

Reg. n° 1391/ 2017

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 27 días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Pablo Jantus, Mario Magariños y Alberto J. Huarte Petite, asistidos por la secretaria Paola Dropulich, a efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en la causa n° CCC 131/2014/TO1/CNC1, caratulada “C., A. s/ robo en poblado y en banda”, de la que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral de Menores n° 1 condenó a V. A. C. a la pena de un año y seis meses de prisión de ejecución condicional y costas, por considerarla coautora del delito de robo agravado por haber sido cometido en lugar poblado y en banda, autora del delito de robo y coautora de la tentativa del delito de robo –en concurso real–, por los que fue declarada penalmente responsable el 10 de septiembre de 2014 (fs. 166/172, 230 y 236/41).

II. Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación la doctora Silvana L. Céspedes, titular de la Defensoría Pública de Menores e Incapaces n° 2 (fs. 247/256) y el doctor Damián R. Muñoz, a cargo de la Defensoría Pública Oficial n° 2 ante los tribunales orales de menores del fuero (fs. 257/64), que fueron concedidos (fs. 265/266) y mantenidos (fs. 297 y 298).

III. La Sala de Turno de esta Cámara otorgó a ambos recursos el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 300).

IV. En la oportunidad contemplada en el artículo 465, 4° párrafo, del cuerpo legal citado, se presentó por escrito el doctor Claudio M. Armando, defensor público oficial a cargo de la Unidad de Actuación n° 1 ante esta Cámara, y la doctora Céspedes (fs. 304/305 y 306/308).

V. Superada la etapa contemplada en el art. 465 citado, quinto párrafo, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas (fs. 314/315).

VI. Tras la deliberación, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Pablo Jantus dijo:

I. En las respectivas impugnaciones las defensas consideraron que en la sentencia se había efectuado una errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 456 inciso 1° del Código Procesal Penal) al imponerse una sanción penal a C., contrariando lo dispuesto en el art. 4° Ley n° 22.278, en los arts. 3 y 37 inciso “b” de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 16 de la Constitución Nacional.

La doctora Céspedes destacó que a la hora de resolver la situación de la menor en los términos de la ley citada no se tuvo en cuenta la falta de contención afectiva familiar que padeció, la extrema indigencia que se tradujo en la imposibilidad de gozar de los derechos económicos, sociales y culturales que la legislación le confiere por su condición de menor –entre ellos servicios médicos que requería su estado de salud, ya que padece de obesidad y sífilis– y que le hubieran permitido alcanzar un óptimo grado de desarrollo.

Así, entendió que el Tribunal realizó una evaluación somera y precipitada de la situación de la joven, y por ello consideró que la sentencia es arbitraria, puesto que fue dictada en abierta contradicción con el principio del art. 3 de la convención aludida.

El doctor Muñoz, por su parte, destacó que en la resolución se calificó de “pobre” el resultado del tratamiento tutelar, pero de modo alguno se vinculó ese adjetivo con la historia de vida de la joven, aunque se la haya descrito; en este sentido, puso de resalto que C. tuvo un buen comportamiento mientras existía una contención institucional que la asistiera, se mostró siempre predispuesta al diálogo con su equipo de intervención, realizó las actividades programadas en los lugares donde se encontraba alojada en forma satisfactoria y concurrió a diferentes talleres, finalizó la escuela primaria y logró un vínculo estrecho y respetuoso con los referentes adultos. Estas circunstancias, a criterio de la defensa, demostrarían la voluntad de la joven de alcanzar los objetivos que le fueron trazados y si ello no fue suficiente se debió a sus propias limitaciones, condicionadas por su historia de vida.

En otro orden, alegó que correspondía disponer la absolución de C. sobre la base del análisis del resultado del caso y lo dispuesto por el

art. 1 Ley n° 22.278. Señaló que la no punibilidad prevista en esa norma constituye una excusa absolutoria y que, en la medida en que la sanción discernida por el tribunal es menor a los dos años de prisión, que la discusión sobre los alcances de aquél artículo no puede estar referida únicamente a la pena en abstracto sino que debe ser abordada desde el monto punitivo que corresponda por el hecho cometido. Por ello, entendió que debía considerarse no punible a C. por los delitos por los que fue declarada penalmente responsable.

II. En el capítulo tercero de la sentencia cuestionada se han relevado –sobre la base de un modelo elaborado por el suscripto cuando se desempeñaba en el tribunal de menores– las normas y principios que deben tenerse en cuenta para una correcta interpretación del art. 4° Ley n° 22.278. Por las razones expuestas entiendo, obviamente, que son correctos los fundamentos desarrollados en ese apartado.

Luego, el individualizado como “IV.a) Caso Particular” comienza con un resumen de aspectos que el tribunal consideró destacables del seguimiento tutelar y, en el punto b) –en el que se trata la necesidad de imposición de pena– se señala: “...del análisis integral del expediente tutelar, no puedo dejar de advertir el pobre resultado que obtuvo el tratamiento tutelar de C., quien durante el lapso de más de un año que duró su seguimiento registró tres procesos penales (...) lo que a todas luces demuestra la falta de apego a las normas sociales y el respeto por los derechos de terceros, no habiéndose comprobado que la joven hubiese internalizado los objetivos previstos por el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esto es, fomentar su sentido de la dignidad y valor y el respeto de sus derechos y los de terceros. Ello permite concluir que de ningún modo puede realizarse una evaluación positiva del comportamiento del encausado (*textual*), ya que uno de los objetivos principales que persigue dicho tratamiento, no se ha alcanzado, ello es, que la encartada no incurra nuevamente en conductas antisociales, precisamente en pro de su readaptación social”.

Se puso de resalto, a partir de allí, que fue derivada en dos oportunidades a la Residencia Educativa “J.”, que en la primera se fugó a las dos horas de haber ingresado (febrero de 2014) y que lo mismo ocurrió

en una segunda derivación en octubre del mismo año, aunque regresó con signos de aparente consumo de sustancias, lo que –según se explicó en la sentencia– derivaría en la conclusión del incumplimiento de los compromisos asumidos.

Se remarcó también la actitud violenta frente a quienes pretendían ayudarla, “lo que resulta demostrativo de que los abordajes implementados a lo largo de su intervención no fueron receptados positivamente por la joven, que demostró ser proclive a no respetar las normas necesarias para asegurar una convivencia pacífica y respetuosa de los derechos de los miembros de la sociedad”.

Se indicó que cuando fue egresada se alejó del domicilio paterno, sin procurarse un trabajo, continuar sus estudios o realizar un tratamiento para su problemática adictiva, retornando a la situación de calle; no se presentó a la audiencia fijada, lo que llevó a su declaración de rebeldía.

III. De los informes de fs. 8/9, 11/12, 17/8 y 27/9 se desprende claramente cuál era la situación de la menor C. al momento de iniciarse la primera de las causas que tramitaron en su contra, cuando contaba con dieciséis años de edad, en enero de 2014: sus padres se separaron antes de su nacimiento, residiendo con su madre hasta la edad de once años, en que comenzó a vivir en situación de calle en la zona de San Telmo, sin haber expuesto las razones del alejamiento del hogar familiar. Conoció a su padre, que desconocía su existencia, cuando la imputada tenía 12 años de edad, reconociéndola de inmediato. Desde los once años tenía problemas de consumo de sustancias tóxicas, sin que los tratamientos que había realizado hubieran sido eficaces.

De los diferentes informes agregados, producidos tanto del centro de detención, de la residencia educativa donde fue derivada como de las delegadas inspectoras del juzgado actuante, se desprende que la progenitora no deseaba hacerse cargo de la niña, en algunas ocasiones solicitando que no la llamaran ni la molestaran más por los problemas de C. (fs. 17) y en otras admitiendo que se comunicara con ella una vez por semana (fs. 72/3). Ambos progenitores han formado nuevas parejas; tiene una hermana bilateral tres años mayor, por vía materna una hermana que

tenía once años y por vía paterna un hermano de dos años, aunque el progenitor manifestó que tenía otro hijo, de once años, que no vivía con él. Aunque el padre tenía la intención de apoyar el proceso de la joven, era difícil llevarla a su domicilio, pues vivía en una pieza de hotel con su actual mujer y su hija menor de edad. En el momento de su detención, C. alternaba entre la vía pública y el domicilio paterno, aunque eventualmente concurría al de su progenitora. Tenía una marcada identificación con sus pares, a quienes llamaba “compañeros de calle” y varias intervenciones institucionales con el C., el “hogar G.”, el parador “P.”, entre otros y había dejado de concurrir a la escuela cinco años antes -2009- que coincide con la época en que comenzó a vivir en la calle.

El diagnóstico de todos los equipos técnicos que tomaron intervención que entrevistaron a la joven fue de extrema vulnerabilidad social; por ejemplo, a fs. 99 se consigna: “En tanto lo surgido del legajo de la joven, se evidencia que la problemática principal ha sido la vulneración social que deriva de su situación de calle, además del consecuente consumo problemático de SPA, las cuales se mantienen en la actualidad. Desde este equipo de intervención no se evalúan indicadores penales a intervenir desde dispositivos de la DINAI, encontrando como prioritario la intervención sobre la preservación de la salud integral de la joven como así también el fortalecimiento de sus vínculos familiares”.

IV. Tal vez el médico inglés Donald Winnicott haya sido uno de los que más profundamente estudiaron, en el siglo pasado, los aspectos psicológicos de la delincuencia juvenil. En *Deprivación y Delincuencia* (Paidós, Psicología Profunda, Buenos Aires, 2003, p. 146) explica que “Una criatura se convierte en niño deprivado cuando se lo deprivada de ciertas características esenciales de la vida hogareña. Emerge hasta cierto punto lo que podría llamarse «complejo de deprivación». El niño manifiesta entonces una conducta antisocial en el hogar o en un ámbito más amplio. La tendencia antisocial del niño puede imponer, con el tiempo, la necesidad de considerarlo un inadaptable social y ponerlo bajo tratamiento en un albergue para niños inadaptables o llevarlo ante la justicia como un menor ingobernable. El niño, convertido ahora en delincuente, quedará en libertad condicional por orden judicial o será enviado a una escuela de readaptación

social. Si el hogar de ese niño deja de cumplir alguna función importante, la ley de Menores de 1948 autoriza al Comité de Menores a tomarlo a su cargo y proporcionarle «cuidado y protección». En lo posible se buscará para él un hogar adoptivo. Si estas medidas no dan resultado, puede decirse que el joven adulto se ha convertido en psicópata; quizá la justicia lo envíe a un correccional o a la cárcel, según correspondiere por su edad. El término reincidencia designa la tendencia establecida a repetir los actos delictivos. La tendencia antisocial se caracteriza por contener un elemento que compele al ambiente a adquirir importancia. Mediante impulsos inconscientes, el paciente compele a alguien a ocuparse de su manejo (...)

Los especialistas en la materia saben desde hace mucho tiempo que hay una relación directa entre la tendencia antisocial y la deprivación. En la actualidad se ha generalizado el reconocimiento de que existe una relación entre la tendencia antisocial individual y la deprivación emocional; los casos típicos se dan aproximadamente entre el año y los dos años de edad, o sea cuando la criatura deja de ser un bebé y empieza a dar sus primeros pasos. Cuando existe una tendencia antisocial ha habido una verdadera deprivación y no una simple privación. En otras palabras, el niño ha perdido algo bueno que, hasta una fecha determinada, ejerció un efecto positivo sobre su experiencia y que le ha sido quitado; el despojo ha persistido por un lapso tan prolongado, que el niño ya no puede mantener vivo el recuerdo de la experiencia vivida. Una definición completa de la deprivación incluye los sucesos tempranos y tardíos, el trauma en sí y el estado traumático sostenido, lo casi normal y lo evidentemente anormal”.

Más adelante, añade que esta tendencia presenta siempre dos orientaciones. Una representada por el robo y la otra por la destructividad. “Mediante el primero, el niño busca algo en alguna parte y, al no encontrarlo, lo busca por otro lado si aún tiene esperanzas de hallarlo. Mediante la segunda, el niño busca el grado de estabilidad ambiental capaz de resistir la tensión provocada por su conducta impulsiva; busca un suministro ambiental perdido, una actitud humana en la que el individuo pueda confiar y que, por ende, lo deje en libertad para moverse, actuar y entusiasmarse” (p. 149).

Por otra parte, Winnicott se ocupa del tema del castigo en los siguientes términos: “No podemos apartarnos del principio de que la función primordial de la ley es expresar la venganza inconsciente de la sociedad. Es muy posible que un delincuente en particular sea perdonado y, sin embargo, exista un acervo de venganza y miedo que no podemos permitirnos pasar por alto. No podemos pensar únicamente en el tratamiento individual de los criminales, olvidando que la sociedad también necesita un tratamiento para los agravios o daños recibidos. En la actualidad, somos muchos los que nos sentimos inclinados a ampliar cuanto sea posible la gama de delitos que se tratan como enfermedades. La esperanza en tal ampliación me induce a afirmar de plano que la ley no puede renunciar de pronto al castigo de todos los malhechores. Si los sentimientos de venganza de la sociedad fueran plenamente conscientes, ella podría tolerar que se los tratase como enfermos, pero la parte inconsciente de esos sentimientos es tan grande, que en todo momento debemos posibilitar que se mantenga (hasta cierto punto) la necesidad de castigo, aun cuando éste no sea útil para el tratamiento del delincuente” (pp. 234 y ss.).

Entonces, según hemos visto hasta aquí, el trastorno antisocial en los adolescentes tiene una clara etiología, según Winnicott, discutiéndose, a partir de la comprensión de ese origen, la consecuencia jurídica que cabe dar a los jóvenes que han delinquido.

No existe controversia a esta altura en admitir que la Convención sobre los Derechos del Niño constituye el marco normativo supralegal insustituible a la hora de decidir sobre la suerte de quienes han delinquido antes de cumplir los 18 años de edad, y se ha convertido en la guía a través de la cual debe interpretarse la Ley n° 22.278.

Como es sabido, la Convención no se limita a tratar la situación de los jóvenes en conflicto con la ley penal sino que desarrolla, a lo largo de su texto, el marco valorativo que los Estados deben satisfacer en el reconocimiento de los niños y los adolescentes como sujetos de derecho. Y más allá del principio rector del art. 3.1 –que manda que en todas las decisiones que se tomen con relación a los sujetos comprendidos en la convención se adopten siempre aquellas medidas que respeten el interés

superior del niño (lo que, desde mi punto de vista necesariamente debe enlazarse con la máxima de que la detención operará como último recurso y por el tiempo más breve que proceda) –, el preámbulo contiene un párrafo que perfectamente se encastra con las enseñanzas de Winnicott: “Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”; sin duda, el cumplimiento de estas condiciones evitará el crecimiento de niños y jóvenes deprivados, en el lenguaje de aquel autor y, consecuentemente, sin trastornos antisociales.

Ninguna duda cabe de que los derechos reconocidos por la Convención constituyen los derechos humanos de los niños. En el caso de los supuestos enunciados por Winnicott, es clara la obligación del Estado – y con él, de la sociedad– de velar por el suministro de los medios que permitan cumplir con el párrafo transcrito del preámbulo de la Convención y de sus artículos 19, 24 y 27, en cuanto permiten concebir el modo como puede aspirarse a cumplir con la meta fijada en el preámbulo.

Cabe destacar que estas pautas axiológicas no constituyen una creación novedosa de la citada Convención. Por caso, puede citarse la preclara posición de Juan Bautista Alberdi quien en *Fragmento Preliminar al Estudio del Derecho* (citado por Francisco Laplaza en *Las Ideas Penales de Alberdi*, Ediciones Arayú, Bs. As., 1954, p. 63) señalaba que, para acabar con la ignorancia y la miseria del pueblo, causas inmediatas de toda inmoralidad y de todo delito, se requiere un sistema que prefiera "Prevenir los males a tener que curarlos", destacándose que es "la sociedad, como dice Quetelet, la que prepara el crimen, y el culpable no es sino el instrumento que lo ejecuta". La prevención, entonces "se compone del sistema entero de las leyes de un pueblo y sanciona el derecho por la civilización, por la mejora del hombre, por el desarrollo de sus facultades y de todo el sistema social".

Manuel Llorens en la obra “Niños con experiencia de vida en la calle, una aproximación psicológica” (Editorial Paidós, 2005, pp. 85 y ss.) señala que el perfil psicológico de esta clase de niños y jóvenes incluye las siguientes características: 1) Una estructura psíquica precaria, que se podría describir como un yo precario; 2) Carencias materiales y afectivas

importantes; 3) Falta de atención de la madre y el padre, lo cual es vivido como una fantasía crónicamente insatisfecha; 4) Condiciones precarias de vida que someten a los niños a situaciones de desprotección y vulnerabilidad crónica; 5) Dificultades cognitivas. Cita una investigación que informó encontrar lesión orgánico-cerebral en el 50 % de una muestra evaluada; 6) Vivencias frecuentes de maltrato, con correlatos de estrés postraumático frecuentes, como la presencia de recuerdos intrusivos tipo flash-back; 7) Autoestima deteriorada. Vivencia de minusvalía que, con frecuencia, es compensada con fantasías omnipotentes; 8) Familia percibida como amenazante; 9) Hogar conflictivo que lleva a considerar la ida como opción; 10) Actuación en el afuera de los conflictos psicológicos internos (lo que los psicólogos denominamos tendencia al acting-out); 11) Uso de la negación y la omnipotencia como mecanismo para defenderse; 12) Construcción de nuevas identidades en la calle, asunción de nombres nuevos y fabulación de la historia personal que responde a la negación mencionada pero, al mismo tiempo, colabora en desarrollar una historia personal fragmentada; 13) Experiencia sexual temprana en la cual se reportan algunas historias de abuso; 14) Conducta hiperactiva, con necesidad de llamar la atención; 15) Conductas agresivas, desafiantes; 16) Tendencia a relacionarse con los demás a través de la provocación; 17) Alto consumo de drogas, especialmente inhalantes”.

Al tratar el problema del trauma crónico, el autor señalado indica con relación al estrés postraumático (fenómeno que comenzó a estudiarse con los veteranos de guerra, pero que se extiende a quienes sufrieron desde muy chicos situaciones de abuso sexual y maltrato) que “Esta línea de investigación ha permitido comprender, desde las adaptaciones neurobiológicas del organismo a las experiencias de violencia crónica, la aparición posterior de agresión impulsiva, desregulación emocional, anestesia, tendencia al acting-out, dificultades con la memoria y el listado de síntomas asociados al estrés postraumático”, señalando que, en esos casos la guerra, en cierto sentido, va por dentro (ob. cit. p. 127).

Así las cosas, no podemos olvidar que Winnicott escribió mucho antes de que se sancionara la Convención sobre los Derechos del Niño, con lo que podemos aseverar que su concepción sobre el castigo ha

quedado desactualizada y que debe necesariamente concebirse en el marco constitucional vigente. Y, desde esta perspectiva, ninguna duda cabe de que la sociedad, a través del Constituyente, ha optado por las pautas señaladas más arriba, en la inteligencia de que es más racional reconocer las carencias que han dado lugar a las conductas disvaliosas de sujetos adolescentes –en general, sin analizar casos particulares– y procurar, una vez reconocido el problema, por todos los medios, la reinserción social de esos jóvenes, en vez de, directamente, dictar penas de prisión que poco ayudan en la recuperación de esas personas.

En línea con las reflexiones realizadas más arriba, conviene remarcar tres párrafos de la Observación General n° 21 del Comité de los Derechos del Niño, de junio de 2017 que trata, justamente, la situación de los niños en situación de calle. Señala el mencionado órgano internacional:

“5. Se utilizan diferentes enfoques con respecto a los niños de la calle, a veces de forma combinada. Entre ellos figuran un enfoque basado en los derechos del niño, según el cual se respeta al niño como titular de derechos y las decisiones a menudo se adoptan conjuntamente con él; un enfoque asistencial, consistente en «rescatar» de la calle al niño que se percibe como un objeto o una víctima y en función del cual las decisiones se adoptan en nombre del niño sin tomar seriamente en consideración sus opiniones; y un enfoque represivo, según el cual se percibe al niño como un delincuente. Los enfoques asistencial y represivo no tienen en cuenta al niño como titular de derechos y tienen como resultado que los niños sean expulsados a la fuerza de la calle, lo que vulnera aún más sus derechos. De hecho, no porque se alegue que los enfoques asistencial y represivo sirven al interés superior del niño, estos están basados en los derechos. Para aplicar la Convención, es indispensable utilizar un enfoque basado en los derechos del niño”.

“12. El Comité considera que las estrategias e iniciativas que adoptan un enfoque basado en los derechos del niño cumplen los criterios principales para una buena práctica, independientemente del nivel o del contexto. Los niños de la calle a menudo desconfían de la intervención de adultos en sus vidas. Al haber recibido un trato abusivo por parte de los adultos en la sociedad, son reticentes a abandonar su autonomía que tanto

les ha costado ganar, aunque sea limitada. Este enfoque hace hincapié en el pleno respeto de la autonomía de los niños, entre otros medios prestándoles apoyo para que encuentren alternativas a la dependencia de la calle. Promueve su resiliencia y sus capacidades, reforzando su papel en la adopción de decisiones y empoderándolos como agentes socioeconómicos, políticos y culturales. Se apoya en sus puntos fuertes y en las contribuciones positivas que hacen para la supervivencia y desarrollo de ellos mismos y de sus compañeros, familiares y comunidades. La aplicación de este enfoque no solo es un imperativo moral y jurídico sino también la forma más sostenible de determinar y aplicar soluciones a largo plazo con los niños de la calle”.

“60. Los niños de la calle tienen más probabilidades de convertirse en víctimas, ser tratados como delincuentes y acabar ante la justicia juvenil o para adultos, y menos posibilidades de beneficiarse de medidas extrajudiciales, medidas alternativas a la detención o medidas de justicia restaurativa, ya que no pueden costear una fianza y quizá no tengan cerca a un adulto que responda por ellos. Las conductas indebidas de la policía, que pueden consistir en acoso (incluido el robo de dinero y pertenencias del niño, redadas o traslados arbitrarios, a menudo por orden de sus superiores y/o de los políticos), corrupción, extorsión (para obtener dinero o sexo) y violencia física, psicológica o sexual, constituyen vulneraciones frecuentes de los derechos que los Estados deben tipificar como delito con carácter urgente. El Comité está preocupado por la aplicación de políticas de «tolerancia cero» que tratan como delincuentes a los niños de la calle y dan lugar a su internamiento forzado. Los Estados deben apoyar a la policía de proximidad, con especial hincapié en la protección más que en el castigo de los niños de la calle, y adoptar un servicio de policía multicultural. Asimismo, deben garantizar todos los derechos a la totalidad de los niños, incluidos los niños de la calle, en el contexto de un sistema de justicia juvenil restaurativa y no punitiva”

V. Sentado lo expuesto, y si pretendemos que las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño no se limiten a meras enunciaciones vacías de contenido, es menester –como bien señaló la defensa– relacionar, asociar, explicar de qué manera esas garantías se

aplican en la solución del caso. Si no, ocurrirá lo que con lucidez describió Silvia Guemureman: “Pese a no haberse producido la tan esperada reforma legislativa en la esfera penal, hubo cambio en las prácticas judiciales e institucionales. El paradigma de los derechos penetró muy fuerte en los intersticios institucionales (...) Conforme fueron pasando los años, pudo observarse que la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, de Riad, la Opinión Consultiva 17, se convirtieron en referencias comunes en todos los ámbitos; se las evoca y se las invoca; a veces se las aplica; las más de las veces se las utiliza como escudo infranqueable contra el que chocan las peores prácticas discrecionales” (*Políticas penales y de seguridad dirigidas hacia adolescentes y jóvenes*, AAVV, directora Silvia Guemureman, capítulo “Marco legislativo y normativo”, autora citada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 49).

En esa tarea, también es muy claro que la historia de cada joven, el modo como ha recibido las garantías que, como niño y adolescente le son reconocidas constitucional y legalmente, deben ser cuestiones a considerar y tener en cuenta a la hora de ponderar su situación en los términos del art. 4º Ley n° 22.278.

En el caso de autos, la situación de extrema vulnerabilidad de C. era más que evidente, como lo señalaron los equipos técnicos que tomaron intervención; la situación de calle está fundada en el hecho constatado de la expulsión del hogar materno, que se negó sistemáticamente a recibirla o tener contacto con ella. Luce, por lo tanto, muy desafortunada la expresión en la sentencia de que una pelea con su padre la precipitó “otra vez a la impulsiva situación de calle”, como si ese estado hubiese resultado de una libre elección de una niña de once años.

Observo también que a lo largo de dos años de intervención tutelar –salvo para los actos que tenían que ver con el curso del proceso, como la audiencia del art. 41 CP o la de determinación de pena– no hubo una sola intervención directa de los magistrados que tenían a su cargo el caso, a pesar de pedidos de la joven en tal sentido y a que en la residencia educativa se había señalado que la permanencia de la joven en el lugar se había tornado iatrogénica (fs. 282 y 286). Sin duda, alguna visita al lugar donde se encontraba o la realización de entrevistas personales indicándole

cuál era su situación y qué se esperaba de ella hubiesen resultado fuertes incentivos para que aprovechara alguna de las alternativas que se le brindaban.

Debo poner de resalto también, que resulta paradójico que en un sistema en el que hay acuerdo en que debe regir la regla de la Convención acerca de que la detención debe operar como último recurso y por el lapso más breve que proceda, C. haya permanecido un año y casi dos meses privada de su libertad (en el centro cerrado y en la residencia educativa) para terminar condenada a una pena cuya ejecución se dejó en suspenso y que es apenas superior al tiempo que permaneció privada de su libertad.

Debe destacarse que las tres causas que registró como menor fueron en un lapso de cinco meses (diciembre de 2013 y mayo de 2014) y que, aunque es cierto que se fugó dos veces de la residencia educativa, no lo es menos que la primera ocurrió al inicio de la intervención tutelar y que en la segunda se entregó voluntariamente a través de su defensora de menores (fs. 228).

Y también debe remarcarse que permaneció un largo período en la residencia educativa donde tuvo una evidente evolución. Así, a fs. 303 se informa que “la joven ha logrado cumplir con todos los objetivos reseñados en el informe anterior, más allá de lo cual ha evidenciado una actitud más reflexiva, pudiendo tramitar mediante la palabra las situaciones conflictivas o de movilización subjetiva; en este marco ha solicitado cambio en el tratamiento que venía sosteniendo en el Centro Configuraciones ya que allí no podría retomar sus estudios siendo este su deseo. Es de hacer notar que en todo momento A. ha asumido una actitud reflexiva y responsable frente a la disyuntiva, pudiendo plantear sus cuitas tanto a los responsables de la casa de día como con sus referentes de la residencia. En este marco y en virtud del buen desempeño en el tratamiento, los profesionales del centro tratante se han comunicado con la residencia proponiendo un abordaje de medio día en horas de la mañana de tal manera que A. puede articular su tiempo con la escuela en horas de la tarde (...) No obstante lo expuesto no puede obviarse el episodio informado a vuestro tribunal por nota del 12 de marzo de 2015, situación sobre la que

este equipo ha trabajado con la joven y por la cual se ha mostrado arrepentida pudiendo expresar que habiendo cumplido con todo lo que se le ha requerido y habiendo progresado notablemente en su trato con su entorno su proyecto de egreso junto a su padre se ha dilatado, lo que le habría contribuido a un estado de desánimo e irritabilidad el día en cuestión”.

Si bien es cierto que luego de su último egreso se fue de la casa de los padres y quedó un tiempo rebelde, a fs. 314 y 317 su padre y el equipo que la trataba dieron las explicaciones de lo ocurrido: estaba con su hermanita pequeña en una plaza y discutió con la esposa del padre porque a la imputada se le cayó su hermana cuando estaba en el sube y baja, pelea que dio lugar a que se retirara del domicilio, no obstante lo cual siguió concurriendo al C., institución a la que acudía desde que tenía once años de edad.

En suma, si se toman las diversas incidencias del expediente tutelar aisladamente –y ponderamos únicamente las negativas– podría concluirse en la decisión a la que se arribó en la sentencia. Ese resultado estaría determinado desde el inicio mismo de la causa puesto que con seguridad quien ha partido de una situación de alta vulnerabilidad como la que tenía C., difícilmente podrá satisfacer las exigencias de un tratamiento tutelar que únicamente valore el éxito o el fracaso.

Si, en cambio, se concibe el transcurrir de la imputada bajo la intervención estatal como un proceso de reinserción social en el que la joven necesariamente deberá acatar determinadas normas para procurar su evolución, si se toma en cuenta que ese proceso, sin duda, tendrá altibajos, entonces no tengo ninguna duda que en el caso de autos corresponde la absolución de la joven por aplicación de los arts. 3, 37 y 40 de la Convención y el art. 4 Ley n° 22.278.

En este sentido, su evolución ha sido notable: de una actitud inicial hosca, reticente, en la que no quería dar datos ni obedecer norma alguna y en la que había dejado sus estudios, pasamos a una situación en la que podía manifestar sus problemas sin violencia y a través de la palabra, quería continuar sus estudios y tenía algunos proyectos. Todo ello, a pesar

de que se mantuvo la negativa de su madre a relacionarse, cuestión sobre la que pudo empezar a trabajar sin recurrir a la violencia.

De tal forma –y toda vez que conforme a lo expuesto y a la demás argumentación concordante que han traído a consideración de la Sala las partes recurrentes, el Tribunal ha efectuado una errónea aplicación de las normas convencionales y legales mencionadas– propongo al acuerdo hacer lugar a los recursos de casación interpuestos por las defensas y absolver a V. A. C., cuyas demás condiciones personales obran en la causa, en orden a los delitos de robo agravado por haber sido cometido en lugar poblado y en banda, robo y tentativa de robo, por los que fue declarada penalmente responsable; sin costas (arts. 42, 55, 164 y 167 inciso 2 del Código Penal; arts. 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación y art. 4 de la Ley n° 22.278).

El juez Mario Magariños dijo:

En el marco del procedimiento contemplado en el artículo 431 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación, el Tribunal Oral de Menores n° 1 de esta ciudad resolvió declarar penalmente responsable a V. A. C. y suspender el trámite de las actuaciones a su respecto hasta el día 18 de mayo de 2015, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la ley n° 22.278 (fs. 166/172). Posteriormente, el *a quo* celebró la audiencia en los términos del artículo 4 de la citada ley (fs. 229) y resolvió condenar a la nombrada a la pena de un año y seis meses de prisión de ejecución condicional y costas (fs. 236/241).

Contra esta última decisión, la Defensoría Pública de Menores e Incapaces n° 2 y el defensor oficial de la señora C. interpusieron sendos recurso de casación, y se agraviaron, centralmente, por considerar arbitraria la determinación efectuada por los magistrados de la anterior instancia, respecto de la necesidad de imposición de una sanción penal.

Pues bien, los términos en que viene planteada la cuestión exigen, de modo ineludible, el examen y consideración de la lógica-jurídica que informa al marco legal en función del cual fue dictada la declaración de responsabilidad penal respecto de V. A. C., esto es, el procedimiento establecido en el artículo 431 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación (conf. ley n° 24.825), pues con base en ese procedimiento fue declarada

responsable la nombrada y, a su vez, como consecuencia de esa declaración de responsabilidad, se arribó luego, por parte del tribunal oral interviniente, a la conclusión relativa a la necesidad de imponer una pena en el caso.

En razón de las consideraciones formuladas por mí en forma permanente y reiterada como juez integrante del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23 de esta ciudad, a partir del dictado del precedente “O. S., A.” (sentencia del 23 de diciembre de 1997; publicada en el suplemento de Jurisprudencia Penal de la revista jurídica *La Ley*, del 30 de abril de 1998), y como integrante de esta Cámara, a partir del precedente “B.” —registro n° 157/2015, sentencia del 15 de junio de 2015 (ver el voto del juez Magariños)—, a los que cabe remitirse en honor a la brevedad, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley 24.825 y del artículo 431 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación, toda vez que lo allí establecido quebranta lo dispuesto en los artículos 1, 18 y 118 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, corresponde: I) declarar la nulidad de todos los actos procesales celebrados como consecuencia de la norma legal declarada ilegítima, en particular, de la propuesta de acuerdo de juicio abreviado, la declaración de responsabilidad penal dictada respecto de V. A. C., y la resolución recurrida por la que se condenó a la nombrada a la pena de un año y seis meses de prisión de ejecución condicional y costas (artículos 167, 168, segundo párrafo, 172 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación); II) hacer saber al tribunal de origen lo resuelto a fin de que remita a sorteo las actuaciones y, una vez radicado el proceso ante otro tribunal, se cite a las partes a juicio en los términos del artículo 354 del Código Procesal Penal de la Nación.

De este modo, resulta inoficioso ingresar al tratamiento de los agravios de la defensa presentados en el recurso de casación.

El juez Alberto Huarte Petite dijo:

Adhiero al voto del juez Pablo Jantus.

En virtud del acuerdo que antecede, **la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría,**

RESUELVE:

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 131/2014/TO1/CNC1

HACER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por las defensas y, en consecuencia, **CASAR** la sentencia recurrida y **ABSOLVER** a V. A. C., cuyas demás condiciones personales obran en la causa, en orden a los delitos de robo agravado por haber sido cometido en lugar poblado y en banda, robo y tentativa de robo, por los que fue declarada penalmente responsable; sin costas (arts. 42, 55, 164 y 167 inciso 2 del Código Penal; arts. 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación y art. 4 de la Ley n° 22.278).

Regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta note de envío.

PABLO JANTUS

MARIO MAGARIÑOS
-en disidencia-

ALBERTO HUARTE PETITE

Ante mí:

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CAMARA