

REG: 39

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, a los 11 días del mes de febrero de dos mil veintiuno se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces de la Sala V del Tribunal de Casación Penal, integrada al efecto por los doctores **Daniel Carral** y **Ricardo Borinsky**, para resolver en la presente causa **N°105.595** caratulada “**M. R. Y. S/ RECURSO DE CASACIÓN**”.

Practicado el sorteo de ley, resultó en la votación que debía observarse el siguiente orden: **CARRAL – BORINSKY**.

ANTECEDENTES

I. La Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial San Martín -en el marco del legajo N°29032 correspondiente a la IPP N°15-00-12094-19/00 y 10-00-012094-19/00- hizo lugar al recurso de apelación deducido por el Agente Fiscal y revocó el auto dictado por el Juzgado de Responsabilidad Juvenil N°1 local que dispuso la detención domiciliaria del joven R.M.

II. Contra el fallo de referencia, la Defensora ad-hoc, Romina Mateo interpuso recurso de casación (v. fs. 6/10 y vta.). Estima que la resolución de la Sala I se encuentra desvinculada del fuero de Responsabilidad Juvenil y no tuvo en cuenta la situación de salud de su asistido como tampoco la evolución institucional del joven. Al respecto, reseña el informe de las licenciadas Daulte y Barassi quienes sugirieron la inmediata restitución de M. al hogar familiar.

III. Asignado por sorteo de Presidencia el recurso a la Sala V, se notificó a las partes (fs. 3 y sigs.); y recibida la impugnación en la Sala con fecha 23 de diciembre de 2020, el Tribunal se encuentra en condiciones de resolver, por lo que se plantean y votan la siguiente

CUESTIONES:

Primera: ¿Es admisible, y en su caso, procedente el recurso interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la **primera cuestión**, el señor juez doctor **Carral**, dijo:

I. En el caso de autos, la decisión de la Cámara ha sido la primera adversa a los intereses de M., de modo que esta instancia es la que asegura en la especie el derecho a la revisión de lo resuelto por un tribunal superior (arts. 8.2.h CADH; 14.5 PIDCyP). Corresponde, entonces, el tratamiento de los agravios de la impugnante en su recurso de casación.

II. El 14 de mayo de 2020 la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías revocó la detención domiciliaria de R.M.. Señaló que, luego de dictarse el auto de responsabilidad, el Juzgado de Responsabilidad Juvenil procedió a revisar la medida de privación de libertad que M. estaba cumpliendo y le otorgó la detención domiciliaria. Estimó que no resultó acreditado que M. resultara ser un paciente de riesgo ante un posible contagio de Covid-19 por la patología que presentaba (cardiopatía congénita y estenosis pulmonar). Agregó que tampoco se informó que el joven necesitara algún tipo de atención médica durante el encierro ni que su situación se hubiera agravado por la situación sanitaria. Concluyó que la situación de M no encontraba abrigo en lo dispuesto por el art. 10 del CP. Conforme surge de la consulta electrónica de la causa N°1444 radicada por sistema Augusta ante esta Sala- con fecha 10 de septiembre, el Juzgado de Responsabilidad Juvenil interviniente dispuso la libertad asistida del joven M., decisión que -con fecha 26 de octubre- fue revocada por la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías de San Martín. La Alzada fundamentó su decisión en la prohibición que contiene el art. 14 del CP (texto según ley 27.375) de otorgar la libertad condicional a quienes resulten condenados por el delito previsto en el art. 166 inciso segundo, segundo párrafo del código de fondo. Dijo que si M. no puede acceder a la libertad condicional menos aún podría concedérsele la libertad asistida conforme lo establecen los arts. 54 y 56 de la ley 24.660 y 104 de la ley 12.256.

También consta que, contra dicha resolución, la Defensora del joven interpuso recurso de casación. El 12 de noviembre, el Juzgado de Responsabilidad Juvenil N°1 resolvió no hacer lugar al pedido de detención incoado por el Ministerio Público Fiscal, disposición que le fue notificada. Para así resolver, el juzgador tuvo en cuenta, por un lado, que el joven resultó víctima de abuso sexual mientras permaneció detenido en el Centro Cerrado

de Dolores, circunstancia que motivó el dictado de una medida morigeratoria. Asimismo, consideró la evolución de M. desde que le fue otorgada la libertad asistida el 10 de septiembre de 2020.

Destacó que el joven se encontraba transitando un proceso positivo de evolución con la intervención y el seguimiento realizado por el CESOC de San Martín y tratamiento psicológico, sumados los controles realizados por el personal policial en su domicilio y vía telefónica por la sede judicial.

III. Adelanto que el recurso de casación habrá de merecer una acogida favorable, para lo cual, estimo pertinente reiterar ciertas cuestiones fundamentales.

El art. 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 31 y 75 inc. 22° C.N.), establece el principio de especialidad en materia penal infantojuvenil, en los siguientes términos: *“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes”*.

Explicando esta cuestión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el famoso precedente *“Maldonado”* (Fallos), con cita del párr. 54 de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *“Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”*, destacó que:

“los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, [pero] no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos”.

“En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado –como aquel elaborado por la doctrina de la ‘situación irregular’- de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo”.

“En suma, 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, de la sociedad y el Estado...” (consid. 32°).

A nivel provincial, el legislador bonaerense, mediante el dictado la ley 13.634, reconociendo “*a los niños los mismos derechos, deberes y garantías que a los adultos, y por su particular condición de ser personas en desarrollo, se les conceden derechos y garantías especiales,...*” (v. Fundamentos de la ley 13.634), ha dado plena vigencia a este principio.

Ello lleva a que las normas especiales del fuero penal juvenil tengan prioridad de aplicación por sobre las subsidiarias provenientes del fuero de adultos (arts. 1 y 85, ley 13.634). En concreto, es aplicable la ley 11.922 en tanto no resulte modificada por la ley específica (art. 1), y en materia de “*ejecución de penas o de medidas impuestas a los procesados, [la legislación provincial se aplicará subsidiariamente] en la medida que no restrinja los derechos reconocidos por la... ley*” 13.634 (art. 85).

Sentado ello, de conformidad con el art. 79 de la ley 13.634, la libertad asistida “*consiste en otorgar la libertad del niño, quien asistirá a programas educativos, de orientación y de seguimiento. El Juez o Tribunal designará a una persona capacitada para acompañar el caso, la cual podrá ser recomendada por los Servicios Locales de Protección, ya sea por entidad o programa de atención*”.

“*La libertad asistida será fijada por un plazo mínimo de seis (6) meses y máximo de doce (12), pudiendo ser interrumpida, prorrogada o revocada en cualquier tiempo o sustituida por otra medida, previa consulta al orientador, al agente Fiscal y al Defensor*”.

El texto no hace mención alguna a un recaudo temporal como acierta en indicar el *a quo*, pero no significa ello que deba ser aplicado analógicamente el previsto para el art. 104 de la ley 12.256, cuando ello puede restringir derechos reconocidos a los jóvenes en la ley especial 13.634.

Repárese incluso que el régimen de semilibertad establecido como tránsito hacia la completa libertad por el art. 80 de la ley penal juvenil, tampoco exige un tiempo determinado de prisión efectiva del joven o el recorrido gradual de instancias de tratamiento. Ello tiene sus razones: -En materia de privación de la libertad de niños, niñas y jóvenes, la ley provincial 13.634 expresa con claridad los lineamientos que habrán de seguirse en su art. 7: “*la internación y cualquier otra medida que signifique el alojamiento del niño en una institución pública, semipública o privada, cualquiera sea el nombre que se le asigne a tal*

medida y aún cuando sea provisional, tendrá carácter excepcional y será aplicada como medida de último recurso, por el tiempo más breve posible y debidamente fundada”. -A su vez, el art. 36 inc. 4 lo complementa disponiendo “que la privación de libertad sea sólo una medida de último recurso y que sea aplicada por el período más breve posible, debiendo cumplirse en instituciones específicas para niños, separadas de las de los adultos, a cargo de personal especialmente capacitado teniendo en cuenta las necesidades de su edad”.

De esta manera, al decidirse una privación de la libertad de un niño o niña, deberán agotarse previamente todas las medidas que permitan arribar al cumplimiento de las finalidades precautorias o de reintegración social que se pretenden (art. 40.1 y 4 C.D.N.), según se trate de una medida precautoria previa al dictado de una sentencia condenatoria o se trate de una pena.

En casos excepcionales y sólo cuando resulte imposible el empleo de una medida alternativa al internamiento en una institución de encierro, como último recurso, puede el Magistrado del fuero especializado disponer este tipo de medidas restrictivas por el tiempo más breve posible (art. 37.b) C.D.N.; reglas 13 y 17 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores). Para el eficaz cumplimiento de esta manda, el Juez debe ejercer un control regular, profundo y periódico del modo de cumplimiento de cada medida privativa de la libertad, del ámbito en el que se lleva a cabo, de la situación del niño o niña que la padece y de las consecuencias que en él o ella refleja la medida y la forma en que se desarrolla. Ello así, puesto que el sistema de justicia juvenil, debe hacer hincapié en el bienestar de los jóvenes y brindar siempre una respuesta proporcionada en consideración al ilícito cometido y a la persona de su ejecutor (regla 5 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores). La labor del juez tiene siempre la guía impuesta por el interés superior del niño (art. 3 C.D.N.; Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10 (2007), “Los derechos del niño en la justicia de menores”, párr.10)), lo cual determina que las medidas cautelares o penales impuestas a los jóvenes sean eminentemente modificables y sustituibles considerando el bienestar del niño, el desarrollo del proceso de reintegración social y la asunción de una función constructiva en la sociedad (art. 40.1, CDN).

Este es el sentido que poseen las medidas de libertad anticipada, como

la libertad asistida del art. 79 de la ley 13.634, y la razón por la cual carecen de un requisito temporal que la Cámara tomó de la ley de ejecución penal para adultos. Lo señalado más arriba tiene reflejo en la ley penal juvenil que dispone la mutabilidad de las medidas impuestas al joven (art. 71) o aún su cese anticipado, es decir, sin llegar a su cumplimiento pleno, cuando sus objetivos se hubieran cumplido (art. 84). De allí que la necesaria discrecionalidad que reclama la materia para el logro de sus fines (regla 6 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores) pone de relieve la innecesidad de fijar un tiempo determinado de prisión efectiva para acceder a una liberación previa al cumplimiento completo de la sanción penal.

Entonces, el derecho del joven a que la privación de la libertad sea por el menor tiempo posible en consideración al interés superior del joven y a su reintegración al seno social, resulta conculcado cuando se integra la norma específica del art. 79 de la ley 13.634 con una exigencia de la ley de ejecución penal de adultos que no se corresponde con los fines y objetivos del sistema de protección integral del niño vigente en nuestro territorio provincial a través de las Cartas Magnas nacional y provincial, la Convención de los Derechos del Niño, y la normativa provincial citada.

Por consiguiente, habiendo cumplido el Tribunal de Responsabilidad Juvenil con las exigencias del art. 79 de la ley 13.634 al dictar la resolución que dispuso la libertad asistida de R.M., corresponde casar el auto recurrido recuperando vigencia el que fuera revocado por la Sala I de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial San Martín.

En tal inteligencia, con los alcances indicados en los acápites que anteceden, a esta primera cuestión **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

A la **primera cuestión** el señor juez **doctor Borinsky** dijo: Discrecionalidad a un lado, adhiero en lo demás expresado por el doctor Carral, y a esta cuestión **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

A la **segunda cuestión** el señor juez **doctor Carral** dijo:

En atención al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente corresponde casar la resolución en crisis y mantener la vigencia del auto dictado por el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil por el cual se otorga la libertad asistida a R.M, sin costas en esta Sede (arts.

18 y 75 inc. 22, Cons. nac.; 8.2.h, CADH; 20 inc. 1º, 421, 433, 448, 450, 451, 454 inc. 4º, 456, 460, 530, 532 y conchs., CPP).

Así lo voto.

A la **segunda cuestión** el señor juez **doctor Borinsky** dijo:

Voto en igual sentido que el doctor Carral, por sus fundamentos.

Así lo voto.

Por lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente

SENTENCIA

CASAR la resolución en crisis y mantener la vigencia del auto dictado por el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil por el cual se otorga la libertad asistida a M.H, sin costas en esta Sede (arts. 18 y 75 inc. 22, Cons. nac.; 8.2.h, CADH; 20 inc. 1º, 421, 433, 448, 450, 451, 454 inc. 4º, 456, 460, 530, 532 y conchs., CPP).

Regístrese, notifíquese y remítase a la Mesa Única General de Entradas para su devolución a origen.

GS

FIRMADO: DANIEL CARRAL - RICARDO BORINSKY. JUECES

ANTE MÍ: MARÍA ESPADA. SECRETARIO