

Condena Delito Cometido Por Menor De 18 Anos Centro Cerrado De Detencion Para Jovenes Traslado A Servicio Penitenciario Federal

JURISPRUDENCIA

Condena. Delito cometido por menor de 18 años. Centro cerrado de

detención para jóvenes. Traslado a Servicio Penitenciario Federal Se hace lugar al recurso de casación y se ordena el inmediato cese del alojamiento del condenado en una unidad dependiente del Servicio Penitenciario Federal, debiendo decidir el Tribunal Oral de Menores sobre la situación del joven, conforme el marco normativo que rige su situación, teniendo en cuenta que en la actualidad se encuentra cumpliendo prisión preventiva en un centro cerrado de detención para jóvenes. Buenos aires, 1 de julio de 2019. Para resolver en el presente legajo de casación n° 64719/2018/TO1/4/1, caratulado 'S., I. D. F. s/ Legajo de casación?', del que RESULTA: I. Que, el Tribunal Oral de Menores n° 1 de esta ciudad, con fecha 23 de abril de 2019 resolvió condenar a I. D. F. S. a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas por los delitos por los que fue declarado responsable en las causas n° 9419, 9662 y 9482 del registro de ese tribunal. Asimismo, por mayoría no se hizo lugar a la permanencia del nombrado S. en el Centro Socioeducativo de Régimen Cerrado 'Dr. Manuel Belgrano' solicitada por la defensa y, en consecuencia, se ordenó su traslado a la unidad del Servicio Penitenciario Federal que corresponda por su edad y perfil criminológico. II. Contra esa resolución la defensa interpuso recurso de casación y la Sala de Turno de esta Cámara desdobló el trámite de los agravios; a los vinculados a la sentencia de condena le asignó el trámite previsto en el art. 465, CPPN, mientras que le asignó el trámite del art. 465 bis, al agravio contra el punto VII de la sentencia referido a la orden de traslado a una unidad penitenciaria. III. Con fecha 27 de junio de 2019, se celebró la audiencia prevista por el art. 454 en función del 465 bis, del Código Procesal Penal de la Nación, a la que compareció el defensor oficial de lo que se dejó constancia en el expediente. V. Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizada la audiencia, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer. Y CONSIDERANDO: El señor juez Pablo Jantus dijo: I) En su recurso, la defensa se agravio por entender que '(...) el traslado intempestivo de S. al Complejo Penitenciario de Jóvenes Adultos, implicó un agravamiento de las condiciones de detención (...) Además del impacto que provoca en un joven de 18 años el cambio de un régimen cerrado en un instituto de menores al existente en una unidad carcelaria de alta seguridad del servicio penitenciario federal, al agravamiento de las condiciones en las que se encontraba. Ello así, por cuanto dicho traslado implicó el abandono de sus estudios, de los distintos talleres que se encontraba realizando, y del tratamiento psicológico que estaba llevando a cabo. Actualmente se encuentra alojado en el sector de ingresos del Complejo Penitenciario de Jóvenes Adultos, en el pabellón 'E', y hasta el momento no se le ha asignado actividad alguna, ni estudio, trabajo o talleres (...)'. Para ordenar el traslado impugnado, los jueces que integraron en la resolución cuestionada, sostuvieron que dentro de una unidad del Servicio Penitenciario Federal, S. podría cumplir con todos los requisitos que establece la Ley n° 24.660, respecto de las personas mayores de 18 años de edad que deben cumplir una pena privativa de la libertad. En este sentido, los jueces destacaron que '(...) los informes que usualmente confecciona el Centro de Régimen Cerrado 'Manuel Belgrano', no satisfacen los requisitos que taxativamente exige la ley 24.660 y sus decretos reglamentarios. Además de que el contenido de éstos no resulta ajustado a las normas señaladas, debe destacarse que el establecimiento de mención tampoco cuenta con un Servicio Criminológico y Consejo Correccional integrado como lo exige la norma aludida, con lo que, más allá de las buenas intenciones de los profesionales que elaboran los informes de evolución, ello no resulta suficiente para colegir que se cumple con el tratamiento y las disposiciones que integran la ley de ejecución privativa de la libertad tanto en lo formal como en lo material (...)'. También destacaron que '(...) cabe resaltar que dicha decisión no se aparta de las normas que conforman el llamado 'Régimen Penal Juvenil', sino que, por el contrario, encuentran también su fundamento en estas, conforme la normativa específica (...)'. añadiendo en este sentido que: '...la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 37, trata sobre la privación de la libertad y los requisitos que se deben observar para el cumplimiento de la detención preventiva o la pena privativa de la libertad; como para este instrumento internacional 'niño' es todo ser humano menor de 18 años, cabe colegir que a partir de esa edad deben ser considerados jóvenes adultos...'. Luego de citar en la resolución las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos, la mayoría del tribunal reconoce que en la órbita de la Dirección General de Responsabilidad Penal Juvenil perteneciente al Consejo de derechos de niñas, niños y adolescentes del gobierno de la CABA, se han dispuesto medidas para que, una vez que el joven alcanza la mayoría de edad y si existen elementos para que permanezca privado de su libertad, sea trasladado al instituto Belgrano, que ha sido asignado para las personas de esa franja etaria. Dijo el tribunal que, sin embargo, también aloja la institución menores de 18 años lo que encontró un obstáculo para albergar mayores de esa edad; en otras palabras, por considerar el tribunal que en el instituto hay menores de 18 años, entendió que los mayores no pueden permanecer en

ese lugar porque resultaría una medida violatoria de los derechos de los de menor edad. Culmina el tribunal señalando que: "Si efectivamente los jóvenes que cumplen la mayoría legal de edad, son separados de aquellos que cuentan con menos de dieciocho años de edad, en nada cambia que sean derivados a un establecimiento del Servicio Penitenciario Federal destinado a jóvenes adultos, cuando ha quedado demostrado que cuenta con mayores herramientas y recursos que los previstos por aquella dependencia...?" aduciendo que por imperio del art. 197 de la ley 24.660 se pondrá empeño en la unidad carcelaria en la enseñanza obligatoria, en la capacitación profesional y en el mantenimiento de vínculos familiares. Por ello afirmaron que: "...en el ámbito penitenciario existen unidades que, además de respetar la franja etaria de dieciocho a veintiún años de edad, cumplen con las pautas exigidas por la ley de ejecución penal, en cuanto al tratamiento que los internos deben recibir en miras a su resocialización, y la opinión de un cuerpo interdisciplinario que dictamina acerca del perfil criminológico de la persona detenida y el avance en el régimen progresivo del tratamiento penitenciario...?".

II) Dada la especificidad de la materia a tratar, considero necesario, antes de examinar la situación del joven S., efectuar un somero repaso de las normas que juegan en el derecho penal juvenil, ya que de ese análisis surgirá claramente la solución del caso. Al carecer de un contenido preciso los arts. 3 y 4 de la ley 22.278, que define el modo como resolver la situación de los menores que imputados de haber cometido delitos antes de cumplir los dieciocho años de edad, únicamente es viable sostener su constitucionalidad si se los interpreta dentro del marco delineado por las prescripciones de los Tratados Internacionales incorporados con superior jerarquía al art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, especialmente, con la Convención sobre los Derechos del Niño, las "Reglas de Beijing" y las "Reglas para la Protección de Menores Privados de Libertad" que resultan ser los instrumentos atinentes en la órbita del Derecho Penal de Menores. En este sentido, tanto de esos instrumentos internacionales, de la opinión de la doctrina que recepta en el derecho interno de distintos países los mandatos de la Convención del Niño, como de los pronunciamientos emitidos por los órganos instaurados por los propios tratados para el control de su cumplimiento (caso "Villagrán Morales y otros"; Opinión Consultiva OC17/02 de 28 de agosto de 2002; casos "Bulacio vs. Argentina?" y "Mendoza vs. Argentina?" de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos; y en lo que se refiere al Comité del Niño, especialmente las Observaciones Generales n° 10, 12 y 14) surge que es deber de los Estados velar por el fiel acatamiento a las obligaciones asumidas en los señalados tratados sobre derechos humanos; que especial consideración merece la Convención sobre los Derechos del Niño, por las particulares circunstancias que se transitan en la niñez y adolescencia sobre todo por la vulnerabilidad que se evidencia entre las personas de esta franja etaria por su inmadurez psicofísica y que, por ende, ha de prestarse especial atención a la aplicación en el derecho interno de estas convenciones. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la primer sentencia del Máximo Tribunal en la materia, es expidió en la causa "M. 1022. XXXIX - "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado", resuelta el 7 de diciembre de 2005, señalando a través del voto de la mayoría, respecto de los fines del proceso y del marco normativo en que juega actualmente el sistema penal juvenil, que: "23) Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 31, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial?". "Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento?". "33) 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).". "34) Que, consecuentemente, en la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resulten de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores.". En el sentido expuesto, por último, no puede pasarse por alto que el Comité del Niño, en la Observación General n° 10, ha señalado, en lo que respecta a la privación de libertad de los menores involucrados en causas penales que: "79. Los principios fundamentales relativos a la privación

de libertad son los siguientes: a) la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; y b) ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente.?

780. El Comité observa con preocupación que, en muchos países, hay menores que languidecen durante meses o incluso años en prisión preventiva, lo que constituye una grave vulneración del apartado b) del artículo 37 de la Convención. Los Estados Partes deben contemplar un conjunto de alternativas eficaces (véase capítulo IV, sec. B supra) para dar cumplimiento a la obligación que les incumbe en virtud de esa disposición de utilizar la privación de libertad tan sólo como medida de último recurso. La adopción de las mencionadas alternativas deberá estructurarse cuidadosamente para reducir también el recurso a la prisión preventiva, y no "ampliar la red" de menores condenados. Además, los Estados Partes deberán adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para limitar la utilización de la prisión preventiva. El hecho de utilizar esta medida como castigo atenta contra la presunción de inocencia. La legislación debe establecer claramente las condiciones requeridas para determinar si el menor debe ingresar o permanecer en prisión preventiva, especialmente con el fin de garantizar su comparecencia ante el tribunal, y si el menor constituye un peligro inmediato para sí mismo o para los demás. La duración de la prisión preventiva debe estar limitada por ley y ser objeto de examen periódico.?

Asimismo, debe ponerse de resalto que, en la Observación General n° 14, relativa a la interpretación del concepto del interés superior del niño, prescripto en el art. 3 de la Convención del Niño, además de señalar, en su apartado sexto, que el concepto aludido constituye a la vez un principio jurídico interpretativo, un derecho sustantivo que merece por parte de los operadores del sistema una ?consideración primordial? y una norma de procedimiento, ponen de resalto que, con relación a todas las decisiones que se tomen con relación a los sujetos alcanzados por la convención que:

797. A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular. En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones. Es preciso tener en cuenta las circunstancias en que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial (véase más arriba el párrafo 38).?

Según mi punto de vista, en definitiva, teniendo en cuenta el marco normativo expuesto precedentemente, para decidir sobre las medidas de coerción personal que pueden imponerse a las personas que han cometido delitos antes de cumplir los dieciocho años de edad, deben tenerse en cuenta los siguientes parámetros: 1) En los casos de delitos leves, dado que la base del sistema de menores es el de adultos, en cuanto a tutela de derechos, los jóvenes deben tener, al menos, igual tratamiento que los mayores, de manera tal que corresponde ordenar la libertad si, ante la misma situación, una persona mayor hubiese estado excarcelada. 2) En los casos de delitos graves, o en los supuestos de reiteración de imputaciones por ilícitos para los que se prevé una sanción menor, respecto de los cuales no resultaría probable que se otorgase la excarcelación a una persona mayor, conforme a las normas del Código Procesal Penal, a la hora de decidir la externación de un menor, o el otorgamiento de un régimen de licencias, la opinión del equipo técnico tratante o de otros especialistas a los que se acuda en caso necesario constituye una fuente insustituible para definir cuál es el mejor camino que permita dar efectiva vigencia al art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. 3) En esa tarea no rigen los parámetros de proporcionalidad que sí imperan en el sistema de mayores y que, la gravedad del hecho, no puede tener una incidencia primordial para definir la medida cautelar más adecuada. La correcta aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y, por ende, de la Constitución Nacional, exige, de tal forma, que se comprenda que el menor es un sujeto de derechos al que se le ha reconocido (entre otros) el derecho a la libertad ambulatoria y que este derecho sólo puede ser restringido legalmente si se dan las condiciones demarcadas por la citada convención y, en la medida que sea compatible con el derecho de superior jerarquía, por la legislación interna. Asimismo, que por las particulares características de las personas menores de 18 años, el sistema jurídico de menores debe constituir un plus por sobre el sistema de adultos, de manera tal que un joven sometido a proceso no puede recibir un trato más gravoso del que tendría si hubiese cumplido los 18 años y que, en toda decisión, debe haber una consideración clara y motivada de que se ha tomado en cuenta el interés superior del joven, de acuerdo a las circunstancias de cada caso en concreto.

III) a) En el caso de autos en el que además de la necesidad de la prisión preventiva se ha puesto en duda la perduración del sistema de protección para menores de 18 años diseñado convencionalmente, luego de que

los jóvenes cumplen esa edad, para delitos que habrían sido cometidos con anterioridad, así como el lugar donde deben cumplir la prisión preventiva en esas circunstancias y, aun, cómo debe ser el régimen de ejecución de la eventual condena, estimo necesario recordar los siguientes párrafos de la citada observación general 10 y de las Reglas de Naciones Unidas para menores privados de su libertad, que no fueron consideradas en la resolución cuestionada. En este aspecto, el Comité del Niño ha expresado: ?36. El Comité también desea señalar a la atención de los Estados Partes el límite de edad superior para la aplicación de las normas de la justicia de menores. Esas normas, que son especiales tanto por lo que respecta al procedimiento como a la remisión de casos y la adopción de medidas especiales, deberán aplicarse, a partir de la EMRP establecida en el país, a todos los niños que, en el momento de la presunta comisión de un delito (o acto punible de acuerdo con la legislación penal), no hayan cumplido aún 18 años.? ?37. El Comité desea recordar a los Estados Partes que han reconocido el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de acuerdo con las disposiciones del artículo 40 de la Convención. Esto significa que toda persona menor de 18 años en el momento de la presunta comisión de un delito debe recibir un trato conforme a las normas de la justicia de menores.? ?38. Por lo tanto, el Comité recomienda a los Estados Partes que limitan la aplicabilidad de las normas de la justicia de menores a los niños menores de 16 años, o que permiten, a título de excepción, que los niños de 16 ó 17 años sean tratados como delincuentes adultos, que modifiquen sus leyes con miras a lograr la plena aplicación, sin discriminación alguna, de sus normas de justicia de menores a todas las personas menores de 18 años. El Comité observa con reconocimiento que algunos Estados Partes permiten 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.? ?85. Todo niño privado de libertad estará separado de los adultos. No se privará a un menor de libertad en una prisión u otro centro de adultos. Hay muchas pruebas de que el internamiento de niños en prisiones u otros centro de detención de adultos pone en peligro tanto su seguridad básica y bienestar como su capacidad futura de no reincidencia y de reintegración social. La excepción contemplada en el párrafo c) del artículo 37 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; la alusión al interés superior del niño no se refiere a lo que sea conveniente para los Estados Partes. Éstos deberán crear centros separados para los menores privados de libertad, dotados de personal especializado y en los que se apliquen políticas y prácticas especiales en favor de los menores.? ?86. Esta norma no significa que un niño internado en un centro para menores deba ser trasladado a una institución para adultos inmediatamente después de cumplir los 18 años. Debería poder permanecer en el centro de menores si ello coincide con el interés superior del niño y no atenta contra el interés superior de los niños de menor edad internados en el centro.? ?87. Todo niño privado de libertad tiene derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y visitas. Para facilitar las visitas, se internará al niño en un centro situado lo más cerca posible del lugar de residencia de su familia. Las circunstancias excepcionales en que pueda limitarse ese contacto deberán estar claramente establecidas en la ley y no quedar a la discreción de las autoridades competentes.? ?88. El Comité señala a la atención de los Estados Partes las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. El Comité insta a los Estados Partes a aplicar plenamente esas reglas, teniendo en cuenta al mismo tiempo, cuando proceda, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (véase también la regla 9 de las Reglas de Beijing). A este respecto, el Comité recomienda que los Estados Partes incorporen esas reglas en sus leyes y reglamentos nacionales y las difundan en los idiomas nacionales o regionales correspondientes, entre todos los profesionales, ONG y voluntarios que participen en la administración de la justicia de menores.? En cuanto a las ?Reglas de Naciones Unidas para menores privados de su libertad? por resultar pertinentes corresponde recordar la regla ?79. Todos los menores deberán beneficiarse de medidas concebidas para ayudarles a reintegrarse en la sociedad, la vida familiar y la educación o el trabajo después de ser puestos en libertad. A tal fin se deberán establecer procedimientos, inclusive la libertad anticipada, y cursos especiales.? ?80. Las autoridades competentes deberán crear o recurrir a servicios que ayuden a los menores a reintegrarse en la sociedad y contribuyan a atenuar los prejuicios que existen contra esos menores. Estos servicios, en la medida de lo posible, deberán proporcionar al menor alojamiento, trabajo y vestidos convenientes, así como los medios necesarios para que pueda mantenerse después de su liberación para facilitar su feliz reintegración. Los representantes de organismos que prestan estos servicios deberán ser consultados y tener acceso a los menores durante su internamiento con miras a la asistencia que les presten para su reinserción en la comunidad. b) Sentado lo expuesto debo señalar que la resolución cuestionada debe ser casada ya que, a mi modo de ver, contiene argumentos aparentes, que desconocen la normativa supranacional aplicable al derecho penal juvenil. Desde mi punto de vista la resolución cuestionada y por lo que diré a continuación constituye un caso paradigmático de arbitrariedad por fundamentación aparente y por esa razón, no puede considerársela un acto jurisdiccional válido. Los equivocados razonamientos desarrollados a lo largo de la resolución, tendientes a desconocer el claro mandato de las normas supranacionales, a pesar de que se las menciona, me hicieron recordar la exactitud de la

cita de Silvia Guemureman en "Políticas penales y de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes" (Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 49): "Conforme fueron pasando los años, pudo observarse que la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, de Riad, la Opinión Consultiva 17, se convirtieron en referencias comunes en todos los ámbitos; se las evoca y se las invoca; a veces se las aplica; las más de las veces se las utiliza como escudo infranqueable contra el que chocan las peores prácticas discrecionales...?". En efecto, es claro que el joven S., a quien se le atribuye la comisión de tres hechos delictivos, uno de ellos de relativa gravedad, como menor de 18 años, se encontraba cumpliendo prisión preventiva en un centro cerrado de detención para jóvenes, dependiente del Consejo de niños, niñas y adolescentes de la CABA, como el instituto Manuel Belgrano, donde, conforme lo establecen las normas del derecho internacional pertinentes, citadas más arriba, cumplía diversas actividades -como estudios, talleres, tratamiento psicológico- orientados a lograr su reinserción social. La mayoría del tribunal oral, sin que lo hubiese pedido la fiscalía y sin que se hubiese planteado alguna objeción por parte de las autoridades del instituto, decidió de oficio sacarlo de ese sitio que claramente era el apropiado para su situación y alojarlo en una unidad del servicio penitenciario federal. Encuentro no sólo arbitraria la decisión porque fue tomada por el tribunal como un acto de pura voluntad sin que nadie hubiese considerado que era necesario para la mejor situación del joven, o porque tenía un mal comportamiento que impedía su permanencia en el instituto, sino porque, además, se utilizó como argumento que "se había resuelto su situación procesal" haciendo alusión a que el tribunal oral había dictado una sentencia de condena, que no estaba firme y que iba a ser recurrida, con lo que en nada se modificaba su situación procesal. Seguía gozando el imputado del mismo reconocimiento de estado de inocencia ya que la condena puede ser revisada por esta cámara en virtud del derecho de doble conforme que le reconocen diversos tratados internacionales, además del específico previsto en el art. 40 de la Convención del Niño. Y, como si esa decisión no hubiera bastado, se la ejecutó -innecesariamente- de inmediato, a pesar de que la única parte que se había escuchado había sido a la defensa que se había opuesto al traslado por las razones que adelantó y que luego se verificaron, como se verá más adelante. El resultado de esa ejecución inmediata, fue que se vació de contenido el derecho al recurso con relación al arbitrario traslado, puesto que ahora nos enteramos que el instituto Belgrano, por las normas que surgen del convenio de transferencia de los institutos a la ciudad de Buenos Aires, no estaría en condiciones de recibir nuevamente al joven S.. En segundo lugar, advierto que la decisión se justificó en una serie de interpretaciones erradas de la ley aplicable al caso y en algunas apreciaciones equivocadas de cuestiones fácticas que la invalidan como acto jurisdiccional, como ya adelanté. En ese sentido, es absolutamente equivocado el argumento del tribunal de que, como el joven ha cumplido los 18 años, dejan de aplicarse a su respecto el sistema de garantías de la Convención del Niño; este argumento, que no es nuevo, ya que recuerdo que se utilizaba en la primera parte de los 2000 para desconocer el derecho a una pena reducida, ha sido explícitamente desautorizado por el comité del niño en la observación general 10, como quedó expuesto en la transcripción del párrafo 38. Es que esa interpretación omite considerar que el delito se habría cometido antes de los 18 años y que, por lo tanto, el plexo normativo sobre el que se debe juzgar la situación del adolescente es el que estaba conformado al momento de la comisión del hecho. Hacer lo contrario, como se ha hecho en la resolución, es tratar -en violación a las reglas expuestas y a las consideraciones de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en la Opinión Consultiva n° 17- al joven presuntamente infractor de la ley penal, como si fuera un adulto. En tercer lugar, sentado lo anterior, también es errada la prevalencia que le da el tribunal a la aplicación de la ley de ejecución penal por sobre el tantas veces nombrado sistema de garantías. Es muy claro que el legislador (a contrario de lo que dice el tribunal sin fundamento alguno, de que la ley 24.660 se adecuó a las recomendaciones del comité del niño) nunca se ha ocupado de establecer un sistema de ejecución penal adecuado a la normativa internacional en materia de derecho penal juvenil. La ley 24.660 es una ley de ejecución penal destinada al sistema de adultos y la última reforma claramente está orientada a un lugar diferente al que debe guiar el fin de la pena en el marco del art. 40 de la Convención del Niño. Así las cosas y como lo he señalado con anterioridad, la ejecución de sanciones penales firmes impuestas a jóvenes por delitos cometidos antes de cumplir los 18 años de edad, es necesario interpretar la ley aludida desde la convención, adaptando sus disposiciones a la normativa internacional. Dicho de otro modo, es necesario llenar a la ley comentada con los valores de la convención del niño, porque es el único modo de considerarla constitucional, en un marco en que el legislador no ha cumplido con el deber del Estado Argentino, tantas veces recordado por el Comité del Niño, de dictar una ley penal juvenil que se adecue a la normativa internacional. Con lo que es errónea la afirmación del tribunal en cuanto desmerece la actividad en el instituto cerrado Manuel Belgrano, que ha procurado realizar aquella adaptación tratando de que sus informes de evolución se adecuen a los parámetros de la 24.660. Al contrario de lo que entendió el tribunal, en la medida en que no exista un motivo serio relacionado con el comportamiento del imputado, desde mi punto de vista ni siquiera el dictado de una condena firme justificaría el traslado, si por la duración de la condena fuese posible concluir la etapa de encierro en un marco que no implique el paso por un establecimiento carcelario de adultos. El fundamento de esta afirmación está en los párrafos 85 y siguientes de la observación general 10, que el tribunal citó pero no se hizo cargo de acatar o de refutar su mandato. Allí el comité del niño dice exactamente lo que expresé más arriba, esto es, que el cumplimiento de la

mayoría de edad no debe implicar que automáticamente el joven pase a un establecimiento de adultos y que debe permanecer, en la medida de lo posible en un centro de detención estructurado según los parámetros convencionales. Desde mi punto de vista constituye una ficción jurídica y fáctica inaceptable la afirmación del tribunal de que la unidad carcelaria contiene mayores herramientas de reinserción social y de tratamiento que un instituto de detención cerrado como el Manuel Belgrano. Observo que la propia defensa en su alegato se adelantó a lo que iba a suceder y que era evidente: de tener la posibilidad de participación en talleres, de tener un tratamiento psicológico individual, acceso a actividades educativas y visitas familiares, el joven pasó a no tener actividades. Es que no resiste el menor análisis la aseveración de que en términos de tratamiento de reinserción social una unidad carcelaria cuenta con mayores medios que un instituto, cuando uno tiene menos de cincuenta internos y el otro está sobrepoblado; uno tiene equipos técnicos que trabajan diariamente para los pocos jóvenes alojados y los otros no dan abasto para emitir los informes que requieren los tribunales. El instituto de menores está ubicado en pleno centro de la Ciudad de Buenos Aires y la Unidad 24 donde fue derivado en Marcos Paz a muchos kilómetros, habiendo quedado a cargo el joven de un Servicio Penitenciario con serios problemas de traslados, como es público y notorio. Es incomprensible esa afirmación cuando el Ministerio de Justicia ha dictado una resolución declarando la emergencia penitenciaria entre otras, de esa unidad carcelaria, y ha formado una comisión que debe tratar el modo de salir de esa evidente situación de emergencia⁽¹⁾. La arbitrariedad fáctica y, consecuentemente normativa, de esta afirmación del tribunal es muy clara. Porque es falso que la unidad carcelaria cuente con mayores recursos que el instituto de menores y por ende, es equivocada la aseveración del tribunal de que, mediante su decisión, se garantiza el principio del interés superior del niño, contenido en el art. 3 de la Convención del Niño. Porque desde mi punto de vista, el entinema que esconde toda la argumentación es la decisión de que el joven cumpla la pena por sus delitos en una cárcel; sin importar que la sentencia no esté firme, que el fin de la pena no sea en el caso de los jóvenes el mismo que el de adultos y que haya demostrado una evolución en el instituto, que permitía avizorar algún cambio en su comportamiento. También es arbitrario el argumento que se utiliza para justificar el traslado, de protección de otros jóvenes, menores de 18 años, que estarían alojados en el mismo instituto. Es dogmático porque ningún dato se ha aportado que corrobore que ello es así, y las autoridades del instituto ninguna objeción pusieron al alojamiento de S. en el instituto, ya que permaneció allí cumpliendo actividades hasta que fue trasladado. Y, por lo demás, como he ido muchas veces a ese instituto, es muy posible que puedan ser alojadas personas de franjas etarias diferentes, en distintos pisos, sin ningún contacto entre ellas. Por último, advierto que la prevalencia que dio el tribunal a la sanción penal que impuso por sentencia no firme, y la necesidad de prisión preventiva -en el marco normativo ya expuesto- también resultaba cuestionable en el caso, puesto que, sin abrir juicio sobre si la pena que se impuso era o no la adecuada, lo cierto es que por el concurso real de delitos atribuido, con la reducción prevista en el art. 4º de la ley 22.278, formalmente el mínimo aplicable era la pena de un año y ocho meses de prisión -que resulta de la mitad de tres años y cuatro meses, prevista para el delito de robo con arma de fuego en grado de tentativa - que hasta permitiría, teóricamente, aplicar una pena de ejecución condicional. Esta circunstancia revela aún más lo irrazonable de la medida tomada por el tribunal oral. Finalmente, debo destacar que el voto en disidencia del Juez Real, demuestra que la decisión no resultaba adecuada a las normas aplicables al caso, puesto que el citado magistrado, en pocas palabras, señaló que el traslado no resultaba pertinente porque la sentencia no estaba firme y porque el joven estaba cumpliendo un plan adecuado de reinserción social en el instituto Belgrano. IV) Luego de emitir el veredicto y mientras redactaba los fundamentos, se recibió el oficio mediante el cual el presidente del Tribunal de Menores nº 1 comunica que el instituto Belgrano no puede recibir al joven, por las razones allí expuestas. Como adelanté, ésta es una de las consecuencias de haber ejecutado la orden antes de que quedara firme. Desde mi punto de vista es claro que la defensa cuestionó el traslado del joven S. y su alojamiento en una unidad del Servicio Penitenciario Federal. Y es evidente que lleva razón la defensa, por lo que para no vaciar completamente de contenido el derecho a recurrir previsto en el art. 40 de la Convención del Niño, corresponde ordenar al Tribunal de Menores nº 1 que de inmediato haga cesar el alojamiento de S. en un centro de detención dependiente del Servicio Penitenciario Federal. Por otra parte, no forma parte de la tarea de esta cámara determinar el lugar de alojamiento o la decisión que, consecuentemente, corresponde adoptar con relación a la situación de I. D. F. S., puesto que, además, la decisión que adopte el tribunal podrá ser pasible de recurso. Por ello, voto para que se haga lugar al recurso de casación, se ordene el inmediato cese del alojamiento del menor S. en una unidad dependiente del Servicio Penitenciario Federal, debiendo decidir el Tribunal Oral de Menores nº 1 sobre la situación del joven, conforme el marco normativo que rige su situación de acuerdo a lo expuesto en esta resolución. En tal sentido me pronuncio. La jueza Patricia M. Llerena dijo: Por compartir los fundamentos del voto del juez Jantus, adhiero a la solución allí propuesta. El juez Gustavo A. Bruzzone dijo: En primer lugar, debo manifestar que comparto los fundamentos brindados por el juez Jantus en su voto y por ello adhiero a la solución allí propuesta. En segundo término, deseo advertir que de la transcripción efectuada por el a quo en la sentencia impugnada, el representante del MP fiscal no formuló requerimiento alguno en el sentido finalmente resuelto. Dicho traslado tampoco fue solicitado por las autoridades del centro ?Manuel Belgrano?. Considero que estas

circunstancias, sumadas a que la mayoría del tribunal no efectuó, en el caso en concreto, un análisis de la conveniencia del realojamiento de S. en función de su interés superior y el de los niños menores de edad internados en el centro "Manuel Belgrano" (cfr. punto 86, Observación General n° 10/2007 del Comité de los Derechos del Niño), conllevan a descalificar la sentencia impugnada en el punto cuestionado por la recurrente. Por otro lado, no puede dejar de destacarse que, en definitiva, nos encontramos discutiendo dónde debe llevarse adelante una medida cautelar privativa de la libertad, que no tiene por fin el tratamiento de la persona condenada por una sentencia que no ha pasado aún en autoridad de cosa juzgada: en otras palabras, las alegaciones de la mayoría del tribunal en punto a la posibilidad de la aplicación íntegra de las disposiciones y procedimientos de la Ley n° 24.660 para las personas condenadas que se encuentran ejecutando una pena privativa de libertad, no resultan pertinentes a la detención cautelar de S.. Por último, y en atención a lo informado el pasado viernes en punto a que el instituto "Manuel Belgrano" no recibió nuevamente a I. D. F. S., cabe advertir que esa conducta, en franca contraposición a lo establecido mediante una resolución de un tribunal de la Nación, se encuentra rayana en la desobediencia tipificada en el art. 239, CP. Por ello, también comparto lo sostenido por el colega Jantus en cuanto a que debe cesar inmediatamente el alojamiento del nombrado S. en la Unidad n° 24 de Jóvenes Adultos del SPF, debiendo el Tribunal Oral de Menores n° 1, reubicarlo en una dependencia ajena al SPF, que permita cumplir con el objetivo socioeducativo que debe regir su internación en el marco de un proceso penal juvenil. Así voto.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, RESUELVE: HACER LUGAR al recurso de casación, ORDENAR el inmediato cese del alojamiento de I. D. F. S. en una unidad dependiente del Servicio Penitenciario Federal, debiendo decidir el Tribunal Oral de Menores n° 1 sobre la situación del joven, conforme el marco normativo que rige su situación de acuerdo a lo expuesto en esta resolución (arts. 455, 465 bis, 470 y 471, CPPN). La decisión se adopta sin costas en razón del resultado (arts. 530 y 531, CPPN). Notifíquese, regístrese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13, CSJN; Lex 100). Remítase el presente al Tribunal Oral de Menores n° 1, a fin de que de inmediato cumplimiento a lo aquí resuelto. Sirva la presente de atenta nota de envío. PABLO JANTUS GUSTAVO A. BRUZZONE

PATRICIA M. LLERENA Ante mí: SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ SECRETARIO DE CÁMARA Nota:

(1:) Esta situación de emergencia fue advertida por el Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles, en su informe del 18 de junio de 2019, disponible en; <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/07/miscelaneas47804.pdf>, y recogida en diversos pronunciamientos judiciales: CNCCC, Sala 1, causa n° 9785/2019, caratulada "Álvarez y otros s/hábeas corpus", Reg: 488/2019, resuelta el 2 de mayo de 2019; CFCP, Sala II, causa n° 8237/2014, caratulada "Procuración Penitenciaria de la Nación s/ recurso de casación", Reg. n° 1351/2019, resuelta el 28 de junio de 2019.

043609E