

C. F., M. R. s/recurso de inaplicabilidad de ley

Cámara Nacional de Casación Penal, en pleno Menores sometidos a proceso penal. Medidas de internación. Cómputo

En la ciudad de Buenos Aires, a los 29 días del mes de junio de dos mil seis, reunidos los señores Jueces de la Cámara Nacional de Casación Penal, en virtud del recurso de inaplicabilidad de ley admitido en la causa N° 5908 del registro de la Sala I del Cuerpo, caratulada "C. F., M. R. s/recurso de inaplicabilidad de ley", para resolver sobre el siguiente temario: "Si corresponde aplicar el cómputo previsto en la ley 24.390 a las medidas de internación dispuestas respecto de menores sometidos a proceso penal (ley 22.278)".

El señor Juez doctor Juan C. Rodríguez Basavilbaso dijo:

1°) Que motiva la convocatoria a plenario determinar si corresponde aplicar el cómputo previsto por la ley 24.390 a las medidas de internación dispuestas por la ley 22.278 respecto a menores sometidos a proceso penal.

2°) Que, sobre el punto en debate, tuve oportunidad de expedirme al votar en la causa n° 3544, registro n° 4486, caratulada: "O., M. de los Á. s/recurso de casación", del 17 de julio de 2001, en donde sostuve que si bien las distintas soluciones que pudieran adoptarse sobre el punto parecieran estar relacionadas a las distintas concepciones sobre la naturaleza jurídica de la internación compulsiva -conceptualizada como medida de seguridad; como de carácter mixto; o como medida de coerción personal, a la que alude cierta jurisprudencia (C.C.C., Sala VI, c. 11880, "Jara Valiente, Nuncio s/apelación", rta. el 26 de agosto de 1999)-, lo cierto es que para la correcta solución del tema habría que remitirse a las "Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad", adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990, en cuanto en su punto II, referido al alcance y aplicación de las Reglas, se define como privación de libertad "toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública".

Esta explícita equiparación viene a legitimar tanto el cómputo de esa internación como prisión preventiva (de inveterada práctica, como se ha señalado en el primer párrafo, en los términos del art. 24 del Código Penal), cuanto la aplicación de los arts. 1° y 7° de la ley 24.390, más allá de que también su texto haga referencia a la "prisión preventiva".

Sorteados estos obstáculos, no podría decirse que mediante la aplicación del cómputo de la ley 24.390 se instituyen nuevos beneficios a favor de quienes ya gozaban de un tratamiento benevolente. Estas consideraciones son propias del legislador, quien con similar superposición ha implementado institutos sustanciales y procesales,

como lo son la condena de ejecución condicional, la libertad condicional, los regímenes de libertad asistida o vigilada, las salidas transitorias y la propia ley 24.390, todos ellos de efecto multiplicador en cuanto a beneficios se refiere.

Me parece oportuno señalar que en el precedente de cita sostuve también, en respuesta a la supuesta violación al principio de no contradicción (en cuanto a que, por un lado, se está penando al menor por su actitud reticente al tratamiento tutelar y, por el otro, se lo premia computándosele doble el periodo de internación hasta la sentencia declarativa de responsabilidad), que la aludida afectación no es tal. En primer lugar, porque se trata de respuestas con debido sustento legal a dos situaciones distintas: una, la privación de libertad prolongada no atribuible al menor; otra, el desaprovechamiento del período que le fue otorgado en procura de su readaptación y resocialización. Y, en segundo lugar, porque no puede hablarse de premios y castigos sino, a todo evento, de derechos cuya interpretación no debe prescindir de la consulta de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en especial del art. 37, inc. b), que impone a los Estados Partes la obligación de velar porque la detención, encarcelamiento o la prisión de un niño -he aquí una segunda equiparación- se lleve a cabo de conformidad con la ley y se utilice tan solo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.

En consecuencia, y con arreglo a cuanto expuse en la sentencia mencionada, entiendo que es correcta la aplicación del art. 7° de la ley 24.390 al efectuarse el cómputo del tiempo de detención sufrido por un menor (ley 22.278). Es mi voto.

El señor Juez doctor Alfredo H. Bisordi dijo:

Al emitir mi voto en la causa "Ortiz" -citada por el doctor Rodríguez Basavilbaso en el sufragio precedente- sustenté el criterio negativo al interrogante planteado en esta convocatoria a tribunal pleno en la aplicación de un sistema de normas específico para los menores que delinquen contemplado por las leyes 22.278 y 10.903, resultando inaplicables, por tanto, las que prescribe la 24.390. En efecto, en aquella oportunidad, sostuve que tal criterio reposa en que:

"a) El legislador de dicha norma -por inadvertencia o por decisión deliberada- sólo reguló el instituto de la duración máxima del encarcelamiento preventivo 'con miras a la problemática carcelaria de internos alojados en unidades penitenciarias'; b) Dicha ley se refiere expresamente a la 'prisión preventiva' (art. 1°) mientras que el art. 315 del C.P.P.N. establece que dicha medida cautelar 'no regirá con respecto a los menores de 18 años, siéndoles aplicables las correspondientes normas de su legislación específica'; c) Si se entendiera que 'prisión preventiva' es sinónimo de 'privación de la libertad' podría superarse la interpretación restrictiva, pero en la aplicación de la ley se presentarían variadas dificultades que hallarían, en algunos casos, soluciones puramente analógicas. Así, el art. 1° de la ley 24.390 permite la prórroga -por resolución fundada- de la prisión preventiva hasta un año más de los dos que constituyen el límite de su duración 'cuando la

cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de las causas hayan impedido la finalización del proceso en el plazo indicado'. Si se tiene en cuenta que el menor en situación de imputado ha de tener 16 o 17 años y que sólo podría hallarse privado de la libertad ambulatoria a lo sumo tres años, la posibilidad de su disposición -legalmente acordada- hasta los 21 años 'se vería limitada a toda medida que no implique internación, ni siquiera en Comunidades Terapéuticas, a las que acude en protección del mismo menor. Se daría el contrasentido que ello sí lo puede hacer un juez de Familia ante una petición de protección de persona, pero el juez penal que tiene la tutela o disposición no; de alguna manera de ser ello así la preeminencia sobre la tutela del juez penal ante el magistrado civil que la Corte Suprema de Justicia Nacional ha determinado caería por la borda (jurisprudencia de la C.S.J.N., in re: 'Loardy Sa Pereyra, Virginia Mercedes', competencia C. 941-XIII, de fecha 25 de octubre de 1960, Fallos: 265:199; 247:506 y sentencia del 17 de febrero de 1987, Tomo N° 88 y Tomo N° 241 'Treviño, Juliana Inés s/ medidas precautorias'). Además, de entenderse que 'prisión preventiva' y 'privación de la libertad' resultan expresiones asimilables, 'también variaría la responsabilidad de un menor que se fugara de un establecimiento de límites cerrados utilizando violencia para ello, ya que de una simple contravención por fuga, podría ser pasible de incurrir en el delito de evasión'. Y, de otra parte, limitar el cómputo favorable (el del art. 7° de la ley 24.390) hasta la fecha de la declaración de responsabilidad del menor, importaría incumplir lo dispuesto en el art. 2° de la mencionada ley, que requiere la existencia de una sentencia firme, cuando la que declara aquella responsabilidad sólo es incompleta y no susceptible de ser recurrida (C.N.C.P., S.III, causa N° 51, 'G.R.,A.', rta. el 12-11-93, entre otras), por lo que habría que aguardar el dictado de la 'segunda sentencia' (la vinculada con la necesidad o no de aplicar pena, según el art. 4° de la ley 22.278) y que ésta pasara en autoridad de cosa juzgada, 'con lo cual se desnaturalizaría la finalidad perseguida por la ley 24.390'; y, d) Evaluados en su conjunto, 'el régimen general del menor frente al sistema penal de mayores' resulta el más benigno, por lo que tampoco se advierte violación al principio constitucional de igualdad ante la ley.

De los antecedentes parlamentarios de la ley 24.390"...resulta claro que el legislador sólo tuvo en consideración la superpoblación de los institutos carcelarios dependientes del Servicio Penitenciario Federal en razón de la existencia de un elevado porcentaje de presos sin condena. Esos establecimientos, huelga destacarlo, alojan internos cuya edad permite considerarlos mayores frente a la ley penal. De modo que, si ello es así,"...las disposiciones de la ley mencionada alcanzan la situación de los condenados a la fecha de su entrada en vigencia, resulta permitido afirmarse en la convicción de que, más allá de desalentar la morosidad judicial pasada y futura compensando a dichos presos con un cómputo doble del período de prisión preventiva excesiva padecido, la ley procuró conjurar un problema coyuntural vinculado con la gran cantidad de personas internadas en los establecimientos

penitenciarios nacionales destinados al alojamiento de mayores. La exclusión implícita de los menores no es "... fruto del olvido o la desaprensión con la que a veces se legisla, sino producto de una actitud sistemática coherente, como resultará del examen del plexo normativo que sigue".

Se ha dicho con razón que la causa de que el régimen penal de los menores incluye lineamientos tutelares, la actuación judicial no se agota en los fines del proceso, es decir, en la averiguación de la verdad y la aplicación de la ley penal, sino que a la vez persigue el conocimiento de las condiciones personales, familiares y ambientales para discernir si el acusado se halla en algún supuesto de irregularidad que urja la imposición de una medida tutelar, mediante un sometimiento definitivo al patronato estatal... El menor sometido a proceso se encuentra a disposición provisoria del tribunal y faculta a éste para utilizar las medidas conducentes al cumplimiento de los fines ínsitos en su actividad. No se endereza únicamente al conocimiento del hecho y de las circunstancias personales del agente con vistas a su tuición, sino también a posibilitar la actuación de la ley penal sustantiva conforme a las alternativas previstas por el art. 4° (de la ley 22.278). A este último respecto entendemos que las medidas tienen que contemplar la caución de la persona del menor, cuando sus peculiaridades hagan presumir vehementemente que el mismo ha de intentar sustraerse a la intervención del tribunal y a la observación de su conducta posterior al hecho atribuido en las condiciones más aptas para evaluar su evolución (González del Solar, José H., "Delincuencia y derecho de menores", página 165, Ed. De Palma, Bs. As., 1986). En sintonía con estos conceptos también se ha dicho que el art. 2° de la ley 22.278 - que declara la punibilidad eventual del menor de dieciséis a dieciocho años al que se atribuya delito grave, y que dispone que en tales casos 'la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el art. 4° "- ... habrá de constituirse en la columna vertebral del proceso, ya que en función a la observancia del tratamiento tutelar que se le impone al menor a través de esa disposición provisoria, establecerá el magistrado -en el supuesto de que lo hubiese considerado responsable- si corresponde o no la imposición de una pena. Ese carácter tuitivo por otro lado queda plenamente evidenciado en el último párrafo del artículo, cuando se dispone que cualquiera fuera el resultado de la causa, el juez dispondrá del menor, cuando de los estudios realizados surja que se encuentra abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral o presenta problemas de conducta. Se advierte así que por encima de la faz punitiva aparece el ejercicio del patronato del Estado, a través del juez" (Martínez Vivot (h), Julio J., "El nuevo régimen penal de menores"; L.L., 23/X/80, p.2).

De manera, pues, que la internación del menor en instituto especializado de régimen cerrado no tiene el mismo alcance cautelar que el que la doctrina procesal asigna a la prisión preventiva de los mayores (en general, asegurar la consecución de los fines del proceso,

es decir, alcanzar, en la medida de lo posible, la verdad material, real o histórica; y la eficaz aplicación de la ley penal contra la que puede conspirar el imputado en libertad, sea mediante el entorpecimiento de la investigación, sea mediante la elusión de su primario deber de sometimiento a la jurisdicción). Y ello es así, porque si bien el primero de tales fines se halla ínsito en la caución que importa la disposición provisional del menor -desde que es necesario aún para ajustar el tratamiento tutelar y su eventual punición, determinar si el hecho punible existió, su carácter típicamente antijurídico, así como la culpabilidad y la calificación legal de su participación en el injusto-; la segunda de dichas finalidades es absolutamente secundaria, a tal punto que la aplicación de una pena -que puede ser disminuida incluso en la forma prevista para la tentativa- se muestra, para el juez de menores, como la última ratio de su misión. En tales condiciones, pues, en lo que tiene de cautelar, la internación obedece, primaria y fundamentalmente, a evitar que el menor que evidencia grave desviación de conducta según la imputación que se le hace, se sustraiga a la actuación de la justicia y de esa manera eluda la observación y tratamiento de su conducta ulterior al hecho que han de tender, con prioridad, al objetivo de evitar la imposición de la pena al momento en que el juez o tribunal debe ejercitar las opciones que le ofrece el art. 4° de la ley 22.278.

Viene en apoyo de la intelección precedente la opinión de que 'la edad mínima que la ley 22.278 ha previsto permite colegir que, en la actual concepción represiva, no se quiere que la persona humana sufra pena antes de los dieciocho años, cuando la misma completa su ciclo formativo. No creemos que esto dé lugar a discrepancias, máxime cuando a partir de esa edad de los delitos cometidos quedan sujetos...al régimen penal común'. Esta conclusión se afirma en dos premisas ineludibles: a) 'que la pena es esencialmente expiatoria y que arranca de la misma naturaleza del hecho criminal y de las condiciones personales del agente, sufriendo mengua su sentido cuando se la supedita a alguno de sus fines secundarios, sea el preventivo, sea el curativo, a menos que se denomine pena a los que no pretende ser tal', y, b) 'que la observación tutelar -que debe durar como mínimo un año- puede quedar cumplida antes de que el sujeto alcance los dieciocho años, no obstante lo cual resulta legalmente imposible resolver sobre la pena antes de que aquél llegue a tal edad'. Y que la disposición provisoria 'no se basta con indagar acerca de la existencia de algún supuesto de irregularidad anterior al delito, sino que tiende además -y de modo gravitante- al conocimiento de la evolución experimentada por la conducta del acusado con posterioridad, con miras a fundar la decisión sobre la pena'; pues el examen de la necesidad de esta última '-que en la terminología de la ley equivale a excepcionalidad- debe recaer sobre todas y cada una de las pautas de la norma ha previsto, pues en su conjunto están dirigidas a indicar en qué casos se hace indispensable la función penal y en qué otros procede la imposición exclusiva de medidas tutelares y correctivas' (González del Solar, op.cit., p.167/169; con cita del fallo de la C.C.C., in re: "Cabrera, Jorge Reynaldo y otro", del 23/9/77, según el cual 'la regla es la eximición de la penalidad y

que el pronunciamiento condenatorio constituye la excepción de esa misma regla, debiendo tenerse en cuenta, por último, que el texto legal no veda tampoco el beneficio al menor que habiendo incurrido en delitos de la más alta escala penal consigue luego acreditar su pleno reencauzamiento y recuperación')."

"Si alguna duda aún cupiese sobre el alcance cautelar de la disposición provisional mediante internación sin libertad ambulatoria que más arriba se ha expresado, ella ha venido a ser eliminada por la legislación procesal vigente que, en tanto posterior a la ley 22.278, aleja toda posibilidad de asimilar esa privación de libertad a la prisión preventiva, puesto que el art. 315 del C.P.P.N. (ley 23.984, de 1992) establece que las disposiciones referentes a la más intensa de las medidas cautelares de índole personal 'no regirán con respecto a los menores de dieciocho (18) años, siéndoles aplicables las correspondientes normas de su legislación específica'. No empece a ello que tradicionalmente se haya computado a los fines de la condena -cuando la necesidad de la pena fuese comprobada por el juez o tribunal- el período de encierro del menor en un establecimiento adecuado anterior a que la sentencia hubiese quedado firme, pues ese criterio -cuando no ha existido otra opción que sancionarlo con la pérdida de su libertad- nace de la necesidad de compensar equitativamente -en ese, y sólo en ese, caso- la privación de un bien tan caro al hombre en cuanto tal y no porque el encierro hubiese tenido en mira la actuación de la ley penal. Distinta es la compensación que procuraba la ley 24.390 por la excesiva duración de la prisión preventiva de los mayores -para quienes, ahora sí, la actuación de aquella ley en un fin primordial del proceso-, desde que si en este especial tipo de proceso -el de menores- la instrucción e investigación del asunto debe hacerse en función de la finalidad tuitiva-correccional que prevalentemente le ha sido confiada al juez de menores, la discrecionalidad que se le otorga a éste 'en el ejercicio de la facultad correctora o reformadora impide que se pueda hablar con propiedad de un derecho del menor al proceso sin dilaciones indebidas' (Cantarero, Rocío, "Delincuencia Juvenil y Sociedad en transformación: Derecho Penal y Procesal de Menores", p.271/272, Ed. Montecorvo S.A., Madrid, 1988). Más aún; salvo un retardo malicioso o temerariamente desidioso en la actuación del órgano judicial" ... "es harto difícil descartar que cierta lentitud en el trámite no obedezca, en casos como éste, a la intención del juez de aguardar que el tratamiento tutelar y reeducativo haga su efecto y permita, en definitiva, superar la conducta irregular del menor sin otra consecuencia que la aplicación de la medida tutelar y correctiva. En tal situación, pues, la brevedad de la detención, encarcelamiento o prisión del menor que prohija el art. 37, inc. b) de la Convención sobre los Derechos del Niño debe compatibilizarse necesariamente con el tiempo que la ley permite mantener la disposición tutelar provisoria a fin de que esta medida asegurativa de carácter educativo rinda sus frutos, cuya mayor o menor extensión dependerá de los avances del período de observación y tratamiento con arreglo a la gravedad de la inconducta en examen y a la

reversión de las causas personales que hubieran movido al menor a obrar de esa manera."

Finalmente, y también en sustento de mi postura, añado -con apoyo en el voto de la doctora Catucci en el mismo precedente- que el artículo 8° de la ley 24.390 limita su aplicación a los casos comprendidos en ella. Y éstos son los establecidos en su título: "Plazos de la Prisión Preventiva" y en el artículo 1° que hace referencia a que la prisión preventiva no podrá ser superior a dos años, a lo que debe señalarse como exclusión de la situación de los menores que nunca estuvieron bajo el régimen de dicha medida de cautela personal en virtud de su condición de tales sometidos al régimen especialmente previsto por las ya mencionadas leyes 22.278 y 10.903.

Y, en razón de esa diferente ordenación legal, tampoco procede respecto a los menores el régimen del instituto de la excarcelación, dado que sus sistemas de egreso, licencia o permisos se sustentan en ese mismo orden normativo específico.

Con esta argumentación, me permito concluir en que no resulta de aplicación a las medidas de internación dispuestas respecto a los menores sometidos a proceso penal el cómputo previsto en la ley 24.390. Es mi voto.

La señora Juez doctora Liliana E. Catucci dijo:

Que comparte plenamente el voto del Dr. Bisordi por adecuarse al criterio plasmado en el precedente de cita.

La señora Juez doctora Amelia L. Berraz de Vidal dijo:

Para dar respuesta al tema que nos convoca, creo oportuno recordar las opiniones vertidas en resoluciones dictadas por la Sala IV de ésta Cámara, que integro, en precedentes tales como "C., S. A. s/recurso de casación" (Expte. n° 5123, Reg. N° 6561.4) y "D. C., H. M. s/recurso de casación" (Expte. n° 4227, Reg. N° 6068.4). Sostuve entonces que la internación en un Instituto de régimen cerrado de uno de los sujetos que la Convención sobre los Derechos del Niño ampara, ordenada por un Juez Penal -cualquiera sea el nombre que quiera darse a la medida y/o la naturaleza de la institución- de la que no pueda salir por su propia voluntad, es, ontológicamente, como la prisión preventiva, una medida privativa de la libertad impuesta por la autoridad judicial frente a infracciones a la ley penal que se dicen cometidas por el menor relativamente inimputable; obligando la realidad de su ejercicio a integrarla, por vía de exégesis, a la finalidad compensadora del art. 24 del Código Penal conforme su reforma por ley 24.390.

A la posición estricta que en contrario se sostiene, cabe anteponer el reconocimiento expreso que la Regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad realiza al equivaler institutos (internamiento y detención o encarcelamiento) a pesar de las distintas razones que justifican las medidas, y los disímiles fines que animan su imposición.

Pues cierto es que tales medidas importan la restricción de la libertad del menor sometido a proceso en un estadio de la causa en el que aún

no existe un título ejecutivo de condena a su respecto, y donde en la mayoría de los casos, hasta se ignora si efectivamente violó la ley penal. El concepto de privación de libertad personal entendido como "ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar de donde no puede salir por su propia voluntad", se repite hoy -y sin olvido de la ley 114 de la Ciudad de Buenos Aires, art. 12, con la incorporación a su texto (Anexo II) de dichas Reglas- en la ley 26.061, derogatoria de la 10.903, la que buscando sistematizar la protección integral de los derechos del niño, tiende a garantizar "el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en que la Nación sea parte" (art. 1º, ley cit.). Derechos que así reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del "interés superior del niño". Sostiene la ley -art. 2- que "los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles".

Desde ese marco, es innegable que las medidas protectivas de internación -cuya excepcionalidad es exigible- comparten con el instituto de la prisión preventiva los mismos padecimientos y perjuicios que ésta irroga a los sujetos plenamente imputables obligados a soportarla.

De ahí que resulte ineludible optar por una interpretación de la ley que reporte el mejor y más justo resultado preservando la igualdad ante la ley a fin de que dos situaciones de hecho equiparables, se vean regidas por iguales principios jurídicos (art. 16 C.N.).

Si bien prisión preventiva en los términos de la ley de rito, e internación compulsiva del menor en función de la ley 22.278 difieren en su génesis, su objeto, sus causas y sus consecuencias, lo que resuelve el dilema de nuestro interrogante es la realidad resultante, en cualquier caso, de la restricción, hasta su aniquilación, del derecho fundamental de la libertad ambulatoria por un lado y la anulación o limitación de otros derechos; consecuencia del desarraigo del menor del medio familiar y de la ruptura de su nivel de vida en el marco de lo social, lo económico y lo cultural.

Todo, sin que medie condena firme que imponga al extrañado, una pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento.

Desconocer esa realidad es como negarnos (según expresara Perfecto Andrés Ibañez, "El proceso penal con menores" en AA.VV. "La responsabilidad de los menores", pág. 13, Editorial Universidad de Castilla, La Mancha, 2001) a "llamar las cosas por su nombre". Estado de cosas ya tiempo atrás advertido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el clásico caso del menor Gerald F. Gault (378, U.S. 1, 1967), en el que el Juez Fortas afirmó "El niño es recluido en un instituto donde su libertad será restringida por años. De ninguna importancia constituye y de limitado sentido práctico resulta que la institución en la que está confinado sea llamada Escuela Industrial. La verdad es que por eufemista que sea el título, un "albergue o centro de recepción" o una "escuela industrial" para menores es una institución de confinamiento donde se encarcela al niño por un período de tiempo

mayor o menor. Su mundo se convierte en un edificio de paredes blanqueadas, rutina reglamentaria y horarios organizados... Según nuestra Constitución la condición de ser niño no justifica un simulacro".

La libertad como valor y derecho humano fundamental encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (C.A.D.H., P.I.D.C. y P., P.I.D.E.S. y C.) y fundamentalmente para la franja minoril, en la Convención sobre Derechos del Niño. Derecho que el Estado tiene el deber de garantizar, incumbiendo a los órganos jurisdiccionales determinar, dentro de los límites y orientación de la Convención, las características con que el derecho habrá de desarrollarse en el caso concreto (conf. C.S.J.N. LL-1998, F. 236).

De ahí que, y sin renunciar al distingo ontológico entre prisión preventiva, detención (art. 411 C.P.P.N.) y disposición tutelar que ordena un internamiento en un instituto de puertas cerradas, no puede pasarse por alto que todas esas medidas están revestidas de un franco matiz de represión; que son, lisa y llanamente, privaciones de libertad con la agravante de que, en gran parte de los casos, las medidas tuitivas así dispuestas ni siquiera guardan relación con la infracción achacada al menor.

Son todas privaciones de libertad provocadas durante y por causa del proceso; privaciones de libertad que deben ser consideradas a los efectos de reducir del monto de la condena el tiempo de encierro verdaderamente sufrido.

Ya la ley 14.394 provocó reacciones críticas referidas al extenso período de tratamiento tutelar coercitivo que el menor estaba obligado a soportar con anterioridad -y con prescindencia- a que se definiera su situación con el dictado de una sentencia definitiva; situación que acarreaba considerable agravio al derecho de defensa, no siendo extraño que el menor estuviese restringido en su libertad, internado en institutos especializados, lo que resultaba, en sus efectos, equiparable a cualquier medida cautelar sobre su persona.

En igual sentido se pronunciaron ya Rivas Godio y Passi Lanza al comentar un fallo del Supremo Tribunal de Misiones del 21 de marzo de 1957 (citado por Viñas en "Delincuencia juvenil y Derecho Penal de Menores", pág. 237, Ediar, 1984) donde expresaron "se priva por un plazo más o menos largo al menor del derecho que se lo juzgue en definitiva", y no lo tiene al niño "alojado en un establecimiento que por sus características de instituto de puertas cerradas, en nada se diferencia en la práctica de uno carcelario común, cumpliendo un encierro que en tiempo, es muchas veces superior al de la presunta pena a aplicarse".

De hecho ya el Dr. Miguel A. Almeyra ("Casación y Cesura en el juicio penal" comentario a fallo LL 1990-B, pág. 377 y ss.) al formular la exégesis del art. 689 bis del C.P.M.P. (incorporado por ley 22.277 al ordenamiento procesal) nos acercó a la equiparación que propugno al afirmar que el juicio de responsabilidad tiene contenido penal y genera cosa juzgada, en cuanto afirma el delito y declara la autoría responsable

del menor, y "lo tiene, además, porque esa sentencia -al diferir la absolución del penalmente responsable o su condenación- impone en todos los casos, con arreglo a las directivas del tercer inciso del art. 4° de la ley 22.278 un 'tratamiento tutelar no inferior a un año' cuya materia tutelar y penal no parece discutible" (el resaltado me pertenece). Más recientemente Cafferata Nores ("Derecho Procesal Penal, Consensos y Nuevas Ideas", pág. 109) explica con solvencia que "La 'disposición' judicial del niño, si bien... no puede considerarse formalmente una pena (aunque es parte del "régimen penal de la minoridad") en virtud de la restricción coactiva de derechos que implica, sustancialmente debe considerarse tal. Por lo tanto su imposición deberá estar condicionada a lo que la Constitución Nacional estipula para todos los habitantes sin distinción de edad; y desde su reforma en 1994, a lo que establece la legislación internacional incorporada (art.75, inc. 22, Constitución Nacional) en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño. Y por cierto, debe ser recurrible".

No ha mucho la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en causa M.1022.XXXIX "M., D. E. y otro s/robo agravado por uso de armas en concurso real con homicidio calificado" causa n° 1174) dijo -considerando 26- que una característica censurable de la justicia penal de menores "es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son 'dispuestos', 'internados' o 'reeducados' o 'sujetos a medidas tutelares'. Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de adultos".

Señaló también, con cita del caso "Kent V. United States", 383 U.S. 541, 1966, que "el menor además de ser titular de los derechos constitucionales que integran el debido proceso, por su misma condición de niño también era titular de derechos e inmunidades especiales respecto de los adultos, aunque reconoció que en la práctica recibía lo peor de dos mundos (Worst of both World), ni las garantías acordadas a los adultos ni los cuidados prometidos por su condición de menor".

Partiendo entonces del principio general de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos -con más los que por su condición de menor le corresponden- no pueden sino ser tratados, para el caso, del mismo modo que el condenado adulto y siguiendo idénticos criterios compensatorios frente a la privación de su libertad, obviando todo tipo de discriminación inadmisibles.

Máxime si se repara en que la igualdad no supone sino identidad parcial, traducida en igual tratamiento para situaciones iguales; y que, como sostuvo Radbruch, "la igualdad es siempre una abstracción, desde un punto de vista determinado, de una desigualdad dada". Todo lo cual concilia con la interpretación que la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos hizo del art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cuando afirmó que "la noción de igualdad se

desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona... No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza", para concluir en que "no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas" (Opinión Consultiva 17/2002 del 28 de agosto de 2002. La cursiva me pertenece).

Principio de igualdad que tampoco impide, para el caso del adulto condenado, que, no obstante referirse el art. 24 del C.P. (así como la ley 24.390) únicamente a la prisión preventiva, los períodos de simple detención por él sufridos, sean considerados a los efectos de reducir del monto de la pena el tiempo de privación de libertad efectivamente sufrido. Se atiende así al fin que anima al art. 24 del Código penal, basado en que "el encierro preventivo sufrido en relación a un delito que luego dio lugar a una condena, implicó en el sujeto una grave disminución de sus bienes que, al operar de ese modo severamente en su ecuación de vida, da lugar, por suficiencia, a disminuir la pena a cumplir en la sentencia" (De la Rúa "Código Penal Argentino", pág. 232). Atiende, asimismo, a la necesidad de no alterar la medida legal de la privación de libertad constitutiva de la pena impuesta (conf. Núñez, "Derecho Penal Argentino Parte General", TºII, pág. 374, Ed. Omega) y de respetar "los principios de proporcionalidad e igualdad de las penas, ya que éstas podrían verse sensiblemente alteradas por la duración mayor o menor del encierro cautelar" (cita de Carrara en "Hoja de trabajo para la comisión sobre la reforma carcelaria" de Finzi, en "La Prisión Preventiva", pág. 49, Ed. Depalma, 1952).

Si nuestro régimen penal persigue conservar una relación proporcional entre el efectivo tiempo de detención sufrido y el monto de pena finalmente impuesto, protegiendo por vía de compensación esa simetría, una posición que implique apartarse de ese principio con fundamento en la condición de los sujetos que la soportan, ignorando en el cómputo de pena (o si se quiere, sumándole) todo el tiempo en que el niño permaneció tutelarmente recluido por orden de autoridad judicial (ley 22.278), importaría la violación de la receptación de dicho principio en el ámbito internacional de los derechos Humanos en materia de minoridad. El que a través del art. 5 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, Reglas de Beijing, incorporadas a la Convención de los derechos del Niño en su Preámbulo, establece que "cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito".

Como corolario de lo que llevo dicho en orden a que toda internación tutelar en instituciones cerradas, dispuesta judicialmente respecto del menor de 16 a 18 años de edad sometido a juicio penal, constituye privación de libertad, no puedo sino compartir la respuesta del Dr. Rodríguez Basavilbaso en el sentido que ella debe tenerse en consideración al dictarse la sentencia condenatoria y debe computarse

de igual modo que la prisión preventiva propiamente dicha en función a la ley 24.390, art. 7°; sea que esa internación -agrego- sea anterior o posterior a la sentencia declarativa de responsabilidad del menor, y hasta que medie sentencia condenatoria firme a su respecto.

El señor juez doctor W. Gustavo Mitchell dijo:

Con total adhesión a los bien fundados votos de los Dres. Rodríguez Basavilbaso y Berraz de Vidal y remisión a cuanto sostuve invariablemente en precedentes de las Salas II y III de esta Cámara, expido el mío en igual sentido.

Sólo quiero agregar que más allá de la concreta cuestión planteada se avizora otra, más profunda y general respecto a la política legislativa en materia de minoridad y delincuencia juvenil.

A mi ver el debate se ubica entre dar prevalencia a una actitud tuitiva, en la que el juez actúa como un padre ope legis del menor, que hará -supuestamente- cuanto sea para su beneficio (la que parece inspirar las leyes 14.394 y 22.278) o si tal postura debe ceder ante los derechos del incapaz, a quien, cuanto menos, deberán tener las mismas garantías constitucionales y legales (penales, civiles y procesales) que la normativa vigente otorga a los mayores de edad, tal como surge de los tratados internacionales a los que hemos adherido e incorporado a nuestra Carta Magna.

Piénsese, a guisa de ejemplo, en la internación compulsiva de un menor víctima por razones meramente asistenciales o por la comisión de un delito por el que si fuese mayor estaría exento de prisión.

Voto pues porque se declare que corresponde aplicar el cómputo previsto en la ley 24.390 a las medidas de internación dispuestas a menores en virtud de la ley 22.278.

El señor Juez doctor Gustavo M. Hornos dijo:

Ya he tenido oportunidad de pronunciarme en el sentido de que las medidas de internación en una institución de régimen cerrado, dispuestas de conformidad con los artículos 412 del C.P.P.N., y por la ley 22.278, respecto de un menor de edad imputado de delito y con motivo de la prosecución de una causa penal, no deben ser computadas, en su lapso, a la luz de lo que disponía el artículo 7 de la ley 24.390 (cfr. causa Nro. 4227: "D. C., H. M. s/ rec. de casación", Reg. Nro. 6068, rta. el 27/9/04; y causa Nro. 5123: "C., S. A. s/ rec. de casación", Reg. Nro. 6561; entre otras).

Entonces sostuve que, cierto es que no existe regla legal alguna expresa que permita, en principio, la extensión del cómputo en el caso de menores de dieciocho años imputados de delitos y dispuestos por la autoridad judicial.

En efecto, el artículo 24 del código de fondo, que establece que cada día de "prisión preventiva" debe computarse por un día de prisión, deduciéndola de la pena firme impuesta, permite computar otras formas jurídicas de privación de libertad provocadas por el hecho del proceso, aún cuando se trate de una simple aprehensión en flagrancia (arts. 284, inc.4°, y 287, del C.P.P.N.), y la detención (arts. 282, 283 y

284, incs. 1, 2 y 3, del C.P.P.N.); en tanto éstas se sustentan, en definitiva, en finalidades análogas a las de la prisión preventiva propiamente dicha, como la de someter al imputado al juez del proceso y evitar su fuga, para posibilitar su continuación.

Cabe aquí recordar que el artículo 315 del C.P.P.N., claramente ordena que las disposiciones sobre la prisión preventiva no regirán con respecto a los menores de dieciocho años, siéndoles aplicables las correspondientes a las normas de su legislación específica. Sólo el artículo 411 hace procedente la detención de un menor con fines cautelares "cuando hubiera motivos para presumir que no se cumplirá la orden de citación, o intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá falsas declaraciones"; aunque la restricción de su libertad con esos fines debe ser excepcional y fugaz, pues, como se dijo, no puede imponérseles prisión preventiva.

Pero, la internación -privación de libertad- que puede sufrir un menor dispuesto por orden de un juez en el marco de las disposiciones legales específicas (art. 412 del C.P.P.N., y 1, 2, y 4 de la ley 22.278), en la medida en que sólo se fundamenta en finalidades tutelares, se diferencia sustancialmente de la "prisión preventiva" contemplada por el artículo 24 estudiado.

El artículo 412 del C.P.P.N. autoriza a los jueces de menores, y aún cuando se trate de un menor víctima de un delito, a "disponer provisionalmente de todo menor sometido a su competencia entregándolo para el cuidado y educación a sus padres o a otra persona o institución que, por sus antecedentes y condiciones, ofrezca garantías morales, previa información del asesor de menores". El artículo 1 de la ley 22.278, a su vez, autoriza al juez a disponer provisionalmente de los menores de 18 años imputados de delitos, para proceder a la comprobación del delito, tomar conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador, y ordenar los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre; facultándolo a poner al menor en un lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable", lo cual puede implicar una internación. A su vez se establece la disposición definitiva del menor por auto fundado "si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta".

El artículo 2, y respecto de los menores de entre 16 y 18 años de edad que incurrieren en delito, ordena al juez someter al mismo a proceso y disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el artículo 4. Y asimismo, cualquiera sea el resultado de la causa, disponerlo definitivamente cuando de los estudios realizados resultaren las circunstancias ya reseñadas en la parte final del párrafo anterior.

El artículo 3 establece los efectos de la disposición: "a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su formación integral" -facultándolo a ordenar con esa finalidad las medidas que crea convenientes respecto

del menor y siempre que sean modificables en su beneficio-; "b) La consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutor; c) el discernimiento de la guarda cuando así correspondiere". Además se prevé que la disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad.

Las internaciones serán ejecutadas según el artículo 3 bis, con el concurso de la autoridad con competencia en el ejercicio del patronato de menores, o en otras instituciones públicas o privadas, por orden motivada del juez.

Por último, cabe recordar que el artículo 4 de la ley 22.278 establece los requisitos a los que quedará supeditada la imposición de pena respecto del menor de entre 16 y 18 años de edad que hubiere incurrido en delito: la declaración previa de su responsabilidad penal, y en su caso civil, conforme a las normas procesales; que haya cumplido 18 años; y que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Y, finalmente, faculta al juez a aplicarle una sanción, aún reducida en la forma prevista para la tentativa, con la condición de que ésta deviniere necesaria según "las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez". De lo contrario podrá absolverlo.

De manera que, si es requisito previo para la imposición de una pena al menor su sometimiento a observación y tratamiento, es en este marco que los jueces pueden ponderar el tiempo de internación, y los resultados del tratamiento, para decidir acerca de la necesidad de imposición de una pena, como parámetro sustancial, y en ese caso, su monto. Siempre atendiendo a la "importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad" (artículo 40, inciso 1°, de la Convención de los Derechos del Niño).

Queda evidenciada entonces la naturaleza y finalidad tutelar que tienen las internaciones que pueden disponer los jueces respecto de un menor entre 16 y 18 años de edad imputados de haber cometido un delito, en el marco del respectivo proceso, y a la luz de las específicas disposiciones al comienzo citadas; y esta diferencia, respecto de los objetivos netamente cautelares que persigue la prisión preventiva y las demás privaciones de libertad contempladas en el código de rito con ese mismo fin, es sustancial, lo que impide su equiparación a los efectos de la aplicación de lo previsto por el artículo 24 del Código Penal.

Por lo demás, cierto es que el apartado B, punto 11), de las "Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad" -adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990-, establece que debe entenderse por "privación de libertad" la internación del menor.

Esta conceptualización tiene el objetivo de determinar las medidas estatales a las que deben aplicarse las reglas convenidas; sin que pueda considerarse determinante para su equiparación a todos los efectos legales (cfr. Cap. III, reglas 17 y 18).

En abono de la postura que sostengo, puede señalarse que las internaciones de naturaleza tutelar y dispuestas en el marco de un proceso penal y respecto de un menor de entre 16 y 18 años de edad imputado de un delito, no están sujetas al régimen de excarcelación previsto en los artículos 316 a 319 del C.P.P.N., ni a los plazos dispuestos por la ley 24.390 respecto de la prisión preventiva pues su duración, y justamente en cuanto son legitimadas por aquéllas finalidades tutelares, no se juzga según el peligro de fuga o la duración excepcional del proceso, sino y en la medida en que subsistan todas aquellas situaciones de hecho previstas en las mencionadas disposiciones legales que hubieren tornado necesaria la entrega del menor a una institución, para su cuidado, educación, protección y tutela; y aún, con independencia de que el menor haya resultado absuelto o sobreesido. Incluso pueden durar hasta la mayoría de edad.

Es que, esa ley se autodefine como reglamentaria del artículo 7°, inciso 5°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dispone que "toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso" -artículo 9, y 10 con la modificación operada por la ley 25.430-. En el artículo 8, limitaba su aplicación a los casos comprendidos en ella, que son los relativos a los plazos de la "prisión preventiva", tal como se destaca en su título; régimen del cual, como se dijo, están expresamente excluidos los menores por el artículo 315 del C.P.P.N.-. Y establecía un plazo de dos años, con una prórroga de un año y otra de seis meses para los procesados que habiendo cumplido aquel lapso de detención en prisión preventiva no hubiesen sido juzgados en forma definitiva (arts. 1° y 2°) -con la modificación efectuada por la ley 25.530 la prórroga se fija en un año, excluyéndose el cómputo de éstos plazos cuando se cumplieren luego de que se hubiese dictado una sentencia condenatoria, aún cuando no se encuentre firme-. Además se disponía, que transcurrido el plazo mencionado, se debía computar por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión (art. 7°, ahora derogado), regla que la defensa pretende se aplique al caso juzgado computándose a tal fin el plazo que el menor permaneció dispuesto por orden del juez de menores con régimen de internación.

La incompatibilidad fundamental de estos regímenes en atención a todo lo antes dicho en cuanto a la naturaleza y finalidad de las medidas de internación de carácter tutelar que puede disponer el juez respecto del menor que ha delinquido, surge evidente; pues la compensación que procuraba la ley 24.390 por la excesiva duración de la prisión preventiva de los mayores se sustentaba, justamente, en que la actuación de la ley es el objetivo del encierro sufrido durante el proceso.

En el precedente "O., M. de los A. s/ recurso de casación" -rto. el 17 de julio de 2001, por la Sala I de esta Cámara de Casación-, se destacó que la aplicación de esta ley al régimen de menores, presentaría, la dificultad de que, entonces, el plazo razonable de duración de las medidas de internación de un menor con fines tutelares sería de tres años, por lo cual la posibilidad de su disposición -legalmente acordada- hasta los 21 años "se vería limitada a toda medida que no implique internación, ni siquiera en comunidades terapéuticas", y "Se daría entonces el contrasentido de que el Juez penal que tiene la disposición o tutela del menor no pudiera ejercerla más allá de ese lapso".

En definitiva, la naturaleza y esencia de las medidas de carácter tutelar que la ley autoriza a disponer respecto del menor en el marco de un proceso penal, aunque alguna de ellas pueda ser desarrollada en una institución de régimen cerrado, es en sustancia disímil de la privación de la libertad con carácter netamente cautelar contemplada por el C.P.P.N., tanto en sus fines, fundamentos, como caracteres del tratamiento y asistencia que deben brindársele a un menor.

Y, es esa diferencia, a mi modo de ver relativa también a aspectos sustanciales de ambas clases de medidas que deben soportar los menores y los adultos, respectivamente, con motivo de un proceso penal, la que me ha llevado a considerar improcedente su equiparación a los efectos de lo previsto en el artículo 24 del Código Penal y 7 de la ley 24.390.

Es por ello que, la circunstancia de que algunas medidas tutelares se desarrollen bajo régimen cerrado, como lo adelanté, no autoriza a considerarlas "idénticas" por el hecho de que guarden como denominador común la privación de la libertad. La interpretación propuesta no implica desconocer, ni menos obviar, en modo alguno, que éstas medidas que además impliquen encierro (y que son sólo algunas dentro de un amplio espectro de las que pueden disponerse con carácter tutelar) obviamente se cumplen mediante la restricción de aquél derecho fundamental, sino, antes bien, reconocer todas las diferencias apuntadas, ordenadas por la ley, y que tampoco pueden eludirse en el análisis que ahora se reclama, y que impiden, justamente, que se las consideren situaciones "iguales" a la luz de la normativa en cuestión. Tampoco se contrapone con la regla 11.b. de las "Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad", pues, como se adelantó, del hecho de que allí se convenga que la internación de un menor deba entenderse como "privación de libertad" no resulta su equiparación a todos los efectos legales, en tanto dicha conceptualización tiene la finalidad de determinar las medidas estatales a las que deben aplicarse las reglas allí convenidas. Sin embargo, y para los casos en que las situaciones de hecho que implican las medidas dispuestas, aún formalmente, como "tutelares" en relación a un menor, fueran en la práctica "idénticas" o sustancialmente similares a las privaciones de la libertad que con objetivos netamente cautelares se ordenan respecto de una persona imputada de delito y en el marco de un proceso penal a la luz de lo dispuesto en el código de rito de la Nación (respecto de los adultos, e incluso respecto de menores

-pero con carácter excepcional- en el artículo 411), sí procede su equiparación, pero siempre en el caso concreto y en resguardo de la garantía de igualdad ante la ley, a fin de que idénticas situaciones de hecho se vean regidas por los mismos principios jurídicos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 de la C.N.. Debiendo además denunciarse estas situaciones o prácticas, por resultar inconstitucionales.

En definitiva, y sin perder de vista la cuestión precisa que se somete ahora a la votación de esta Cámara en pleno: "Si corresponde aplicar el cómputo previsto en la ley 24.390 a las medidas de internación dispuestas respecto a menores sometidos a proceso penal (ley 22.278)", considero que resulta improcedente la equiparación en el análisis teórico de institutos tan disímiles: las medidas de internación de neto corte tutelar y las privaciones de la libertad con fines cautelares, que, en modo alguno, lo permiten. Considero que, esto último sí implicaría la cristalización "del miedo a llamar las cosas por su nombre", y la propensión a evadir una situación, mediante una "manifestación suave o decorosa de ideas cuya recta y franca expresión sería dura o malsonante" (definición de "eufemismo" según el Diccionario de la Real Academia Española).

No desconozco la cuestión más profunda que surge latente en este tipo de debates, aunque respecto a la política legislativa en materia de minoridad y delincuencia juvenil, y en tal sentido los razonables y justos motivos, que en sustancia comparto, y que conllevan la necesidad de efectuar una inmediata, profunda y pensada reforma al régimen penal de menores, que se adecue además a los estándares de la Convención Internacional del Niño, en particular a los artículos 37, 39 y 40; 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).

Tampoco ignoro "los eufemismos" con los que se ha manejado la justicia penal de menores, remarcados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente ""M.D.E. y otro", el 7 de diciembre de 2005, para los casos en que la privación de la libertad de los menores haya sido desarrollada en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de adultos". Pero esos casos, no autorizan a responder de modo afirmativo y genérico al interrogante que motiva este plenario, que admite múltiples variantes en la teoría y en la práctica.

Para concluir, no se trata entonces de que todo encierro sufrido por un menor en el marco de un proceso penal sea ajeno a la aplicación de las disposiciones en cuestión: la ley 24.390, sino de que queden fuera de ese cómputo las medidas de internación de carácter netamente tutelar a las que fue sometido el menor.

La señora Juez doctora Ana M. Capolupo de Durañona y Vedia dijo:

Que he de adherir al meduloso voto de la distinguida colega doctora Amelia Lydia Berraz de Vidal, por resultar sus argumentos

sustancialmente análogos a mis expresiones vertidas en los precedentes de esta Sala, causa Nro. 4227, "D. C., H. M. s/recurso de casación", Reg. n° 6068.4, rta. el 27/09/04 y causa Nro. 4608, "M., A. O. s/recurso de casación", Reg. n° 6495.4, rta. el 6/04/05, a los cuales me remito en honor a la brevedad.

Así voto.

El señor Juez doctor Eduardo R. Riggi dijo:

Que coincidimos con lo expresado por la doctora Amelia Lydia Berraz de Vidal y adherimos a su propuesta, que da sólidos y suficientes fundamentos para concluir que la ley 24.390 es aplicable a los menores de edad sometidos al régimen de la ley 22.278. Por lo demás, los lineamientos de su voto coinciden con el criterio adoptado por esta Sala IIIa. en las causas n° 1675 "Enrique, Antonio Manuel s/recurso de casación", registro n° 304/98, resuelta el 17 de julio de 1998 y n° 5300 "A. A., M. A. s/recurso de casación", registro n° 826/2004, resuelta el 17 de diciembre de 2004.

Con respecto al modo de computar los períodos discontinuos de detención, vale reproducir cuanto sostuvimos en la causa "Enrique" y con posterioridad en "A. A., M. A.", en punto a que "...para la realización del cómputo de pena, debe tenerse en cuenta todo el tiempo de prisión padecido en la causa (o en los procesos unificados) por el imputado con anterioridad a la sentencia definitiva, aún cuando el encierro resulte interrumpido... por la fuga del reo o por la concesión de una excarcelación que posteriormente se revoca. Y ello es así, más aún desde la sanción de la llamada ley del dos por uno, ya que la presente ley es reglamentaria del artículo 7, punto 5, de la Convención Americana de los Derechos Humanos (artículo 9 de la ley 24.390) y ha sido sancionada en el marco de este y otros tratados internacionales incorporados en el artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional (conf. reforma de 1994), cuyo claro y evidente objetivo es lograr que la aplicación judicial de cualquier clase de medida restrictiva de la libertad se ajuste a exigencias humanitarias que reclaman un derecho penal mínimamente intenso, es decir, lo menos aflictivo y estigmatizante para los que infrinjan los mandatos y las prohibiciones penales (conf. el voto conjunto de los integrantes de est Sala en el fallo Plenario N° 3 de esta Cámara en la causa Molina, Roberto Carlos s/rec. de casación)."

También se dijo allí que "Por amplias que sean las facultades judiciales en orden a la aplicación e interpretación del derecho, el principio de separación de los poderes, fundamentalmente en el sistema republicano de gobierno adoptado por la Constitución Nacional, no consiente a los jueces el poder de prescindir de los dispuesto expresamente por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto (C.S.J.N., Fallos: T. 263 p. 460). Por lo demás, el legislador no ha plasmado en la ley discriminación alguna respecto de los lapsos de encarcelamiento preventivo cumplidos en forma discontinua; no advirtiéndose en el caso razones jurídicas que autoricen o habiliten a resolver consagrando en

perjuicio del impugnante una distinción que el ordenamiento legal no efectúa".

Tal es nuestro voto.

El señor Juez doctor Pedro R. David dijo:

Adhiero al voto del doctor Rodríguez Basavilbaso, con las consideraciones de la doctora Berraz de Vidal, en cuanto a que resulta aplicable el cómputo previsto en la ley 24.390 a las medidas de internación dispuestas respecto de menores sometidos a proceso penal en virtud de la ley 22.278.

Ello, por cuanto la equiparación viene dada por las Reglas de las Naciones Unidas para los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 el 14 de diciembre de 1990 que definen como privación de libertad, en su punto II.b, a "toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permite salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública".

Esta es la interpretación que más se adapta al cumplimiento de las obligaciones que hemos asumido internacionalmente al adherir a la Convención sobre los Derechos del Niño, ahora incorporada a nuestra Constitución Nacional en virtud del art. 75, inc. 22, en tanto prescribe que "en todas las medidas concernientes a los niños que toman las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Y además, "en lo que hace a la detención o prisión preventiva... la Convención sobre los Derechos del Niño no contiene disposiciones especiales, pero reconoce, siguiendo las Reglas de Beijing, que toda privación de libertad, inclusive 'la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se utilizará tan sólo como medida de último recurso, durante el período mas breve que proceda' (art. 37.b) (Reglas de Beijing 13.1 y 13.2)" (conf.: David, Pedro R., "Sociología Criminal Juvenil", Editorial Lexis Nexis Depalma, Sexta Edición Actualizada, Buenos Aires, 2003).

En este mismo sentido, me he pronunciado in re: "R., M. H. s/recurso de casación", causa n° 4533, reg. 5949, rta. el 28 de agosto de 2003; "M., C. A. s/recurso de casación", causa n° 5149, reg. 6771, rta. el 5 de agosto de 2004; "S., F. A. s/recurso de casación", causa n° 5401, reg. 7400, rta. el 11 de marzo de 2005, entre muchas otras.

La señora Juez doctora Angela E. Ledesma dijo:

I. Que en su oportunidad he adherido a la solución propuesta por el Dr. Tragant, en la causa N° 5300 "A. A.,M. A s/ recurso de casación" rta. el 17 de diciembre de 2004, registro nro. 826/2004 de la Sala III de esta Cámara, en la que se resolviera aplicar la ley 24.390 para los casos en que los menores hayan superado -durante el periodo de internación- los dos años a los fines de computarlo en los términos del art. 24 del C.P..

Que la cuestión traída a examen de este Plenario se circunscribe, en definitiva, a valorar si la internación de los menores resulta equivalente a la prisión preventiva a los fines de aplicar la denominada ley del dos por uno.

Al respecto, entiendo que la diferencia que existe entre ambos institutos se limita al nomen iuris que se le asigna pues en esencia ambos son similares. Los denominadores comunes de aquellos institutos se caracterizan por: tener un plazo determinado, se cumplen en establecimientos, se les aplica a quienes no han sido condenados por el hecho que se le imputa, se computan a los efectos de la pena que finalmente se imponga y son medidas de coerción que restringen la libertad.

Que en nada incide qué intención persigue uno y otro instituto, pues lo que realmente interesa, para comprender cabalmente el alcance de la discusión, es si la persona vio restringida su libertad ambulatoria durante la sustanciación o suspensión de un proceso penal.

Como sostiene Casnati "...en el derecho penal de menores (no juvenil) aún se levanta la bandera de la "protección", aunque nadie admita ni consienta gustoso que lo encierren para "protegerlo", y que se haya desmoronado definitivamente la creencia de las ventajas de los institutos de menores y sus tratamientos para la rehabilitación social. Contradicción que durante muchas décadas se solucionó recurriendo al eufemismo de cambiar la palabra "prisión" por "internación", pensando que ésta podía traer buenos frutos por sus especiales características terapéuticas. Hoy día admitimos que todo lugar del que no se pueda salir por propia voluntad es privativo de libertad y que toda privación de la libertad produce una paulatina aniquilación subjetiva. En estas condiciones ya no podemos hablar de "intervenciones que protejan"... " (Casnati, Tristán Derecho Penal Juvenil. Algunos Aspectos procesales y sustanciales, publicado en La Ley, Gran Cuyo, www.laleyonline.com).

Además conforme lo expresa Ovalle no resulta razonable sostener que una persona que se encuentra alojada en un lugar del cual no puede salir por su propia voluntad, no se halla privada de la libertad porque el nombre que se le ha asignado no sea "prisión preventiva", razón por la cual la internación de los menores debe ser asimilada a la prisión preventiva que sufre una persona mayor de 18 años de edad, aunque más no sea por una aplicación analógica in bonam partem. (Ovalle, Fernando L. La ley 24.390 sigue dando tela que cortar: la aplicación del 2x1 a los menores y la inclusión de los tiempos interrumpidos de detención a efectos de la duplicación del cómputo, publicado en suplemento Penal, 2004 y en www.laleyonline.com)

Por su parte, el mismo autor añade que "...si alguna duda aun cupiera respecto a que los menores sufren de una privación de su libertad semejante a la prisión preventiva (por más que se la haya bautizado con el término "internación"), basta con realizar algunas investigaciones de campo al respecto para comprobar que los menores son trasladados esposados a los tribunales cuando estos los requieren (igual que los mayores), se los aloja en celdas (curiosamente como los adultos); en sus lugares de detención -perdón, de internación- reciben visitas en días

preestablecidos (regímenes idénticos al de los mayores) y tantas otras coincidencias que hacen -también por estas simples circunstancias- que la distinción con los imputados mayores -en orden a la aplicación del beneficio en trato- constituya una palmaria arbitrariedad e injusticia"(cfr. Ovalle, Fernando, op. cit.).

Ahora bien, y más allá de las similitudes que desde el plano de la realidad se pudieran encontrar para considerar al encierro tutelar como medida cautelar, la solución debe encontrarse en los parámetros establecidos en los tratados internacionales. Antes bien, cabe recordar que "(l)a supremacía constitucional supone una graduación jerárquica del orden derivado, que se escalona en planos distintos. Lo más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la constitución (...) Dada la estructura federal de nuestro estado (...) la constitución prevalece sobre todo el orden jurídico-político del estado ..." (Bidart Campos, Germán: Tratado Elemental de Derecho constitucional Argentino, Tomo I-A, nueva edición, Buenos Aires, 2000, pp. 399, 402 y 203).

Que a partir de 1994, la Convención sobre los Derechos del Niño integra la Constitución Nacional resultando el marco mínimo de reconocimientos y respeto a los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado.

A su vez, la aplicación de otros instrumentos internacionales (Las Reglas Mínimas de la Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil -Reglas de Beijing-, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil -directrices de Riad-), son aquellos que sin tener la fuerza vinculante que tiene para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y por ello son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la ONU (Cfr. Beloff, Mary A. La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno; en "La aplicación de los tratados internacionales sobre los derechos humanos por los tribunales locales" AAVV, PNUD, Editores del Puerto, 1996; pag. 627).

Así, aquellos instrumentos "...constituyen un cambio en la materia que ha sido caracterizado como el pasaje de la consideración del menor objeto de tutela, propio del modelo de 'situación irregular' imperante en los países latinoamericanos hasta fines de la década del 80(...), al reconocimiento del niño y del joven como sujetos de derechos" (Beloff, Mary; Mestres, José Luis: Los recursos en el ámbito de la justicia de menores en AA.VV. "Los recursos en el procedimiento penal", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 177. También en Beloff, Mary: Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina en AA.VV. "Infancia, Ley y Democracia en América Latina", Temis/ Depalma, Santa Fe de Bogota/ Buenos Aires, 1998, p. 87 y 91).

Que de la normativa internacional vigente en la materia las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la

Libertad, nos permite resolver el planteo introducido en el Plenario. Al expresar en su art. 11 b) que "por privación de la libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa y otra autoridad pública" nos demuestra que no existen diferencias entre los institutos analizados, pues lo central es la privación de la libertad del menor.

Que la obligación de aplicar internamente aquellos instrumentos fue reconocida por la Corte Suprema al sostener que "...(l)a consideración rectora del interés superior del niño que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, lejos de erigirse en una habilitación para prescindir de toda norma jurídica superior, constituye una pauta cierta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo, obviamente, a la Corte cuando procede a la hermenéutica de los textos constitucionales"(fallos 324:975).

A lo dicho debe sumarse otra pauta interpretativa, para reforzar mi posición, representada por la estricta aplicación del principio pro homine. Aquél constituye el criterio hermenéutico que -por la diversidad de normas internas e internacionales vigentes- informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos...(Pinto, Mónica, El principio pro homine. Criterios de Hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos en "La aplicación de los tratados internacionales sobre los derechos humanos por los tribunales locales", AAVV, PNUD, Editores del Puerto, 1996 pag. 163 y ss.). De esta forma, una interpretación progresiva de los derechos humanos nos lleva a concluir que la equiparación de la medida tutelar a la prisión preventiva -y la aplicación de la ley 24.390- resulta consecuente con la protección más extensiva en favor del interés superior del niño.

Por otro lado, el estricto cumplimiento del principio de legalidad nos demuestra que si la ley 24.390 nada dice respecto a la exclusión de los menores en el cómputo sobre la prisión preventiva no puede existir impedimento para su aplicación. Lo contrario, implicaría una interpretación restrictiva sobre un beneficio que materializa la garantía del plazo razonable (arts. 8.1 de la CADH, 9.1 del PIDCyP, y art. 7 de la ley 24.390).

Antes bien, resulta incongruente reconocer el tiempo de internación a los fines de computarlo como pena (art. 24 del CP) y al mismo tiempo excluir la aplicación de la ley 24.390 cuando el plazo de encierro durante la sustanciación de un proceso penal excede los tiempos de detención señalados por aquella norma.

Por último, la imposición de una pena como resultado negativo de una medida tutelar -que en muchos casos resulta traumática para los menores- constituye un fracaso del sistema y no del menor,

circunstancia que también debe ser valorada para considerar la mejor situación en favor de aquél durante ese período. Con respecto a ello, se sostiene que "...la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorias especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que (aquél) debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades" (Cilero Bruñol, Miguel: El interés del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en AA. VV. "Infancia, Ley y Democracia en América Latina", citado, p. 77).

En consecuencia, voto por la aplicación el cómputo previsto en la ley 24.390 a las medidas de internación dispuestas a menores en virtud de la ley 22.278.

Tal es mi voto.

El señor Juez doctor Juan E. Fégoli dijo:

Me convoca este plenario a fin de determinar "Si corresponde aplicar el cómputo previsto en la ley 24.390 a las medidas de internación dispuestas respecto a menores sometidos a proceso penal (ley 22.278)".

En relación al tema sometido a consideración he tenido oportunidad de pronunciar al expedirme in re: "R., M. H. s/ recurso de casación", causa n° 4533, reg. n° 5949 rta. el 28/8/03; "T., L. A. s/ recurso de casación", causa n° 5987, reg. n° 8050 rta. el 28/10/05 y "B., A. N. s/ recurso de casación", causa n° 5983, reg. n° 8112 rta. el 16/11/05; "M., C. A. s/ recurso de casación" causa n° 5149, reg. n° 6771 rta. el 5/8/04; "S., F. A. s/recurso de casación" causa n° 5401, reg. 7400 rta. el 11/3/05, entre otras.

En tales precedentes sostuve que tanto el Código Penal como las constituciones se valen de expresiones distintas, a veces no muy precisas, para captar el concepto genérico de "detención" y a veces lo unifican con el de "prisión preventiva" sufrida, como ocurre con el artículo 24 del Código Penal (Cfr. Clariá Olmedo, Jorge A.; "Derecho Procesal Penal", Tomo II, pág. 454).

Núñez al comentar esa norma señaló que, a los efectos del cómputo, debe agregarse al tiempo de efectiva prisión preventiva el tiempo de privación de libertad que a título de "detención" sufrió la persona con motivo del delito objeto de la condena siendo computables a tales fines, vgr. la internación durante el proceso por incapacidad sobreviniente y la internación privativa de libertad a los efectos del tratamiento tutelar requerido como requisito para la imposición de pena a un menor -art. 4 n° 3 de la Ley 22.278-. (Cfr. "Las Disposiciones Generales del Código Penal", pág. 85).

Por su parte las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en su punto II.b) definen como privación de libertad a "toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se

permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública".

Diferenciar la prisión preventiva del sistema tutelar o de disposición de menores en institutos especializados, sólo en lo que respecta al cómputo produciría, el deterioro del principio constitucional de igualdad ante la ley, debido a que tanto sufre física y moralmente las consecuencias del encierro preventivo un menor "internado" en un instituto especializado como un adulto procesado con prisión preventiva en una unidad penitenciaria.

Nuestra Constitución Nacional ha establecido el principio de igualdad - igual tratamiento para situaciones iguales- irrevocablemente a favor de todos los habitantes de la Nación, propósito que se debilita o se corrompe cuando se introducen distinciones que, directa o indirectamente, se traducen en obstáculos o postergaciones para la efectiva plenitud de los derechos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley 23.849 e incorporada a la Constitución Nacional en virtud del artículo 75 inc. 22, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para jóvenes privados de libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la administración de Justicia juvenil (Directrices de Riad), representan las bases para avanzar en los compromisos internacionales asumidos, en pos de disminuir la brecha entre la retórica de los derechos del niño y la realidad de la aplicación práctica de los mismos.

La idea central de este aparato normativo es que ningún niño puede estar en peor situación penal ni procesal que un adulto que hubiera realizado la misma conducta punible, y que tienen el derecho de beneficiarse con todas las eximentes y atenuantes que operan a favor de los adultos que hubiesen cometido los mismos hechos, por imperio de la convención con jerarquía constitucional". (Cfr. Zaffaroni, Raúl Eugenio; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro; Manual de Derecho Penal. Parte General; Ed. Ediar, 2005, páginas 142/143).

A mi ver resulta ineludible optar por la interpretación que se traduzca en el resultado más justo y acorde con las exigencias internacionales, preservando el principio de igualdad ante la ley, a fin de que ante situaciones fácticas equivalentes, éstas se vean regidas por los mismos principios jurídicos (artículo 16 de la Constitución Nacional).

Sin temor de ser redundante, debo anotar además, que con el dictado de la ley 24.390 se instrumentó un sistema restitutivo o de compensación para el imputado, sin hacer distinción alguna respecto de su aplicación a menores o sólo a adultos; la norma sólo refiere al "imputado" sin realizar diferenciaciones (arts. 3, 4, 5 y 6 ley 24.390).

A mayor abundamiento, y como reiteradamente lo sostuviera el Alto Tribunal, la inconsecuencia o la falta de previsión no deben suponerse en el legislador, debiéndose adoptar una exégesis que concilie a las normas entre sí y las deje a todas con valor y efecto (Cfr. C.S.J.N. Fallos: 255:192 y 360; 258:17 y 75; 262:41, 470 y 477; 281:146; 278:62; 297:142).

Dicha hermenéutica es la que mejor se compadece con una regla esencial en materia de interpretación legal, según la cual, la primera fuente a la que debe acudir para desentrañar el contenido de una norma es a su propio texto, y éste no excluye de su alcance el régimen de menores.

Así ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en materia de interpretación jurídica debe tenerse en cuenta no sólo la letra de la norma, sino también la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad (Fallos: 312:2192, disidencia del juez Petracchi; 320:875, entre otros).

Por último y teniendo en cuenta que al realizarse los cómputos de pena se descuentan los períodos en que el menor estuvo internado, resultaría falta de equidad no aplicar respecto de los menores sometidos a proceso penal las previsiones que se derivan de la ley 24.390.

Así las cosas y frente al cómputo de la internación como prisión preventiva (en los términos del art. 24 del C.P.), no encuentro óbice para la aplicación de los arts. 1° y 7° de la Ley 24.390 cuando ese período supere el plazo de dos años sin que el tribunal se haya pronunciado respecto de la responsabilidad del menor. Tal es mi voto.

El señor Juez doctor Guillermo J. Tragant dijo:

Que al decidir la admisibilidad del recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto en la causa n° 5908 "C. F., M. R.", de la Sala I de este Cuerpo, (Reg. 159, del 26/9/2005), en el punto dispositivo 2°) de dicha resolución se consignó que el temario a resolver era "Si corresponde aplicar el cómputo previsto en la Ley 24.390 a las medidas de internación dispuesta respecto de menores sometidos a proceso penal (ley 22.278)".

No obstante, según quedó conformado el voto de la mayoría, los temas a tratar eran en realidad dos: primero, si el cómputo establecido por la Ley 24.390 resulta aplicable a los menores de edad que se hallan privados de su libertad, y si los períodos de detención por un plazo superior a dos años sin que el tribunal hubiese dictado sentencia definitiva, debían ser considerados comprendidos en los artículos 1° y 7° de la referida ley; y segundo, si en este último supuesto, se debe tener en cuenta la totalidad de los períodos de encierro aún cuando éste sea interrumpido por causas atribuibles al imputado.

En consecuencia, de acuerdo a los lineamientos expuestos al votar en la causa n° 5300 de esta Sala "A.A.M. s/recurso de casación", reg. 826/04, del 17/12/2004, en donde sostuve que resulta de plena aplicación el cómputo privilegiado previsto por el art. 7° de la Ley 24.390 al régimen de internación de menores, y que para la realización del cómputo de la pena, debe tenerse en cuenta todo el tiempo de prisión padecido en la causa (o en los procesos unificados) por el imputado con anterioridad a la sentencia definitiva, aún cuando el encierro resulte interrumpido por la fuga del reo o por la concesión de una excarcelación que posteriormente se revoca (cfr. causa n° 1675 "Enrique, Antonio Manuel s/recurso de casación", reg. 304/98, del 17/7/98), adhiero a la propuesta del Dr. Eduardo R. Riggi.

Es mi voto.

El señor Juez doctor Raúl R. Madueño dijo:

En el momento de emitir mi voto in re "A. S., C. F. s/ recurso de casación", causa n° 4923, reg. n° 6772, rta. el 5/8/04 y "R., M. N. s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", causa n° 5212, reg. n° 6905, rta. el 13/9/04, señalé que las medidas tuitivas que prevé la legislación vigente tanto en el ámbito local como internacional -leyes 10.903, 22.278 y arts. 20 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño- no pueden ser asimiladas a las de coerción personal que autoriza el Código Procesal Penal de la Nación, sin perjuicio de que se pueda considerar el tiempo de internación in bonam parte al sólo efecto de la aplicación del beneficio establecido en la ley 24.390.

Ahora bien en virtud a la relevancia que posee el tema traído a estudio he de realizar las siguientes valoraciones: señaló nuestro más Alto Tribunal que la consideración rectora del interés superior del niño que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, lejos de erigirse en una habilitación para prescindir de toda norma jurídica superior, constituye una pauta cierta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo, obviamente, a la Corte cuando procede a la hermenéutica de los textos constitucionales (Fallos 324:975). También sostuvo que los menores requieren -a más de la especial atención de quienes están obligados a su cuidado- la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés de la autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento en estos casos (dictamen de la Procuración General de la Nación al que se remitió la Corte en N.108.XXXIX, "Neira, Luis Manuel y otra c/ Swiss Medical Group S.A." rta. el 21/8/03).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28/8/2002 tuvo ocasión de señalar que la expresión "interés superior del niño" consagrada en el art. 3° de la Convención del Niño implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como principios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño (confr. Revista "Investigaciones" publicada por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 3, año 2001, pág. 433). En este punto, cabe subrayar que dicho instrumento internacional en su artículo 6.2 establece que los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

En su comentario a este precepto, señala Inés Weinberg que el compromiso asumido por los Estados partes con relación a los niños no se agota en la preservación de la vida intrauterina sino que se extiende también a la prevención y eliminación de todos aquellos flagelos que puedan provocar sin justificación su muerte prematura o que constituyan un campo propicio para impedir su desarrollo adecuado y digno, vale decir, la erradicación de todos los factores que puedan

disminuir la calidad de vida o aniquilarla se encuentran comprendidos en dicha obligación (confr. Inés M. Weinberg, "Convención sobre los Derechos del Niño", Buenos Aires, 2002, pág. 144).

Cabe aquí recordar que las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores -Reglas de Beijing- en su artículo 1.2 establecen que los Estados Miembros se esforzarán por crear condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad, fomentando durante el período de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado, un proceso de desarrollo personal y educado lo más exento del delito y delincuencia posible.

Por su parte, el art. 20.1 de la Convención prevé el supuesto en que el niño deba ser temporal o permanentemente privado de su medio familiar en virtud de un interés superior que exija sustraerlo de ese ámbito, en cuyo caso los Estados Partes garantizarán de conformidad con sus leyes nacionales otro tipo de cuidado para esos niños, entre los cuales figura su colocación en instituciones especiales.

A mayor abundamiento, en su Observación General N° 13, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señaló que conforme lo dispuesto por el artículo 14 párrafo 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta la importancia de estimular su readaptación social, recalando a su vez que los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14 (confr. Revista "Investigaciones" publicada por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tomo 1, año 2002, pág. 274).

Las medidas previstas por el artículo 14 de la ley 10.903 y por los artículos 2° y 3° de la ley 22.278 se encuentran amparadas en nuestra Constitución Nacional así como en los instrumentos internacionales incorporados a ella, tal como se detallará a continuación.

Liminarmente, es del caso recordar que por vía del artículo 75 inciso 22 de nuestra Carta Magna, se otorgó jerarquía constitucional, entre otros, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por su parte, el inciso 23 del mismo artículo reconoce como atribución del Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto a los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad, autorizándolo inclusive a dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental.

Pasando a los instrumentos internacionales aludidos, el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las

autoridades competentes determinen de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, determinación que puede ser necesaria, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres.

Asimismo, el artículo 20 prevé el supuesto de que el interés superior del niño exija que sea separado de su medio familiar, en cuyo caso el incapaz tendrá derecho a la protección y asistencia especial del Estado, entre la que se encuentra la colocación en instituciones adecuadas.

El artículo 37, a través de sus cuatro incisos regula los recaudos que deberán adoptarse y las garantías que deberán rodear la privación de la libertad de los menores, estableciendo que el encarcelamiento se utilizará como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda, debiendo velarse por el trato digno y humanitario del menor, separándolo de los adultos y manteniendo su contacto familiar por medio de correspondencia y visitas, asegurándole el acceso a la asistencia jurídica así como el derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad y a una pronta decisión sobre dicha acción.

A su vez, el artículo 39 insta a los Estados Partes a adoptar las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación y abuso, la cual se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Finalmente, el artículo 40 establece las garantías que deberán rodear los procesos penales iniciados contra menores imputados de la comisión de un delito, disponiendo en su apartado 4° las medidas que deberán adoptarse para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar, incluyendo la orientación, supervisión, asesoramiento, libertad vigilada, colocación en hogares de guarda, programas de enseñanza y formación profesional así como otras medidas alternativas a la internación en instituciones.

La cita no se agota aquí. En efecto, confrontadas las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil - Directrices de Riad de 1990- como pauta orientativa cabe recordar que en su artículo 1° apartado e) reconoce el hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta; por su parte, el art. 54 establece que ningún niño o joven deberá ser objeto de medidas de corrección o castigo severos o degradantes en el hogar, en la escuela ni en ninguna otra institución; en tanto el art. 56 dispone que a fin de impedir que prosiga la estigmatización, victimización y criminalización de los jóvenes, deberán promulgarse leyes que garanticen que ningún acto que no sea considerado delito ni sea sancionado cuando lo comete un adulto se considere delito ni sea objeto de sanción cuando es cometido por un joven.

Al respecto, es del caso señalar que la disposición de un incapaz prevista por el artículo 14 de la ley 10.903 no equivale necesariamente a su internación, ni significa que -en todos los casos- el menor vaya a ser separado de su medio familiar.

Es que tal como lo preceptúa el art. 17 del mismo cuerpo legal, la disposición consiste en someter a un menor a la vigilancia del magistrado con la concurrencia del Consejo Nacional del Menor, cuando el incapaz resulte acusado de un delito y se encuentre material o moralmente abandonado o en peligro moral.

Dicha vigilancia puede adoptar diversas modalidades que abarcan desde realización periódica de entrevistas domiciliarias a través de delegados inspectores designados por el tribunal hasta la internación en instituciones especializadas cuando el tratamiento ambulatorio no resulte suficiente en orden a asegurar el cumplimiento de los fines tuitivos que inspiran la normativa, medida que se adopta -por lo general- cuando el entorno familiar no resulta apto para proporcionar al incapaz el marco afectivo y de contención necesario para reencausarlo.

De lo dicho se colige que el Estado protege a los menores de una manera especial mediante un juicio rodeado de mayores garantías. Dejar de lado la aplicación de la ley 24.390 es poner a los menores en inferioridad de condiciones con respecto a los imputados mayores, es restarle garantías, cuando el sistema, como lo vimos, busca justamente lo contrario.

A manera de corolario y a la luz de lo dispuesto por los artículos 18, 19, 75 incisos 22 y 23 de nuestra Constitución Nacional, 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los demás documentos internacionales ya citados, puedo señalar que se consagran los siguientes principios, específicos para el menor acusado de infringir la ley penal, como titular de derecho y conforme la expresión "interés superior del niño" (art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño): 1°) Principio de Prevención -art. 9 de las Directrices de Riad-; 2°) Principio de Humanidad que atienda al bienestar del menor -arts. 9, 20 y 37 de la Convención y 1°, 5 y 6 de las Reglas de Beijing y 32 a 39 de las Directrices de Riad-; 3°) Principio de Jurisdiccionalidad -arts. 37 y 40 de la Convención y 14 de las Reglas de Beijing-; 4°) Principio de Inviolabilidad de la Defensa -arts. 37 y 40 de la Convención, 10 y 15 de las Reglas de Beijing-; 5) Principio de Contradicción -arts. 40 de la Convención y 7 de las Reglas de Beijing-; 6°) Principios de Legalidad y Proporcionalidad de la Sanción -arts. 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2 y 17 de las Reglas de Beijing y 54 y 56 de las Directrices de Riad-; 7°) Principio de Impugnación -arts. 37 y 40 de la Convención y 17 de las Reglas de Beijing-; 8°) Principio de Reserva de Identidad e Intimidad -arts. 16 y 40 de la Convención y 8 de las Reglas de Beijing-; 9°) Principio de Protección Integral como responsabilidad del Estado -art. 3° de la Convención, 1° de las Reglas de Beijing y arts. 1° y 10 de las Directrices de Riad-.

No es necesario aclarar que la internación de un menor no es lo mismo que la prisión preventiva, son institutos distintos, con finalidades diferentes. Sin perjuicio de ello lo cierto es que el menor, llámese

internación, detención o prisión preventiva, ha perdido su libertad. Nos encontramos ante un régimen especial con características propias, en el que la pérdida de libertad no deja de ser eso: pérdida de libertad.

Si consideráramos que el sistema de la ley 24.390 no se aplica para los menores nos podríamos encontrar ante casos en los que la condición de menor lo perjudicaría en lugar de beneficiarlo. Ya que ante una sentencia condenatoria el menor deberá cumplir la totalidad de la pena impuesta en cambio si fuera mayor se le descontarían los días que estuvo privado de su libertad sin que hubiera recaído sentencia condenatoria.

Con relación a este tema el art. 19 de la Ley 26.061 -Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes- define a la privación de la libertad como la ubicación de la niña, niño o adolescente en un lugar del que no pueda salir por su propia voluntad. Sin distinguir entre detención o internación.

Se ha dicho que la ley 24.390 reglamenta la normativa internacional incorporada a la Constitución -art. 75 inc. 22 de la C.N.- en cuanto al derecho a ser juzgado en un tiempo razonable que incluye la limitación temporal del encarcelamiento procesal.

En esta línea de pensamiento cabe aclarar que ni los instrumentos internacionales sobre la materia (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc.) ni la misma ley 24.390 hacen diferencia alguna entre mayores y menores todo lo contrario los primeros hablan de "toda persona" y ésta última de imputado. Por ello no corresponde hacer un distingo si la ley no lo hace. De lo contrario se estaría manteniendo un sistema de justicia para niños inconciliable con las garantías del debido proceso. Los menores deben gozar por lo menos de las mismas garantías que los mayores.

Por último, de acuerdo al resultado de la votación al convocar el presente plenario, resta expedirme con respecto a si corresponde computar, a los fines de la ley 24.390, los períodos de detención sin sentencia definitiva superiores a dos años sufridos en forma discontinua o, si sólo debe computarse el tiempo de encierro transcurrido ininterrumpidamente.

He sostenido con anterioridad que desde antes de la reforma introducida por la ley 24.390, la doctrina y la jurisprudencia han entendido pacíficamente que para la realización del cómputo de la pena, debe tenerse en cuenta todo el tiempo de prisión padecido en la causa (o en los procesos unificados) por el imputado con anterioridad a la sentencia definitiva, aún cuando el encierro resulte interrumpido por la fuga del reo o por la concesión de una excarcelación que posteriormente se revoca. Y ello es así, más aún desde la sanción de la llamada ley del "dos por uno", cuyo claro y evidente objetivo es lograr que la aplicación judicial de cualquier clase de medida restrictiva de la libertad se ajuste a exigencias humanitarias que reclaman un derecho penal mínimamente intenso, es decir, lo menos aflictivo y estigmatizante para los que infrinjan los mandatos y las prohibiciones penales. Afirmar que para la realización del cómputo de pena conforme a la ley 24.390 sólo

puede tenerse en cuenta el tiempo de encierro sufrido ininterrumpidamente, resulta inconciliable con la letra manifiesta de la norma (conf. "M., C. A. s/ recurso de casación", causa n° 5149, reg. n° 6771, del 5/7/2004 y "C., F. S. s/ rec. de casación, causa n° 5335, reg. n° 7171, del 22/11/04).

A lo expuesto cabe agregar lo señalado, en similar sentido, por Carlos Creus en cuanto a que el juez al realizar el cómputo para declarar la fecha de extinción de la condena, debe excluir de la pena a cumplir efectivamente en el futuro el tiempo pasado en prisión preventiva ("Derecho Penal. Parte General", Buenos Aires, 1994, págs. 473/474); y por Zaffaroni, Alagia y Slokar, quienes afirman que cualquier privación de libertad sufrida durante la sustanciación del proceso y antes de la condena, es una pena, lo que hace que deba imputarse a la pena impuesta en la sentencia todo el tiempo cronológico de duración de la pena anticipada ("Derecho Penal. Parte General", Buenos Aires, 2002, pág. 943).

Por las consideraciones expuestas, voto porque se declare aplicable a la internación de los menores el cómputo de la ley 24.390 y que, a los fines de dicha norma, debe tomarse la totalidad del tiempo que el imputado permaneció privado de libertad previo a la sentencia definitiva, aún cuando dicho encierro haya sido interrumpido por cualquier circunstancia.

Por el mérito que ofrece la votación que antecede, el Tribunal, por mayoría, **resuelve:**

I_ DECLARAR como doctrina plenaria que, corresponde aplicar el cómputo previsto en la ley 24.390 a las medidas de internación dispuestas respecto de menores sometidos a proceso penal (ley 22.278).

II_ ANULAR la resolución del 21 de marzo de 2005, Registro n° 7522 de la Sala I de la Cámara (art. 11 de la ley 24.050).

Regístrese, hágase saber y remítase a la Sala de origen a los efectos que proceda conforme el art. 12 "in fine" del Reglamento de esta Cámara (Acordada N° 5/01). Regístrese, hágase saber y remítase a la Sala de origen a sus efectos.

Juan C. Rodríguez Basavilbaso - Alfredo H. Bisordi - Juan E. Fégoli - Pedro R. David - Liliana E. Catucci - Eduardo R. Riggi - Guillermo J. Tragant - Ana M. Capolupo de Durañona y Vedia - Angela E. Ledesma - W. Gustavo Mitchell - Amelia L. Berraz de Vidal - Raúl R. Madueño - Gustavo M. Hornos - Ante mí: Claudia B. Moscato de Santamaria (Secretaría de Cámara)