

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

REGISTRO Nro. 15.925 .4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 21 días del mes de noviembre del año dos mil once, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente y el doctor Mariano H. Borinsky como Vicepresidente, asistidos por la Secretaria de Cámara, Nadia A. Pérez, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 215/229 de la presente causa Nro. 14.415 del Registro de esta Sala, caratulada: “**B., N. S. s/recurso de casación**”; de la que **RESULTA:**

I. Que la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad resolvió confirmar el auto documentado a fs. 156/158 que disponía en lo que aquí respecta no hacer lugar al egreso del menor N. S. B. con sus progenitores (fs.188/190)

II. Que contra dicha resolución, la señora Defensora Pública Oficial, doctora Maria Luz de Fazio, defensora de N. S. B., interpuso recurso de casación (fs. 215/229), el que fue concedido a a fs. 232 vta..

III. Que encauzó sus agravios por la vía de ambos incisos del art. 456 del C.P.P.N. Sostuvo que la resolución es violatoria de la ley 22.278 y de la Convención de Derechos del Niño e inobservancia de las normas que el código establece imponiendo “in malam partem” los alcances de esas disposiciones y no permitiendo el egreso de B. bajo la responsabilidad de sus progenitores.

Se quejó porque la mayoría de los jueces no consideraron debidamente las constancias incorporadas al expediente tutelar, sino que reeditaron los argumentos de la instancia anterior basándose en el supuesto riesgo procesal de que incurriera el joven en caso de recuperar la libertad, la gravedad del hecho que se le atribuye y la falta de contención normativa y educativa de sus progenitores.

Señaló que de la lectura del voto se advierte la omisión de un análisis profundo y concreto acerca de las razones objetivas que permiten sostener que B. en caso de recuperar su libertad, no obstruirá los fines del proceso.

Sostuvo la defensa que la Corte Suprema ha sostenido que la liberación del régimen de internación a través de egresos periódicos aparece como un intento efectivo para reintegrar al menor a la sociedad libre, objetivo que de manera alguna podría lograrse intramuros.

Afirmó que las modalidades del hecho deben valorarse al tiempo de la eventual determinación de la responsabilidad penal de la persona involucrada. Señaló que la amenaza de pena que llevaría a abusar eventualmente de su libertad para evadirse de la justicia, no resulta tal pues se ve considerablemente morigerada por la posibilidad de que se le aplique el artículo 4 de la ley 22.278.

Por otra parte se agravó la defensa porque el voto mayoritario consignó que además del homicidio agravado por el uso de arma de fuego, se le siguen otros dos procesos, pero como señala el voto en disidencia, si bien son delitos que se le atribuyeron en otras causas anteriores, son hechos por los que resultó sobreseído por el inc. 5to. del art. 336 del C.P.P.N. Así afirmó que el principio de inocencia impide que se ponderen dichos sucesos que le fueron achacados cuando era menor de edad.

Asimismo señaló que de las constancias de la causa surge que el joven siempre ha tenido voluntad de someterse a proceso pues concurrió a todas las citaciones que se le cursaron. Expresó que no corresponde tener en cuenta –como lo hace el voto mayoritario– las inasistencias a la defensoría con asiento en el Barrio de Flores y al Programa de Libertad asistida, toda vez que datan del año 2009, es decir cuando B. detentaba la edad de quince años.

Sostuvo que la necesidad de mantener internado a B. con fundamento en evitar poner en peligro los fines del proceso constituye esa decisión en una suerte de pena anticipada olvidando que las restricciones a

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

la libertad de un menor se impondrán sólo tras un cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible.

Con respecto al último de los argumentos esbozados en la denegatoria, esto es, la falta de contención de los progenitores, señaló que la finalidad del tratamiento tutelar es lograr la resocialización del joven y que resulte innecesaria la imposición de una pena, por ello es imprescindible que pueda expresarse en libertad la concreción de los logros y el positivo cambio de actitud que ha experimentado durante el tiempo de internación, pues de otro modo sería imposible contar con elementos de juicio suficientes para decidir su libertad a corto plazo o adoptar una solución definitiva conforme los criterios que requiere el régimen minoril.

Señaló que B. se encuentra procesado por el delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego, lleva privado de su libertad casi cuatro meses, cuenta con un grupo familiar integrado, en el cual sus progenitores trabajan y se muestran preocupados por su situación, acudiendo al instituto los días de visita y aquellos que se destinan para reuniones por parte de los profesionales.

A su vez el menor ha tenido un cambio de actitud desde su ingreso al instituto incorporándose al tercer ciclo de la escuela, donde se relaciona bien con compañeros y docentes.

Señaló la Defensa que si bien no desconoce la necesidad de profundizar el tratamiento desde la perspectiva individual-familiar, dichas cuestiones no justifican la continuidad del encierro.

Dijo la Defensa que existen otras posibilidades alternativas a la internación, citando a modo de ejemplo al consorte de causa Gallardo que se encuentra en libertad desde el inicio de las actuaciones.

Concluyó en que el fallo posee una fundamentación insuficiente para resolver en contra de los intereses de su asistido.

Solicitó, en definitiva, que se haga lugar al recurso y que se conceda la libertad a su asistido junto a sus progenitores.

IV. Que en el marco de la realización de la audiencia prevista por el art. 465 bis, en función del art. 454 del C.P.P.N. (texto según Ley 26.374), se presentaron y expusieron sus argumentos en favor de la concesión del egreso anticipado de Nicolas S. B., la Defensora Pública de Menores ad hoc, doctora Karina Chavez y el defensor particular del nombrado, doctor Néstor Daniel Aguirre. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo: Gustavo M. Hornos y Mariano H. Borinsky.

El señor juez Gustavo M. Hornos dijo:

I. En cuanto a la admisibilidad del recurso de casación interpuesto, por el que se cuestiona la decisión de la Cámara de Apelaciones que resolvió confirmar la de la anterior instancia que no hizo lugar al egreso del menor N. S. B., considero que a esta Cámara Nacional de Casación Penal compete la intervención en cuestiones como la aquí planteada, en la que la resolución recurrida resulta restrictiva de la libertad y susceptible de ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior, habiéndose alegado la violación de garantías constitucionales y la arbitrariedad de sentencia; y por cuanto, no sólo es el órgano judicial “intermedio” a quien ha sido confiada la reparación de los perjuicios irrogados a las partes en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema, sino también porque su intervención -atento a su especificidad- aseguraría que el objeto a revisar por el Máximo Tribunal fuese “un producto seguramente más elaborado” (cfr. Fallos 318:514, in re “Giroldi, Horacio D. y otro s/ recurso de casación”; 325:1549; entre otros).

Este ha sido el criterio que constantemente sostuve en relación con la revisión que corresponde efectuar a esta Cámara respecto de resoluciones en las que, como en el presente, la decisión resulta restrictiva de la libertad del imputado y se alega la violación de garantías constitucionales, sosteniendo con insistencia la necesidad de un control amplio y eficiente tanto respecto de aquellas resoluciones que implicaban el mantenimiento de la prisión preventiva (cfr. de esta Sala IV: causa Nro.

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

1893, “GRECO, Sergio Miguel s/recurso de casación”, Reg. Nro. 2434.4, rta. el 25/02/00; causa Nro. 2638, “RODRÍGUEZ, Ramón s/recurso de queja”, Reg. Nro. 3292.4, rta. el 06/04/01 y causa Nro. 3513, “VILLARREAL, Adolfo Gustavo s/recurso de casación”, Reg. Nro. 4303.4, rta. el 04/10/02), como de aquellas relativas a la ejecución de las penas privativas de la libertad (causa Nro. 699, “MIANI, Cristian Fabián s/recurso de casación”, Reg. Nro. 992, rta. el 4/11/97; causa Nro. 691, “MIGUEL, Eduardo Jorge s/recurso de casación”, Reg. Nro. 984; causa Nro. 742, “FUENTES, Juan Carlos s/recurso de casación”, Reg. Nro. 1136, rta. el 26/2/98; causa Nro. 1367, “QUISPE RAMÍREZ, Inocencio s/recurso de casación”, Reg. Nro. 1897, rta. el 18/6/99; causa Nro. 4170, “CARLOS, Omar Alejandro s/recurso de casación”, Reg. Nro. 5313, rta. el 6/11/03 y causa Nro. 4628, “FERNÁNDEZ, Néstor Eduardo s/recurso de casación”, Reg. Nro. 5972, rta. el 27/8/04; entre varias otras). Casos estos últimos en los que resalté que el derecho a un recurso amplio ante esta Cámara resulta un factor altamente positivo para el logro que procuran las normas de ejecución de las penas privativas de libertad; criterio que resulta aplicable también a supuestos como el presente en los que, paralelamente, la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad resulta un objetivo primordial en el tratamiento tutelar que reciba, en el caso, un menor declarado responsable de la comisión de un delito (artículo 40.1 de la Convención de los Derechos del Niño).

II. En la resolución recurrida, el tribunal “a quo” con fecha 27 de mayo de 2011, confirmó la resolución que no hacía lugar al pedido de egreso de N. S. B. con sus progenitores debiendo mantenerse en su actual lugar de internación. Ello por entender que el delegado inspector que entrevistó a B. en el centro en que se encuentra alojado aconsejó que se mantuviera la internación habida cuenta que los dispositivos alternativos e implementados hasta ahora, no han dado resultados esperados por falta de

colaboración del Joven y de sus padres que no han concurrido a las reiteradas citaciones que se le cursaron luego de la primera internación del menor. A su vez sostuvo que el menor no concurrió al programa de libertad asistida, ni modificó sus hábitos luego de cinco meses de internación, ni reanudó sus estudios primarios.

En la decisión de fs. 156/159 – a cuyos fundamentos se remiten la mayoría de los jueces de la Cámara- el juez instructor, a los fines de denegar la solicitud de egreso de B., señaló que surge de la causa principal así como del expediente tutelar que no han variado favorablemente las condiciones por las cuales se alojó provisoriamente al menor en un centro de régimen cerrado, ni se han concluido los estudios de profundización que tiene por objeto poder establecer estrategias educativas en beneficio del joven. Manifestó que en la presente causa se encuentra procesado como partícipe necesario del delito de homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego y cuya pena en caso de que fuera necesaria su aplicación, inclusive con la reducción en el art. 4 de la ley 22.278, sería de efectivo cumplimiento, tuvo en cuenta que en este expediente se ha observado el grado de vulnerabilidad en que se encuentra y la falta de contención normativa de sus progenitores, circunstancias que podrían ser las causas que lo hacen proclive a delinquir.

Como ejemplos de ello señaló que los hechos de alto contenido antijurídico en los que luego de acreditarse la materialidad y su participación fue declarado inimputable en razón de la edad y sobreseído en virtud del art. 336 inc. 5to. y al 1 de la ley 22.278. Tuvo en cuenta el tribunal *a quo* que el informe glosado a fs. 88/91 realizado por los profesionales de la C.A.D. Tribunales, en donde ha quedado plasmado que pese a las intervenciones judiciales el joven presenta dificultades para objetivar las situaciones de riesgo en las que se coloca, así como también los informes de fs. 133/136 y 144/147 del centro de régimen cerrado General San Martín y del delegado Inspector interviniente. Asimismo señala la resolución que tampoco prosperó la intervención del Programa de Libertad

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

Asistida en donde sólo logró entrevistarse una sola vez con el profesional a cargo. Así manifiesta el *a quo* que la gravedad del accionar por el que se encuentra procesado en esta causa y la conducta asumida por el menor y su grupo familiar, requiere una mayor profundización en estudio de las condiciones personales del joven, su grupo familiar y social a efectos de establecer aquellas medidas educativas efectivas para lograr su reinserción.

En base a ello concluye que existen elementos suficientes objetivos suficientes para suponer que de recuperar anticipadamente su libertad intentará eludir la acción de la justicia, interrumpiendo por un lado el proceso penal que se les sigue y por el otro el proceso educativo que corresponde implementar en su beneficio.

III. A la luz de todo lo expuesto, resuelta que fue en base a esas pautas que se concluyó el riesgo procesal aludido, en el citado marco de lo dispuesto en los artículos 411, primer supuesto, del C.P.P.N. y 37, incisos b y c y 29 de la Convención de los Derechos del Niño, expresamente citados, que consideró el tribunal que se encontraba justificada la denegatoria de la solicitud de egreso del joven B..

Cierto es 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.

Sin embargo, el artículo 411 del C.P.P.N. 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 entonces excepcional y por el tiempo más breve posible.

Y no puede desconocerse que el artículo 37, inciso b), de la Convención de los Derechos del Niño, establece que “la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad

con la ley”, aún cuando expresamente ordena que esa privación de libertad se utilice “tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

Ahora bien, de la específica fundamentación otorgada a la decisión materia de impugnación, se advierte que el tribunal rechazó el pedido de externación efectuado con argumentos mínimos suficientes que han definido, por el momento, la razonabilidad de la medida dispuesta.

Resta señalar en respuesta a los agravios planteados por la Defensa que la resolución del *a quo* hace mención a los procesos en los que fue sobreseído pero solamente como ejemplos de la vulnerabilidad del joven y falta de contención por parte de sus progenitores.

Propicio entonces que se rechace el recurso de casación interpuesto a fs. 215/229 por la Defensora Pública de Menores, doctora María Luz De Facio, asistiendo a N. S. B.; sin costas (arts. 530 y 531 –in fine- del C.P.P.N.).

El señor **juez Mariano H. Borinsky** dijo:

I. En primer lugar, cabe aclarar que el recurrente ya recibió, por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional el “doble conforme” que prevé el art. 8 ap. 2) h) de la CADH, respecto de todos los puntos llevados a dicha instancia.

Sin embargo, entiendo que el Tribunal debe conocer de la impugnación porque se alega la necesidad de dar satisfacción inmediata al interés superior de N. S. B.. En dicha dirección, se postuló que el art. 411 del Código Procesal Penal de la Nación habría sido interpretado y aplicado de un modo inconciliable con el art. 37 b) de la Convención de los Derechos del Niño. Por lo tanto, el agravio ha sido presentado como una cuestión federal que impone su tratamiento por vía del recurso de casación en los términos de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 328:1108 (“Di Nunzio, Beatriz Herminia”), que ha erigido a esta Cámara como tribunal intermedio y la ha declarado “*facultada para conocer previamente en todas las cuestiones de naturaleza federal que*

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

intenten someterse a su revisión final, con prescindencia de obstáculos formales" (consid. 11).

II. Superado el juicio de admisibilidad, es preciso recordar que el proceso penal juvenil vigente en la Argentina, no tiene previsto para los menores de dieciocho (18) años de edad, el instituto de la prisión preventiva (cfr. art. 315, del C.P.P.N.). Cabe aclarar que N. S. B. tiene 17 años de edad.

Sin embargo, el artículo 411 del Código Procesal Penal de la Nación establece: *“La detención de un menor sólo procederá cuando hubiera motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación, o intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá a falsas declaraciones. En tales casos, el menor será alojado en un establecimiento o sección especial, diferentes a las de los mayores, dónde se lo clasificará según la naturaleza y modo de ejecución del hecho que se le atribuye, su edad, desarrollo psíquico y demás antecedentes y adaptabilidad social. Toda medida a su respecto, se adoptará previo dictamen del asesor de menores.”*

En dicha dirección, los menores son dispuestos provisionalmente y es el juez de menores quien se encarga de su custodia, pudiendo ordenar todas las medidas que crea convenientes para procurar una adecuada formación, entre ellas, la de internación para su mejor observación y tratamiento durante el tiempo que estime corresponder. La disposición ordenada por el juez de menores, se formaliza en una institución especializada, cuyo fundamento reposa en finalidades sólo tutelares.

La posibilidad de que el menor recupere la libertad dependerá, no sólo de que se verifique el cumplimiento del objetivo tutelar, sino también de la discrecionalidad de actuación del juez respondiendo a la concreta situación del menor respecto de sus vínculos. Como la norma no ofrece mecanismos de exigibilidad al menor, se convierte en un beneficio correspondiente al avance del tratamiento.

Al respecto, encuentro oportuno señalar que por el art. 37, inc.

b, de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) se establece que: *“[N]ingún niño será privado de su libertad arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”*.

A su vez, por el art. 40, inc. 4 de la CDN, se estipula que corresponde a todo Estado parte disponer *“de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y suspensión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”*.

La normativa transcripta en los párrafos que anteceden establece, como premisa fundamental, el carácter excepcional de la privación de la libertad (o “internación”) de un menor. Así las cosas, la internación del menor en conflicto con la ley penal, sólo será viable en la medida en que no resulten adecuadas otras medidas alternativas menos lesivas.

III. Ahora bien, para sustentar la decisión aquí cuestionada, el tribunal “a quo” tuvo en cuenta que: *“El delegado inspector que entrevistó al menor N. S. B. en el centro en el que se encuentra alojado, el 4 de mayo pasado, aconsejó que se mantuviera la internación, habida cuenta de que ‘los dispositivos alternativos... implementados hasta ahora, no han dado los resultados esperados, por falta de colaboración del joven y de sus padres’, debido a que no comparecieron a las reiteradas citaciones que se les cursaran luego de la primera internación del menor.*

A su vez, no concurrió al Programa de Libertad Asistida ni modificó sus hábitos luego de cinco meses de internación, a la vez que tampoco reanudó sus estudios primarios (fs. 128). Por su parte, el informe elaborado en el ‘Centro de Régimen Cerrado General San Martín’ sugirió ‘continuar trabajando’ desde esa institución a fin de alcanzar las líneas de

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

acción institucionales propuestas (fs. 145/146). El delegado inspector ya mencionado compartió tal propuesta (fs. 148).”.

Seguidamente, los magistrados de la instancia anterior recordaron que *“la señora juez a quo mantuvo la internación oportunamente dispuesta, en el entendimiento de que la gravedad del hecho que aquí se le atribuye (homicidio agravado por el uso de un arma de fuego, en calidad de partícipe necesario) así como en los otros procesos que se le siguen (dos causas de robo calificado por el uso de armas y otra de secuestro extorsivo), sumado a que sus progenitores no logran brindarle adecuada contención (fs. 15, 88/89, 128 y 148) y que ni el menor ni aquéllos reflexionan acerca de los hechos que se le imputan así lo aconsejan.”.*

En definitiva, el tribunal resolvió: *“[Q]ue la decisión cuestionada debe ser homologada, pues se han valorado adecuadamente constancias reunidas en torno a la necesidad de que B. continúe alojado en el Centro de Régimen Cerrado ‘Gral. San Martín’, sin perjuicio de que, en atención a la periodicidad de los informes acerca de su situación, pudiere modificarse tal panorama.”* (fs. 188/188 vta.).

IV. A la luz de los parámetros antes señalados y en consonancia con lo apuntado por el distinguido colega que abre el presente acuerdo, doctor Gustavo M. Hornos, considero que la resolución recurrida luce suficientemente fundada en virtud de lo previsto por el artículo 123 del C.P.P.N.. Asimismo, entiendo que la internación de B. se encuentra –por el momento- debidamente justificada en el marco de lo dispuesto por los artículos 315 y 411 del C.P.P.N. y 29 y 37, inciso b de la Convención de los Derechos del Niño.

En dicha dirección, entiendo que corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la asistencia legal y técnica de Nicolas S. B.. Sin costas (arts. 530 y 531 *in fine*, del C.P.P.N.).

En definitiva, existiendo concordancia de opiniones, no resultó

necesaria la desinsaculación de un tercer magistrado en reemplazo del doctor Mariano González Palazzo, quien cesó en sus funciones– Acordada 8/11 de esta Cámara- (artículo 109 del Reglamento para la Justicia Nacional), y por ello, el Tribunal

RESUELVE:

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la señora Defensora Pública Oficial doctora María Luz de Fazio, asistiendo a N. S. B. a fs. 215/229, sin costas (arts. 530 y 531 –in fine- del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la causa a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS

MARIANO H. BORINSKY

Ante mí:

NADIA A. PEREZ
Secretaria de Cámara