26 establece de un modo muy claro que: “En la primera Circunscripción Judicial, en ningún caso se alojará al joven menor de edad punible en dependencias policiales, penitenciarias o de las fuerzas de seguridad. A tal fin, se habilitarán dependencias especiales para su alojamiento, bajo la dirección, supervisión y cuidado de personal idóneo y especializado para el trato con adolescentes en conflicto con la Ley Penal, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia. En las Circunscripciones Judiciales donde no se encuentre aún operativo el Centro de Admisión y Derivación de Niños, Niñas y Adolescentes y hasta tanto se pongan en funcionamiento los mismos; los adolescentes demorados no podrán permanecer en los calabozos ni estar junto a adultos privados de su libertad debiendo respetarse en todo momento las disposiciones de la presente Ley”.

Ahora bien, estas disposiciones normativas deben armonizarse con lo dispuesto en la ley 24.660 que regula la ejecución de la pena privativa de libertad para los adultos y que, en su art. 197, prevé para el cumplimiento de la pena lo siguiente: “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”.

Como se podrá advertir, si bien la privación de libertad y el alojamiento del joven NM., C. se está llevando a cabo actualmente en la Comisaría Novena, la misma se ha materializado siendo mayor de edad, no obstante ello, corresponde indicar que en el actual régimen provincial no existe un instituto especializado para el cumplimiento de una sanción penal respecto de todos aquellos jóvenes que habiendo sido condenados como personas menores de edad, alcanzaren la mayoría de edad en estado de privación de libertad.

No obstante, debe quedar en claro que el art. 100 de nuestra ley provincial dispone lo siguiente: “Los derechos y principios establecidos en la presente Ley se aplicarán a las personas mayores de edad, cuando el hecho haya sido cometido durante su minoridad. Al cumplir la mayoría de edad, las personas sancionadas sujetas a esta Ley podrán ser trasladadas del centro penal juvenil en que se encuentran, al Servicio Penitenciario Provincial, para que terminen de cumplir la

sentencia impuesta. Sin embargo se le seguirá aplicando un régimen diferenciado del de las personas condenadas por delitos cometidos siendo mayores de edad en atención al distinto fin de la pena en las personas menores de edad y al distinto programa al que están sometidos. No obstante lo anterior, cuando la persona ostente la doble condición jurídica de sancionada con la Ley de justicia penal juvenil y sentenciada con la legislación penal para adultos, en cualquier momento y a solicitud de la administración penitenciaria, la Cámara de Responsabilidad Penal Juvenil que impuso la Pena, podrá hacer cesar la sanción penal juvenil y autorizar que la persona sea ubicada en un centro penal de adultos, para que ejecute la sentencia pendiente”.

Ahora bien, resta por determinar cuál es la mayoría de edad para el régimen penal juvenil actual.

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...”. Por su parte, 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. 6°...”. 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, a continuación, trataré de dar fundamentos legales al respecto, y para ello, tendré en cuenta las siguientes precisiones:

A) La ley de mayoría de edad no modifica el régimen de la niñez: 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, fijando la mayoría de edad a los dieciocho (18) años y lo cual no fue modificado por la entrada en vigencia del nuevo Código Civil (art. 5 del CC). 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 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 juvenil.

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 Excm. 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.

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 CSJN, 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".

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 penal juvenil, 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 un 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 sus arts. 197 y 198 claramente hablan de institutos especializados o secciones separadas o independientes de los establecimientos para adultos y de la posibilidad de extender

(excepcionalmente) esa permanencia hasta los 25 años si mediaren informes favorables del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento.

IV. LAS INSTITUCIONES ESPECIALES. EXIGENCIAS. EL BUEN TRATO DURANTE LA EJECUCIÓN DE LA PENA. PAUTAS QUE A FUTURO DEBERÍA OBSERVAR LA PROVINCIA.

Los lugares de alojamiento en donde los adolescentes infractores a la ley penal y los jóvenes adultos deben llevar adelante su respectiva sanción punitiva, necesariamente deben reunir condiciones de infraestructura dignas y humanitarias para un efectivo y real cumplimiento del fin perseguido con aquella sanción, pues de lo contrario, ese fin se convierte en una mera ficción.

Ahora bien, un primer análisis de la cuestión, me lleva a sostener que el tratamiento institucional es sencillamente el trato que se les brinda en las distintas instituciones a las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en situación de privación de libertad.

El “buen trato” es un estándar normativo que surge de una lectura integral y sistemática de todo el ordenamiento internacional, nacional y local en materia de infancia y adolescencia. De esta manera, el concepto de “buen trato” -entendido como estándar genérico o marco se encuentra conformado por un catálogo de estándares específicos vinculados a cuestiones tales como: **condiciones edilicias; sistema contra incendio; capacidad del dispositivo y cantidad de alojados; asistencia médica, odontológica, psicológica y psiquiátrica; condiciones de seguridad personal; salubridad; alimentación; régimen de vida (reglamento, derechos y obligaciones); actividades educativas, laborales, recreativas, espacio para el ocio, etc.; suministro de vestimenta; régimen disciplinario; condiciones de comunicación con el medio libre, régimen de visitas y llamadas telefónicas; trato dispensado a los familiares; condiciones laborales del personal; registros y libros del dispositivo; perfil y capacitación del personal.**

Es que no caben dudas al respecto, que los lugares de alojamiento de niñas, niños y adolescentes, tanto como de los jóvenes adultos, deben reunir las condiciones mínimas para una protección integral de sus derechos, pues si nuestra Constitución Nacional -con respecto a los mayores privados de libertad- establece como imperativo legal insoslayable que las cárceles de la nación serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de las personas detenidas en ellas (art. 18); tal exigencia se torna de suma obligatoriedad para el Estado en lo respectivo a la infancia, ya que la Convención sobre los Derechos del Niño que tiene aprobación ratificada por Argentina en 1990 y con jerarquía constitucional desde 1994 (Artículos 31 y 75 inc. 22 de la CN) establece que los niños son sujetos plenos de derechos y que gozan de los mismos derechos que los adultos, más los específicos por su especial condición de personas que están en proceso de crecimiento.

En este sentido, una de las obligaciones que ineludiblemente deben asumir los Estados en su posición de garantes, con el objetivo de proteger y garantizar los derechos a la vida y a la integridad

personal de los niños privados de libertad, es la de procurarles las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención (**Corte IDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 159**). Esta obligación no se limita a las situaciones relacionadas con la violencia al interior de los centros de detención sino que abarca todas las condiciones en las que se desarrolla la privación de libertad. El derecho internacional de los derechos humanos reconoce el derecho de toda persona privada de su libertad a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y la obligación del Estado de garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal (**Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 60**). Esta obligación es igualmente aplicable con respecto a los niños privados de libertad, a quienes los Estados también deben procurarles las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención (**Corte IDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrs. 159 y 164**).

Dada la protección especial a la que tienen derecho los niños a la luz del artículo 19 de la Convención Americana y el artículo VII de la Declaración Americana, esas condiciones mínimas tienen particularidades especiales pues deben permitir el desarrollo de su proyecto de vida. Una de las principales obligaciones de los Estados en relación con las condiciones de privación de libertad se refiere al espacio físico de las instalaciones donde se encuentran reclusos los niños infractores. El espacio físico de los centros de privación de libertad debe asegurar el respeto de la dignidad y la salud de los niños privados de libertad (**Reglas de La Habana, reglas 12, 13 y 87, inc. f.; Reglas de Beijing, regla 27**), además de permitir el desarrollo de las propuestas de intervención de los centros y la formulación y ejecución de planes pedagógicos individualizados. El Comité de los Derechos del Niño se ha referido a este aspecto en los siguientes términos: “El medio físico y los locales para menores deben responder a su finalidad, es decir, la rehabilitación de los menores, teniéndose debidamente en cuenta sus necesidades de intimidad, de estímulos sensoriales y de oportunidades de asociarse con sus compañeros y de participar en actividades deportivas, artísticas y de esparcimiento” (**Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 89**).

En particular, el espacio donde se desarrolla la privación de libertad debe disponer de infraestructura adecuada en lo que se refiere a superficie, ventilación, acceso a la luz natural y artificial, agua potable y servicios e insumos para la higiene. Adicionalmente, los niños privados de libertad deben tener libre acceso a instalaciones sanitarias higiénicas y en condiciones acordes al respeto de su privacidad; deben además poder tomar un baño o ducha diaria, en una temperatura

adecuada para el clima (**Véase European rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures, reglas. 65.2 y 65.3**).

Más aún, el diseño arquitectónico de los centros de detención debe ser adecuado a la propuesta socioeducativa. En este sentido, es fundamental que existan espacios apropiados para el trabajo individual y grupal, así como para el estudio, la recreación y la realización de actividades deportivas, condiciones adecuadas de reposo y para la visita familiar, entre otros. Conforme ha señalado la CIDH, los Estados deben también hacer pública y actualizar periódicamente, la cantidad de plazas disponibles de cada lugar de privación de libertad y la tasa de ocupación real de cada centro, debiéndose prohibir por ley la ocupación de establecimiento por encima del número de plazas establecido (**CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principio XVII**).

Asimismo, los Estados en su función de garante deben “diseñar y aplicar una política penitenciaria de prevención de situaciones críticas” (**Corte IDH, Caso de la Cárcel de Urso Branco, Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de julio de 2004, considerando decimotercero**).

Los centros de privación de libertad de niños deben implementar todas las medidas de seguridad, evacuación y emergencia necesarias para salvaguardar los derechos de los detenidos. Por ejemplo, es necesario que estos centros cuenten con alarmas y extintores de incendio en caso de emergencia, y los guardias deben contar con preparación para enfrentar situaciones que podrían poner en peligro los derechos fundamentales de los internos bajo su custodia (**Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párr. 178**).

Sobre esta base hermenéutica, se observa que, en estrecha relación con la obligación de proveer un espacio físico adecuado para los niños privados de libertad se encuentra la obligación de los Estados de prevenir actos de violencia. Al respecto, debe tomarse en cuenta que: “El hacinamiento y las condiciones miserables, la estigmatización social, la discriminación, así como la deficiente capacitación del personal aumentan el riesgo de violencia. [...] Las consecuencias del confinamiento van más allá de la propia experiencia de la violencia que tienen los niños. Algunas de las consecuencias a largo plazo son los retrasos graves en el desarrollo, la discapacidad, los daños psicológicos graves y el aumento de la tasa de suicidios, así como la reincidencia” (**Informe del Experto Independiente de Naciones Unidas para el Estudio de la Violencia contra los Niños, 29 de agosto de 2006, A/61/299, párr. 54**).

Ahora bien, más allá de la existencia de situaciones concretas de violencia y abuso de la fuerza por parte de los propios funcionarios, el entorno en el que se desarrolla la privación de libertad constituye una forma de violencia estructural, que atenta contra la finalidad del sistema.

que genera aún más deterioro y que perjudica seriamente las posibilidades de integración social de los niños que han sido privados de libertad.

Los esfuerzos de los Estados deben dirigirse a erradicar la violencia, tanto en lo que refiere a evitar situaciones que impliquen directamente una violación de la integridad física de los niños privados de libertad cualquiera sea el autor de la misma, como en lo que implica eliminar la violencia estructural derivada de las condiciones de detención (**Informe del Experto Independiente de Naciones Unidas para el Estudio de la Violencia contra los Niños, 29 de agosto de 2006, A/61/299, párr. 180 y ss.**).

Por otra parte, los planes para prevención de la violencia deben incluir la formación sistemática y continua del personal asignado a la justicia juvenil, especialmente de quienes deben estar en contacto directo con los niños (**Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 40**).

La prohibición expresa de que el personal de los centros de privación de libertad pueda portar o usar armas es una obligación que los Estados deben cumplir de manera irrestricta. Los Estados tienen además la obligación de tomar medidas a los efectos de que en los centros no existan ningún tipo de armas, incluso armas blancas elaboradas por los propios niños privados de libertad, las que deben ser requisadas. A estos efectos los Estados deben usar medios tales como el uso de detectores de metales para evitar el ingreso de armas blancas, de fuego y de fabricación casera que puedan incrementar los hechos de violencia en los centros de detención juvenil (**Véase Corte IDH. Asunto del internado judicial de Monagas (“La Pica”) respecto Venezuela. Medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 3 de julio de 2007**).

Al mismo tiempo, el personal de los centros debe respetar la dignidad de los niños en todos los procedimientos de búsqueda y requisa. Otra de las medidas para prevenir la violencia se relaciona con la obligación de realizar un examen médico inicial a los niños detenidos. A este respecto, la regla 50 de las Reglas de La Habana dispone que: “Todo menor tendrá derecho a ser examinado por un médico inmediatamente después de su ingreso en un centro de menores, con objeto de hacer constar cualquier prueba de malos tratos anteriores y verificar cualquier estado físico o mental que requiera atención médica” (**también véase, CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, principio IX.3**”).

Ahora bien, de lo precedentemente expuesto en aquel fallo, detecto que el paso de los jóvenes que habiendo sido sancionados como menores de edad a un establecimiento carcelario para adultos, no cumple con las mínimas condiciones

exigidas por los estándares especializados en materia de justicia juvenil y ejecución especializada.

La provincia carece de instituciones especializadas que garanticen el trato específico que exigen los estándares de la niñez en conflicto con la ley penal, por ende, todo encierro en un establecimiento para adultos -aun cuando la ley lo permita, siempre y cuando se cumplan con las exigencias legales impuestas lo que tampoco ocurre actualmente en el Servicio Penitenciario provincial- es contrario a esas exigencias específicas.

En efecto, una cárcel es un lugar creado en la actualidad para castigar y no para resocializar y, si nos guiamos de ello, es un lugar a donde nadie (al menos como está pensada su lógica de castigo y no de reinserción) se recupera. Habrá personas que no vuelven a delinquir nunca más y otras que vuelven a recaer en el delito luego de una pena; pero me atrevo a afirmar con seguridad que ninguna de ellas podría expresar que su tránsito por la cárcel fue una experiencia positiva, muy por el contrario, alguna vez una persona privada de libertad que pude conocer durante mis años como secretario de un Juzgado de Ejecución Penal me supo decir (quizás con mucho resentimiento por lo que le hizo la cárcel y lo que esa misma cárcel hizo de él) que “a sus enemigos él no le deseaba la muerte, sino la cárcel”.

Esa frase tan escalofriante, caló tan profundo en mi persona que me hizo pensar una y otra vez que lo peor que hemos creado los seres humanos no solo ha sido la esclavitud y las guerras, sino también la cárcel con efectos devastadores para las personas y, aunque el encierro esté legitimado por la ley, nunca dejará de ser dolor para la persona privada de libertad.

Ahora bien, debo reconocer que no soy un abolicionista pero si alguien que piensa que hay que reducir el derecho penal al mínimo posible, el uso y la aplicabilidad del sistema punitivo en un Estado democrático de derecho y en un sistema republicano de gobierno, debe ser lo más imperceptible que se pueda para lograr sociedades cohesionadas.

Evidentemente, la cárcel y con ella la reinserción social en la mayoría de los países del mundo y en especial el nuestro, es la crónica de un fracaso anunciado.

Por supuesto que si esto ocurre en una cárcel para adultos, entonces, en lo que respecta a las personas menores de edad al momento de la comisión de los hechos delictivos y que luego reciben una sanción que lleve excepcionalmente a la privación de libertad, los fines de un sistema tan especializado y específico dentro de la justicia de ejecución penal juvenil y de la justicia juvenil en general, se verán absolutamente neutralizados; en otras palabras, serán un claro fracaso de antemano.

Tampoco puedo dejar de resaltar que este es un sistema de justicia diferente y con fines diferentes, pues de lo contrario, derivar a los jóvenes que cometieron hechos delictivos en su minoría de edad a un sistema penal de adultos durante el cumplimiento de su sanción por el simple hecho de ser mayor de edad o fijando franjas etarias para poder hacerlo, esto es, a los 18, 21 o 25 años, no tendría razón de ser el sistema de justicia juvenil y sus fines, muy por el contrario, al final de cuentas, el sistema de justicia especializado lo sería solo para la aplicabilidad de la pena y no para su ejecución o solo para una parte de su ejecución, ergo al final, la persona terminará en una cárcel con personas adultas o en secciones separadas de un sistema de encierro pensado para adultos. En verdad, no logro imaginar un sistema penal especializado solo en partes o en tramos de la sanción; o el sistema especializado es aplicable y aplicado durante toda la sanción o no lo es.

Es por ello que no habré de adherir en absoluto al criterio sostenido por el Sr. Fiscal especializado en cuanto a que S., A. J. por ser mayor de edad ya no lo ampara la Convención de los Derechos del Niño; al contrario, la Convención y sus postulados normativos especializados lo ampara en todo momento, aun durante su mayoría de edad y por todo el encierro o privación de libertad, pues el hecho fue cometido como menor de edad y la normativa que debe aplicarse y respetarse es la del régimen especializado siendo la Convención de los Derechos del Niño la principal a observarse.

Y que quede muy en claro que no estoy diciendo que excepcionalmente no pueda existir el encierro de las personas menores de edad punibles porque de ello ya se ha aclarado suficiente por la doctrina y la jurisprudencia especializada cuestión

que comparto en cuanto a que la privación de libertad es posible luego de agotadas todas las alternativas viables y menos gravosas más allá del encierro; no obstante estar esa sanción sujeta a la revisión periódica y a su modificación o supresión cuando se cumplan los objetivos de la pena aun antes de su culminación (art. 58 inc. 4 de la ley provincial 5.544).

Esto que señalo, es lo que el propio Comité de los Derechos del Niño en la Observación General n° 24 relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil del año 2019 ha fijado como eje central de respeto por los estándares normativos específicos y el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia, al afirmar entre sus objetivos y alcances que “En las pocas situaciones en las que la privación de libertad se justifique como último recurso, garantizando que se aplique únicamente a niños de mayor edad y esté estrictamente limitada en el tiempo y sujeta a revisión periódica” (considerando 6, apartado “v”).

De mismo modo, establece categóricamente el instrumento internacional de aplicación obligatoria para la justicia juvenil que “El Comité encomia a los Estados partes que permiten la aplicación del sistema de justicia juvenil a las personas de 18 años o más, ya sea como norma general o a título excepcional. Este enfoque está en consonancia con las pruebas obtenidas en los ámbitos del desarrollo y la neurociencia, que demuestran que el desarrollo cerebral continúa en los primeros años tras cumplir los 20” (considerando 32); para igualmente establecer que “El Comité recomienda que los niños que cumplan 18 años antes de completar un programa de medidas extrajudiciales o bien una medida no privativa de la libertad o **privativa de la libertad puedan finalizar el programa, la medida o la sentencia, y no sean enviados a centros para adultos**” (considerando 35).

Finalmente, la Observación indica que “Todo niño privado de libertad debe ser separado de los adultos, también en las celdas de la policía. Un niño privado de libertad no debe ser internado en un centro o una prisión para adultos, ya que existen abundantes pruebas de que esto pone en peligro su salud y su seguridad básica, así como su capacidad futura para mantenerse al margen de la delincuencia y reintegrarse. La excepción al respecto contemplada en el artículo 37 c) de la Convención, en el sentido de que la separación deberá efectuarse “a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”, debe interpretarse de manera restrictiva, y la conveniencia de los Estados partes no debe primar sobre el interés superior. Los Estados partes deben establecer instalaciones separadas para los niños

privados de libertad que cuenten con personal debidamente capacitado y que funcionen de conformidad con políticas y prácticas que respondan a las necesidades de los niños” (considerando 92); “Esta norma no significa que una persona internada en un centro para niños deba ser trasladada a una institución para adultos inmediatamente después de cumplir 18 años, sino que debería poder permanecer en dicho centro si ello redunda en su interés superior y no atenta contra el interés superior de los niños internados en el centro” (considerando 93).

Evidentemente, la situación actual de los jóvenes privados de libertad en el Servicio Penitenciario provincial en un pabellón o sección separada no cumple con los estándares fijados por la normativa internacional, nacional y provincial de los derechos de la infancia; por lo que el joven S., A. J. deberá permanecer en prisión domiciliaria bajo monitoreo electrónico como lo viene realizando desde la aplicación de la sanción y hasta tanto el Estado disponga de un establecimiento especializado para el cumplimiento de las sanciones privativas de libertad definitivas de jóvenes menores de edad al momento de la comisión de delitos; debiendo procederse al traslado inmediato a sus respectivos domicilios de aquellos jóvenes que cometieron delitos siendo menores de edad y que lo hacen alojados en el establecimiento penitenciario provincial para que queden bajo monitoreo electrónico y custodia especializada dependiendo de la gravedad del caso y bajo tratamiento especializado por parte del Ministerio de Desarrollo Social y de Seguridad de la provincia.

Por todo lo expuesto;

RESUELVO:

I. MANTENER LA PRISIÓN DOMICILIARIA BAJO MONITOREO ELECTRÓNICO del joven S., A. J. que fuera ordenada oportunamente mediante sentencia definitiva número treinta y seis (36) de fecha 6 de septiembre del año 2021, hasta tanto el Estado disponga de un establecimiento especializado para el cumplimiento de las sanciones privativas de libertad definitivas de jóvenes menores de edad al momento de la comisión de delitos conforme lo exigen los estándares de derechos humanos específicos de la infancia que fueron precedentemente referenciados.

II. INFORMAR al Estado provincial a través del Ministerio de Desarrollo Social y al Ministerio de Seguridad de la provincia por ser autoridades de ejecución penal especializada (art. 107 de la ley 5.544) que en el plazo improrrogable de SEÍIS (6) meses a contar desde la notificación de esta sentencia, **DEBERÁN** crear o adecuar una institución especializada en todos sus aspectos, incluso, con personal especializado para jóvenes en conflicto con la ley penal sancionados excepcionalmente y como medida de último recurso a pena privativa de la libertad firme que reúna como piso mínimo todos los estándares exigidos por la Observación General n° 24 y que a continuación transcribo: **“El Comité destaca que, en todos los casos de privación de libertad, han de observarse, entre otros, los siguientes principios y normas:**

- a) No se permite la detención en régimen de incomunicación de los menores de 18 años;
- b) Se debe proporcionar a los niños un entorno físico y un alojamiento que les permita alcanzar los objetivos de reintegración que tiene el internamiento. Se debe prestar la debida atención a sus necesidades de privacidad, de estímulos sensoriales y de oportunidades para asociarse con sus iguales y participar en deportes, ejercicio físico, artes y actividades de ocio;
- c) Todo niño tiene derecho a una educación adaptada a sus necesidades y capacidades, también en lo que respecta a la realización de exámenes, y concebida con el fin de prepararlo para su regreso a la sociedad; además, siempre que sea posible, debe recibir formación profesional que lo prepare para ejercer un empleo en el futuro;
- d) Todo niño tiene derecho a ser examinado por un médico o un profesional de la atención de la salud tras su ingreso en un centro de detención y debe recibir una atención de la salud física y psíquica adecuada durante su estancia en el centro, prestada, cuando sea posible, en los servicios e instalaciones sanitarios de la comunidad;
- e) El personal del centro debe fomentar y facilitar contactos frecuentes del niño con la comunidad en general, incluidas las comunicaciones con sus familiares, amigos y otras personas, como representantes de organizaciones prestigiosas del exterior, y la posibilidad de visitar su hogar y a su familia. No se debe imponer ninguna restricción a la posibilidad de que el niño se comunique confidencialmente y en cualquier momento con su abogado u otro asistente;
- f) Se recurrirá a la coerción o a la fuerza únicamente cuando exista el peligro inminente de que el niño se lesione o lesione a otros, y únicamente cuando se hayan agotado todos los demás medios de control. La coerción no debe usarse para asegurar la docilidad y nunca debe implicar que se inflija dolor deliberadamente. Nunca se utilizará como forma de castigo. El uso de la coerción o de la fuerza, incluidos los medios de coerción físicos, mecánicos y médicos o farmacéuticos, deberá ser

objeto de una supervisión estrecha, directa y permanente a cargo de un médico y/o un psicólogo. Deberá formarse al personal del centro sobre las normas aplicables y se sancionará adecuadamente a quienes que hagan uso de la coerción o la fuerza incumpliendo esas normas. Los Estados deben registrar, vigilar y evaluar todos los casos de coerción o uso de la fuerza y asegurarse de que se reduzcan al mínimo;

g) Toda medida disciplinaria debe ser compatible con el respeto de la dignidad inherente del niño y con los objetivos fundamentales del tratamiento institucional. Deben prohibirse estrictamente las medidas disciplinarias que infrinjan el artículo 37 de la Convención, como los castigos corporales, el encierro en una celda oscura, el régimen de aislamiento o cualquier otro tipo de castigo que pueda poner en peligro la salud física o mental o el bienestar del niño de que se trate, y las medidas disciplinarias no deben privar a los niños de sus derechos básicos, como las visitas de un representante legal, el contacto con la familia, la alimentación, el agua, el vestido, la ropa de cama, la educación, el ejercicio físico o un contacto diario significativo con otras personas;

h) La reclusión en régimen de aislamiento no debe aplicarse a un niño. Toda separación del niño respecto de los demás debe ser lo más breve posible y utilizarse únicamente como medida de último recurso para proteger a dicho niño o a los otros. Cuando se considere necesario mantener separado a un niño, debe hacerse en presencia o bajo la estrecha supervisión de un miembro del personal debidamente capacitado, y deben registrarse los motivos y la duración;

i) Todo niño tendrá derecho a dirigir, sin censura en cuanto al fondo, peticiones o quejas a la administración central, a la autoridad judicial o a cualquier otra autoridad competente e independiente, y a ser informado sin demora de la respuesta. Los niños necesitan conocer sus derechos y los mecanismos de solicitud y denuncia, y tener fácil acceso a estos;

j) Deberá facultarse a inspectores independientes y cualificados para que efectúen visitas periódicas y las hagan por propia iniciativa sin previo aviso; dichos inspectores deberán hacer especial hincapié en mantener conversaciones confidenciales con los niños en los centros;

k) Los Estados partes deben velar por que no existan incentivos para privar a los niños de su libertad ni posibilidades de corrupción en relación con el acogimiento, el suministro de bienes y servicios o el contacto con la familia” (considerando 92).

III. DISPONER el traslado inmediato de los dos jóvenes que se encuentran alojados en el Servicio Penitenciario provincial a disposición de este tribunal a los domicilios que -previo informe del personal del establecimiento carcelario para verificar su aptitud para su respectivo monitoreo electrónico a través del dispositivo que se les aplicará-, se encuentren aptos para su alojamiento hasta tanto el Estado disponga de un establecimiento especializado para el cumplimiento de las sanciones

privativas de libertad definitivas de jóvenes menores de edad al momento de la comisión de delitos y bajo tratamiento especializado por parte del Ministerio de Desarrollo Social y de Seguridad de la provincia que deberá ser informado a este tribunal cada treinta (30) días; quedando ambos jóvenes a su vez, bajo vigilancia o custodia de seguridad permanente por parte de personal penitenciario en sus respectivos domicilios hasta nueva disposición judicial.

IV. REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE Y EJECÚTESE CON LA URGENCIA DEL CASO.

FIRMADO: Rodrigo Morabito. Juez de Cámara de Responsabilidad Penal Juvenil de Catamarca.-