

///nos Aires, 1º de junio de 2007.

Y VISTOS:

Para resolver en la presente causa n° **3357** respecto de la situación de **D.M.I.**

A) El Dr. Pablo Jantus, dijo:

I) Introducción:

La Reforma Constitucional de 1994 constituyó, sin dudar, un hito en materia de derecho de menores, ya que la incorporación, con jerarquía constitucional, de la Convención sobre los Derechos del Niño y la sanción del art. 75 inciso 23 de la Carta Magna, modificaron sustancialmente los parámetros que rigen la materia, invistiendo a los jóvenes involucrados en causas penales de garantías que, hasta ese momento, no se les reconocía cabalmente.

Sin embargo, tanto por la demora en la sanción de una ley que reglamente racionalmente los derechos reconocidos a los jóvenes por las normas superiores mencionadas, como por el incumplimiento, por parte del Estado, de las obligaciones asumidas en punto a crear la infraestructura necesaria para que la doctrina de la protección integral, nuevo paradigma en el tratamiento de los menores, pueda tener aplicación efectiva, ha llevado a que el marco axiológico diseñado por el constituyente no se haya impuesto con la efectividad que era de esperar. En efecto, actualmente conviven las nuevas normas constitucionales, con la ley de Protección Integral n° 26.061, aplicable, principalmente, en el orden civil, con la vieja ley 22.278, que regula el sistema penal juvenil, siendo algunas de sus disposiciones francamente contrarias a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Este último orden normativo, si bien permite la absolución de menores que han cometido delitos, cuando se estime que la pena no es necesaria, también exige que previamente se haya declarado la responsabilidad penal del joven. Y, por las razones que se expondrán más abajo, la posibilidad de juzgar a estos menores -sobre todo a aquellos que están en libertad, sometidos a tratamiento tutelar- se demora considerablemente. El resultado es que, cuando se realiza el debate y el menor que ha tenido un satisfactorio comportamiento durante la tutela es

declarado penalmente responsable, seguidamente se lo exime de pena, en el mismo acto, por aplicación de aquella norma. De tal modo, se da una situación absurda, ya que, de acuerdo a la experiencia, todos los protagonistas del debate saben que, en el peor de los casos, el juicio culminará con la absolución del imputado.

La extensión de los argumentos que se desarrollarán, se justifica si se tiene en cuenta que la solución que propugno es novedosa, lo que me obliga a tratar exhaustivamente todas las normas que operan en el derecho de menores, para una mejor comprensión de las razones que me llevan a votar por la aplicación, en casos como el estudiado, del art. 361 del Código Procesal Penal.

II) La reforma Constitucional de 1994 y la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Como se adelantó, es sabido que hasta el año 1994, el sistema jurídico de menores, en materia penal, se basaba en las disposiciones de las leyes 10.903 y 22.278.

La reforma constitucional del año citado, dispuso la incorporación, en su art. 75, de diversos tratados sobre derechos humanos, estableciendo, en el inciso 22, que ellos "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos...". Es decir que esos tratados - entre los que se encuentra la Convención de los Derechos del Niño - tienen jerarquía constitucional; cabe agregar que el constituyente procuró reforzar las disposiciones sobre el derecho de menores, al prescribir, en el inciso 23 del mismo artículo que es función del Congreso de la Nación: "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, los ancianos y las personas con discapacidad...".

De estas disposiciones surge, indudablemente, la jerarquía que ostenta la Convención sobre los Derechos del Niño.

Pero, por otra parte, la convención aludida no se erige en el único documento internacional relacionado con la materia, ya que en su preámbulo se mencionan expresamente a las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores" (Reglas de Beijing), debiéndose indicar, además, otros documentos internacionales, suscriptos por nuestro país; por caso, las "Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad" adoptadas por la Asamblea General en la resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990.

Estas normas, como se verá, han modificado sustancialmente el panorama en la materia que nos ocupa y, si bien es cierto que aún no se han actualizado las disposiciones de derecho interno, consideramos que los instrumentos mencionados brindan herramientas para elaborar pautas hermenéuticas suficientes para decidir, en cada caso en concreto, conforme a las prescripciones constitucionales.

Desde que asumí como juez de Tribunal Oral de Menores, sostuve que las decisiones que se tomaran en la materia que nos ocupa, necesariamente debían adoptarse realizando – en la medida de lo posible - una interpretación armónica de las normas de derecho interno con las supranacionales, debiendo prevalecer éstas en caso de incompatibilidad absoluta entre ambos niveles legales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la primer sentencia del Máximo Tribunal en la materia, ha marcado un hito en ese sentido. En efecto, en la causa "M. 1022. XXXIX - "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado" -causa N° 1174C", resuelta el 7 de diciembre de 2005, el citado Tribunal, a través del voto de la mayoría, ha señalado: "22) Que la "necesidad de la pena" a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a "gravedad del hecho" o a "peligrosidad" como parece entenderlo el a quo. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para

decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a "la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad" (art. 40, inc. 11).".

"Añadió, respecto de los fines del proceso y del marco normativo en que juega actualmente el sistema penal juvenil, que: "23) Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 31, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial."

"Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento."

"33) Que estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica."

"Así, en lo que aquí interesa, la Convención del Niño establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en los artículos 37 y 40 de la Convención."

"El Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención, ha recomendado a los Estados Parte asegurar "la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención Internacional del Niño en particular a los arts. 37, 39 y 40 de la Convención, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la

Delincuencia Juvenil (Reglas de RIAD)(Dominica CRC/C/15/Add.238. 2004).”.

“34) Que, consecuentemente, **en la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resultan de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores.**”.

Ha de ponerse de resalto, por último, que la Corte Suprema hizo mención a las medidas de coerción a disponerse en los expedientes tutelares, específicamente a la posibilidad de egresar al imputado, no obstante la gravedad del delito que se investigaba en aquella causa (homicidio calificado). Respecto de esa decisión, expresó: “9)...En efecto, **la liberalización del régimen de internación a través de "egresos periódicos" aparece como un intento efectivo para reintegrar al menor a la sociedad libre, objetivo que en manera alguna podría lograrse intramuros.** A nadie puede escapar -en particular a aquellos funcionarios cuya actividad específica es el trato con menores- que existen posibilidades de que durante esas salidas el menor pueda cometer un nuevo delito, con el consecuente fracaso del tratamiento resocializador, mas ello aparece como un riesgo ordinario, habida cuenta de que el objetivo perseguido no es sencillo de lograr. Por otra parte, tampoco puede atribuirse el fracaso en exclusividad al destinatario de la medida...”.

III) Principales garantías de que gozan los menores perseguidos penalmente.

a) El principio del interés superior del niño, consagrado en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el respeto por el debido proceso, la consideración de la detención como último recurso, la utilización de medidas alternativas y el objeto del proceso de menores como herramienta puramente preventivo especial, al margen de criterios retributivos,

concibiéndose la pena como eminentemente educativa; así como el cuidadoso estudio del hecho, de sus consecuencias, en forma paralela con las particulares circunstancias del justiciable y sus posibilidades de recuperación, constituyen pautas ineludibles a tener en cuenta al momento de decidir la suerte de un menor sometido a la jurisdicción.

b) Entre las garantías enunciadas, en materia de menores, cobra especial relevancia el derecho a un juicio rápido. Desde el viejo caso "Mattei", la Corte Suprema de Justicia ha elaborado una rica doctrina en punto a esta garantía, que fue reafirmada en el caso "Amadeo de Roth, Angélica" del 4 de mayo de 2000 (Ver La Ley t. 2001-A, pp. 513 y ss. con nota de Augusto Morello). Allí, el Supremo Tribunal señaló (considerando cuarto): "...es relevante recordar en primer lugar que en la doctrina de Fallos 272:188 esta Corte, al interpretar los principios de progresividad y preclusión como instrumentos procesales concretos destinados a evitar la duración indeterminada de los juicios, expresó que ellos obedecían al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal. Debe reputarse incluido -se agregó- en la garantía de defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, el derecho de todo imputado a obtener, después de un juicio tramitado en legal forma, un pronunciamiento que, definiendo su situación frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal...Además dicha garantía fue reconocida en el art. 14 apart. 3 inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que tiene jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994...que se ha reconocido la relación existente entre "duración razonable del proceso" y "prescripción de la acción penal"...de los que se desprende que el derecho del imputado a que se ponga fin a la situación de indefinición que supone el enjuiciamiento penal puede

encontrar tutela en la prescripción de la acción. Así, como se destacó en Fallos 312:1075, el pronunciamiento garantizador del art. 18 de la Constitución Nacional puede consistir naturalmente en la declaración de la existencia de esa excepción" (ver también considerandos 7º y 8º del voto del Dr. Bossert).

Cabe añadir, que la consignada garantía se encuentra reconocida, no sólo en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, sino también en el art. 8º inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que las Reglas de Beijing, en su art. 20.1, prescriben que "Todos los casos se tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias"; en los comentarios a estas reglas (op. cit. p . 136) se señala que "**La rapidez en la tramitación de los casos de menores es de fundamental importancia. De no ser así, peligrarían cualesquiera efectos positivos que el procedimiento y la resolución pudieran acarrear. Con el transcurso del tiempo, el menor tendrá dificultades intelectuales y psicológicas cada vez mayores, por no decir insuperables, para establecer una relación entre el procedimiento y la resolución, por una parte, y el delito, por otra...**".

De manera tal que la garantía a un juicio rápido, reconocida desde antaño por la Corte Suprema con relación a toda persona sometida a un proceso penal y, a su vez, reconocida implícitamente en la Constitución Nacional y en forma explícita en el Pacto de Derechos Políticos y Culturales y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adquiere, en el juicio de menores especial importancia, sobre todo porque la pronta resolución del conflicto posibilitará la adopción de medidas que tiendan a una rápida reinserción social del joven involucrado en causas penales.

c) Por último, cabe señalar que, como bien lo resaltó la Corte Suprema en "Maldonado", los menores son titulares de las garantías enunciadas, las que no pueden concebirse como un gracioso beneficio estatal, sino como derechos que ellos pueden reclamar y que el Estado tiene el deber respetar, velando por su eficaz vigencia, todo ello, por imperio de las obligaciones asumidas en los citados Tratados Internacionales.

IV) El art. 4° de la ley 22.278 y su interpretación dogmática.

a) En el derecho comparado, las legislaciones que han plasmado esta nueva concepción del derecho de menores, modificando el anterior paradigma hacia el de la protección integral, respetan cabalmente las garantías enunciadas.

Señalan Bernardo del Rosal Blasco y Viviana Caruso Fontán ("El Proceso Penal de Menores en la legislación española del año 2000: ¿Garantismo vs. Educación?" en Revista de Derecho Penal, "Garantías Constitucionales y Nulidades procesales II", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 143 y ss.) que: "...dado lo acentuado de la función educativa en el ámbito de la intervención penal con los menores, en la nueva Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, se ha confeccionado un proceso de doble finalidad sancionadora-educativa que, por una parte, como proceso penal sancionador que es, cuenta con gran parte de las garantías procesales que tienen, en el sistema constitucional español, la categoría de derechos fundamentales de la persona, y, por otra, responde a características diferenciales propias de la función educativa...". Más adelante, indican que "Un principio a cuya aplicación renuncia la ley desde un primer momento es el de proporcionalidad (como límite a la prevención) en la aplicación de las medidas, si bien ello se hace en aras de una mejor individualización de las mismas, que deberán ser impuestas teniendo sobre todo en cuenta, de forma, el "interés del menor", es decir, se renuncia a la proporcionalidad para que, con una amplia flexibilidad procesal, se puedan adaptar al interés del menor las medidas a imponer. La Exposición de Motivos así lo determina con claridad: "al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho Penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho, y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor...".

En el mismo sentido, Maurach-Gössel-Zipf ("Derecho Penal", Parte General, Editorial Astrea, Bs. As., 1995, T. II, p. 908 y ss.), con relación a la ley alemana, señalan que: "Más allá de esta base común de responsabilidad, el punto de partida del menor es distinto al del autor adulto; dado que el derecho penal de jóvenes no conoce el concepto de capacidad de imputabilidad disminuida por condiciones fisiológicas...el menor es responsable, aun cuando en él prevalezca preponderantemente el instinto frente al intelecto y la fuerza de voluntad, es decir, aquella condición psicológica que le dificulta la actualización de las capacidades fundamentales de su responsabilidad, en comparación con un adulto. Esta base de responsabilidad extendida a priori, requiere de la compensación mediante una correspondiente ampliación del círculo de los medios de reacción, cuya selección o convergencia debe tomar en consideración la mayor propensión del menor. En todo caso, más esencial para la determinación del círculo de los medios de reacción adecuados es la segunda razón. El contrapunto positivo de la capacidad de impresión del joven es su accesibilidad a la educación, a la cual deben por ello apuntar en primera línea todos los medios de reacción del derecho penal de jóvenes: el derecho penal de jóvenes es primariamente un derecho educador de éstos...Pero en una medida aún mayor que en el derecho penal general, en el de jóvenes es posible y recomendable dotar a la pena de un contenido educador, frente al cual la prevención general - ínsita en la pena en los demás casos - debe retroceder. La disminuida culpabilidad y la mayor receptividad a la adecuación del joven permiten aquí incluso poner, en cierta medida, a la prevención especial mediante la educación por sobre la compensación de culpabilidad. Todo medio de reacción adecuado al joven persigue primariamente tareas educativas...". Más adelante (p. 933), estos autores agregan que "En cuanto pena, también la pena juvenil es un mal pretendido y configurado como tal, previsto con todos los efectos secundarios propios de toda pena criminal. Aún así, la pena juvenil se distingue desde diversos puntos de vista en una manera tan fundamental de los medios punitivos, en especial también de la pena privativa de libertad del derecho penal, que ella puede ser descripta como una pena especial con preeminencia de la educación preventiva por

sobre la función de confirmación del derecho...El fundamento jurídico de la pena juvenil es dual. Si bien la pena juvenil, al igual que el sistema de los medios correctivos, sirve siempre al castigo del hecho...en oposición al derecho penal de adultos, la necesidad de la expiación no debe deducirse siempre a partir del hecho cometido, de su gravedad y de la culpabilidad expresada en su comisión, sino también, e incluso primariamente, a partir de consideraciones pedagógicas, en las cuales el hecho, en cuanto tal, pasa a un segundo plano respecto de la prognosis a obtener a partir de la personalidad del autor...".

Como puede observarse, aún prescindiendo del contenido de los Tratados internacionales mencionados, las legislaciones modernas han optado por reconocer que en la resolución de los conflictos penales protagonizados por adolescentes, de los fines de la pena que tradicionalmente reconoce la doctrina, debe primar el de prevención especial, debiéndose utilizar todos los medios para posibilitar la reinserción social del individuo sometido a proceso.

En este marco, opera la disposición del art. 4º de la ley 22.278 que autoriza a los jueces a eximir de pena al sujeto comprendido en su ámbito de aplicación, sin otra mención a que la sanción no resulte necesaria. Debe considerarse, en mérito a las razones hasta ahora expuestas, que el joven que se ha visto involucrado en un hecho ilícito y que ha modificado su conducta posteriormente, tiene derecho a que no se lo condene; obviamente, la razón -no escrita, pero que surge claramente de la naturaleza del derecho de menores - de esta exención punitiva, radica en que el buen comportamiento posterior permite inferir que la óptica de prevención especial de la pena ha operado mediante el tratamiento tutelar y que, por ende, disponer una condena en esas condiciones únicamente serviría a los fines preventivos generales que, como hemos visto, quedan desplazados en el caso de los jóvenes.

Paralelamente, debe recordarse que todo menor involucrado en una causa penal es inmediatamente tutelado por el Tribunal que lleva adelante el procedimiento. Y que, por imperio de la ley 22.278, la intervención tutelar opera de manera coercitiva en la vida del individuo, pudiéndose ordenar diversas medidas que, sin

dudarlo, restringen considerablemente el principio de libertad consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional. Así, los jueces de menores estamos facultados para disponer internaciones que, según lo ha establecido la jurisprudencia, se contabiliza en los términos del art. 24 del Código Penal Y de la ley 24.390, porque constituyen, en su esencia, privaciones de libertad semejantes a la detención de los mayores; se ordenan internaciones en comunidades terapéuticas, se les indica vivir en residencias educativas; usualmente, todos los menores que están en libertad están obligados a entrevistarse -en el mejor de los casos - mensualmente con una delegada inspectora, deben residir en un domicilio que no pueden variar sin autorización de los jueces, no pueden viajar sin permiso, pueden ser incorporados al programa de Libertad Asistida del Consejo Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia, se les obliga a realizar actividades que se estima útiles para ellos, como estudiar o adquirir oficios, pero que, en definitiva, implican una intervención estatal en el derecho de elegir el modo de llevar adelante la propia vida con plena libertad, sin intromisión del Estado, del que goza todo ciudadano. Todas estas medidas, claro está, están justificadas en el propósito de propender a una eficaz reinserción social de aquellos jóvenes a quienes se imputa haber cometido hechos ilícitos, pero ello no les quita que, indiscutiblemente, implican un avance estatal sobre el ámbito de libertad reconocido constitucionalmente.

Si el joven que es sometido a tratamiento tutelar cumple con las pautas, que, entre muchas, dispone el Tribunal para su caso en particular, sin duda puede aseverarse que la eximición de pena prevista por la ley 22.278 se justifica ampliamente, pues, como hemos dicho, carece de sentido aplicar una sanción cuando los fines preventivos especiales de la pena han operado mediante el tratamiento tutelar. Por ello es que la ley de mención, prevé que luego de la declaración de responsabilidad del menor - a la que se llega mediante el juicio respectivo - sólo se puede condenar a quien cumplió más de 18 años y estuvo, al menos, un año observado por el Tribunal.

b) Es menester añadir, por otra parte, que la citada norma requiere la declaración de responsabilidad como presupuesto

de la condena, con lo que no existe óbice para disponer el fin del proceso mediante una absolución o un sobreseimiento sin esa constatación sobre la autoría del joven en el ilícito investigado. Ello surge de la redacción del art. 18 de la Constitución Nacional, primer párrafo, en la medida que prescribe que ningún habitante de la Nación puede ser "penado" sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso; Jorge Clariá Olmedo, al respecto explica que mediante esta norma se establece "una prohibición de punir si antes no se ha formulado un juicio fundado en una ley ya vigente al producirse el hecho que se juzga, y contenido ese juicio en un proceso regular y legal", refiriendo más adelante que "Conforme al principio nulla poena sine iudicio, a nadie se le puede aplicar una sanción sino como resultado de un juicio jurisdiccional previo. Este juicio previo objetivamente hace referencia a un proceso regular y legal, el que debe necesariamente preceder a la sentencia condenatoria..." ("Derecho Procesal Penal", Editorial Marcos Lerner, Cba., 1984, T. I, p. 57 y ss.).

No existen obstáculos constitucionales, en consecuencia, para aplicar en casos como el estudiado el art. 361 del Código Procesal Penal, dado que ningún perjuicio causa al menor que ha cumplido satisfactoriamente con el tratamiento tutelar, que se disponga de este modo anormal de terminación del proceso, como ocurre, por ejemplo, con la prescripción de la acción.

c) Ahora bien, cabe preguntarse en qué estamento de la teoría del delito corresponde insertar a la exención de pena prevista por el art. 4º de la ley 22.278. Obviamente, no podrá considerarse que opera como una causa de falta de conducta, o atipicidad o que excluye la antijuridicidad, o de inculpabilidad, porque, de verificarse alguno de estos supuestos, correspondería absolver directamente al menor en el debate; es decir, la declaración de responsabilidad importa, obviamente, la constatación por parte del Tribunal, de que el menor ha llevado adelante una acción típica, antijurídica y culpable.

De manera tal que no es posible situar en los estamentos tradicionales de la teoría del delito la causa de absolución que analizamos. En mi criterio, esta disposición guarda notable similitud con las excusas absolutorias. En efecto, señalan

Zaffaroni-Slokar-Alagia ("Derecho Penal, Parte General", Editorial Ediar, Bs. As., 2000, pp. 837 y ss.) que ellas constituyen obstáculos que excluyen o cancelan la punibilidad. Indican que, si bien usualmente a la comisión de un delito sigue su consecuencia jurídica, la pena, en ocasiones el Estado debe inhibirse de ejercer "su poder punitivo, por no darse el requisito de punibilidad, entendida como la concreta posibilidad de imposición de la pena merecida. En síntesis, la operatividad de la respuesta punitiva...no es una cuestión que afecte al delito (al merecimiento de pena de una conducta delictiva) sino que se trata de un problema que se plantea y resuelve en la teoría de la responsabilidad penal, por lo que se conoce usualmente en la doctrina de lengua castellana como excusas absolutorias, que no son más que las causas que impiden en concreto aquella posibilidad de respuesta punitiva...".

De tal forma, los autores citados consideran que las causas que impiden la respuesta estatal son las penales (personales) que excluyen la punibilidad, como el caso del art. 185 del Código Penal y las procesales que cancelan la punibilidad, como la prescripción o el indulto (arts. 65 y 68 del Código Penal), debiéndose poner de resalto que las primeras deben existir al tiempo del hecho, y las segundas son sobrevinientes a él, encontrándose entre las primeras los casos de inimputabilidad para los menores de 16 años.

Como quedó asentado, una de las causales procesales de cancelación de la punibilidad es la prescripción de la acción o de la pena. Sobre el particular, Zaffaroni-Slokar-Alagia indican que "El fundamento común a toda prescripción es la irracionalidad concreta de la pena, sea la impuesta (prescripción de la pena) o la conminada (prescripción de la acción)...porque el transcurso del tiempo pone de manifiesto una mayor crisis de racionalidad...Transcurrido considerable tiempo entre el hecho y el juicio, la persona que está delante del tribunal no es exactamente la misma que cometió el hecho y algo análogo sucede cuando ha transcurrido un considerable tiempo entre la sentencia condenatoria y su ejecución...".

A mi criterio, la absolució n prevista en el art. 4º de la ley 22.278, forma parte de los obstáculos que cancelan la

punibilidad. Bien recuerdan los autores consignados (p. 842) que las causas que impiden la imposición de una condena no se limitan a las que ellos enuncian (prescripción, indulto, perdón del ofendido), sino que hay otras que se encuentran al examinar en la parte especial del Código Penal. Así, podemos decir que, cuando la estructura de la causa de cancelación de la punibilidad surja claramente del contenido de una norma, nos encontraremos ante una excusa absolutoria.

Y ello es lo que sucede con la disposición que estudiamos. En efecto, quedó perfectamente dilucidado más arriba que la solución prevista en la ley 22.278 no constituye un beneficio estatal, una concesión del Estado, sino un derecho que, en virtud de garantías previstas en Tratados Internacionales, tienen todos los individuos menores de 18 años que han cometido ilícitos penales. Ninguna duda existe de que, una condena aplicada a quien, por sus circunstancias, no la merece, en los términos de la norma citada, es ilegal. Si del estudio del caso no surge claramente que la condena es la única solución para el joven involucrado, no es posible imponer una sanción penal.

Sin embargo, la propia ley requiere, para la imposición de una pena, que previamente se haya declarado al interesado penalmente responsable del delito que se le achaca. Es decir, un juicio de certeza que dé por probados, en el caso en concreto, todos los niveles de la teoría del delito; es decir, que ese menor cometió una acción típica, antijurídica y culpable. Si la condena tiene esta exigencia previa, es evidente que la eximición de pena prevista en el art. 4 de la ley de mención no tiene relación con la teoría del delito. Sí, en cambio, y claramente, podemos encastrarla en aquellas causas, sobrevinientes al hecho, que cancelan la punibilidad.

En el caso de la prescripción, por el transcurso del tiempo, el Estado renuncia a la imposición de una pena o al cumplimiento de la impuesta. En materia de derecho de menores, por mandato constitucional, no corresponde aplicar una sanción en aquellos supuestos en que, como vimos, la pena resulta innecesaria por haberse dado en el caso los objetivos preventivo especiales que guían la sanción en materia de menores. Si la formación del

proceso, el sometimiento al tratamiento tutelar y la posterior evolución del joven muestran que éste ha modificado su conducta y se ha reinsertado socialmente, entonces ningún sentido tiene, en una materia en que la pena cumple primordialmente un fin educativo, disponer una condena que implique el encierro del joven.

De manera tal que podemos concluir que, en el caso de los menores, y al igual que en la prescripción, el Estado -por razones distintas, claro está- se ve impedido, cumplidos ciertos requisitos - el paso del tiempo en el caso de la prescripción, la buena conducta posterior, en el supuesto de los menores - de imponer una sanción penal, pese a que el individuo cometió un delito tipificado en el Código Penal y para el que no pudo esgrimir excusa alguna.

De este modo surge claramente la naturaleza jurídica de la solución que prevé el art. 4º de la ley 22.278. Es una excusa absolutoria que cancela la punibilidad por motivos que surgen con posterioridad al hecho.

d) Una peculiar característica de esta excusa absolutoria es que la causa que cancela la punibilidad surge a partir de la actividad jurisdiccional que transcurre paralelamente al proceso penal. Pero, por los motivos que se expondrán más abajo, es usual que el trámite de la causa sea más lento que el proceso que se da en el expediente tutelar; esto es así, porque la tutela implica el control permanente de la vida del joven, mientras que la suerte de la causa principal, al margen de las deficiencias del sistema que detallaremos, está ligada a los plazos procesales. El resultado es que, en innumerables ocasiones se extiende la tutela más allá de lo razonable, solamente porque no es posible realizar el juicio que la ley requiere para aplicar el art. 4º de la ley 22.278. De este modo, nos encontramos ante encausados que, por su óptimo comportamiento tutelar, terminarán absueltos por aquella disposición, en el peor de los casos; en otras palabras, sin otra alternativa la resolución del conflicto estará en la absolución, sea por no haberse verificado todos los estamentos de la teoría del delito, sea por que, de comprobarse que el individuo cometió un hecho reprochable, se tiene la certeza de que ha operado la causa que cancela la punibilidad examinada en el apartado anterior.

Ante este panorama, en el que se destaca que el juicio continúa únicamente por una razón formal, dado que todos los involucrados saben íntimamente cuál será el resultado material del proceso, cabe preguntarse qué razonabilidad tiene la decisión de seguir adelante con la causa principal y mantener el tratamiento tutelar -con la restricción de derechos que implica, como se vio- cuando la demora no puede atribuirse a quien está sometido a proceso y quien tiene, como ya examinamos, derecho a que se resuelva rápidamente su situación frente a la imputación que se le efectúa.

Daniel R. Pastor, en un excelente artículo que lleva el título "Acerca de presupuestos e impedimentos procesales y sus tendencias actuales" ("Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales", libro homenaje a Claus Roxin, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Ed. Marcos Lerner, Cba., pp. 807 y ss.) estudia profundamente las relaciones entre las excusas absolutorias y los impedimentos procesales. Señala que "el mandato del debido proceso ("nadie puede ser penado sin juicio previo", C.N., 18: regla típica de todo Estado constitucional de derecho) está integrado, en cierta forma, a toda prohibición penal, pues como la propia CN lo denota (nadie puede ser penado=no es punible) la misma realización de un proceso con determinadas características vendría a funcionar como una (¡la!) condición objetiva de punibilidad sin cuya presencia la sanción penal resulta inadmisibile."

"Esto significa que no sólo los llamados presupuestos procesales, sino que todas las reglas procesales son componentes de una condición objetiva de punibilidad: el debido proceso. Ello conduce a la conclusión de que, dogmáticamente, el proceso penal integra la parte general del derecho penal en el sentido amplio de que su ausencia excluye la punibilidad como lo hacen también las causas de justificación, las de exclusión de la culpabilidad, las excusas absolutorias y la propia atipicidad de la conducta. Al igual que las reglas sobre tentativa o participación de la parte general extienden la tipicidad (y con ello la punibilidad) a situaciones no previstas por las figuras de la parte especial, la realización de un debido proceso es impuesta por el derecho constitucional como una

condición general más para la procedencia de una pena legítima.". Agrega que, "Sentado ello, se puede concluir en que son presupuestos procesales aquellas condiciones sin las cuales el proceso no puede ser realizado, donde proceso es entendido como investigación de los requisitos fácticos establecidos por la ley penal para la aplicación de una pena. Con otras palabras, **frente a un impedimento, el proceso debe concluir...sin poder averiguarse más la verdad o no del hecho sospechado y de todas sus circunstancias penalmente relevantes. El contenido meramente procesal de la decisión de clausura es el alma del impedimento. Ante la aparición del obstáculo ya no puede analizarse si el hecho existió, si el imputado es su autor, si estuvo justificado**, etc.".

"Los impedimentos procesales, cuando se trate de los que conducen a la clausura del enjuiciamiento, tienen un doble efecto: el inmediato o procesal de cerrar definitivamente el proceso y el mediato o material de excluir para siempre la punibilidad del supuesto delito enjuiciado. El hecho de que, en definitiva, ellos siempre tengan el efecto ulterior material de excluir toda posibilidad de punir el hecho objeto del proceso no los convierte en incumbencia del derecho sustantivo...En realidad, en cada uno de los impedimentos procesales habrá cierta preeminencia sustantiva o formal, a pesar de que son idénticas las consecuencias o efectos que producen y aunque todo quede bajo el amparo del principio de legalidad material...".

Como consecuencia de lo expuesto, el Dr. Pastor refiere que: "**No sólo la punibilidad, sino ya el proceso mismo, deben quedar excluidos ante la existencia de impedimentos procesales que tornan inadmisibles la persecución y la pena (así, tanto la prescripción como la falta de acusación). Por ello, como ya se dijo, lo decisivo acerca de los impedimentos procesales es que su comprobación torna inadmisibles a todo el procedimiento.**".

Aclara, por otra parte, que: "Estas circunstancias que impiden la admisibilidad del proceso no pueden ser expresadas en la ley de un modo categórico y cerrado (supuestos en *numerus clausus*), sino de manera abierta, bajo la única condición de que

puedan ser deducidas de la voluntad de la ley, en tanto ella pretende obstaculizar la realización de procesos inválidos. El reconocimiento de un impedimento procesal no enunciado específicamente por la ley depende, por tanto, de su capacidad para invalidar el procedimiento en su totalidad, para restarle legitimidad, para tornarlo inadmisibile.”.

Luego de examinar distintos supuestos en los que operaría la solución que propugna, el autor consignado señala que, entre ellos, se encuentra, como impedimento procesal, la expectativa de vida limitada del imputado. Explica que la mayoría de la doctrina rechaza este impedimento "con el argumento de que aun en ese caso subsiste un interés remanente de la comunidad en el esclarecimiento de los hechos". Y recuerda que Roxin, critica, con acierto este argumento, pues "la meta del juicio es la sentencia y no un interés histórico independiente de ella" y parece evidentemente irracional, incluso desde el punto de vista económico y de la mejor organización de los recursos, llevar adelante el proceso, con todo lo que ello significa, si ya de antemano se sabe que no habrá persona que condenar...”.

Asimismo, el Dr. Pastor estudia la solución que cabe dar al proceso, al advertir que existe un impedimento procesal. Indica, en tal aspecto: "Otro dato significativo del sistema de los impedimentos procesales (excepciones) es que ellos, como ya fue mencionado, se agrupan en un elenco regido por el principio del *numerus apertus*...Aquí vuelve a jugar un papel decisivo en la fundamentación el argumento interpretativo del carácter abierto de los impedimentos procesales que habilitan su tratamiento, discusión y resolución por vía del procedimiento de las excepciones (por tanto también bajo régimen de *numerus apertus*). La incorporación de cada uno de ellos implicará también, de acuerdo a su naturaleza, su tipificación, p. ej., como obstáculo formal temporal o definitivo...pero también la asignación del procedimiento que le corresponde (v. gr. la oportunidad del planteamiento: diferente aun dentro de una misma clase de impedimentos..la forma de la discusión; escrita u oral según el estadio del procedimiento y la forma de la resolución (a saber: archivo (antejuicio); o

sobreseimiento (en caso de cualquiera de las excepciones llamadas perentorias).".

En conclusión, hemos colegido que la solución prevista en el art. 4º de la ley 22.278 constituye una excusa absolutoria en virtud de la cual el Estado renuncia a la imposición de una sanción, por razones de política criminal, al individuo que cometió un delito antes de cumplir 18 años de edad, con la condición de que el interesado haya cumplido satisfactoriamente con todas las pautas y recomendaciones que se le efectuaron en su tratamiento tutelar. Además, de acuerdo a lo sostenido por el Dr. Daniel Pastor, esta excusa absolutoria, una vez constatada, resta legitimidad al avance del proceso y, por tanto, debe operar inmediatamente en la forma prevista por la ley ante la presencia de tales impedimentos procesales, esto es, el sobreseimiento.

Debemos agregar, que una de las garantías con especial incidencia en el derecho de menores, la del derecho a un juicio rápido, también es citada por el autor mencionado como uno de los supuestos de impedimento procesal, que llevaría a la solución que propugnaremos.

V) Situación del los Tribunales de Menores y el art. 361 del Código Procesal Penal.

a) Decíamos más arriba, que la asimetría en la tramitación del expediente tutelar y de la causa principal se debía, en parte, a que, por su naturaleza, uno sigue continuamente la vida del joven involucrado y la otra tiene el ritmo de los plazos procesales.

Sin embargo, en el específico caso de los Tribunales de Menores de esta ciudad, se advierte un déficit estructural, propio del sistema, que produce aún más demora que la que se daría por aquella asimetría. En efecto, este Tribunal tiene casi cien detenidos o internados y tramitan en la secretaría tutelar alrededor de mil expedientes, a cargo de tres personas. En la Secretaría Actuarial ingresan más de cuatrocientos expedientes por año, el doble de los que lo hacen en un Tribunal Oral de mayores.

Para dar una pauta del volumen de trabajo de los Tribunales de Menores, basta consultar las estadísticas oficiales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de las que surge que los

tres Tribunales Orales de Menores a fines de 2005 registraban 6.152 causas – en las que no están contabilizados los más de 3.000 expedientes tutelares que tramitan ante estos órganos colegiados, porque no son computados por la oficina de estadísticas de la Corte Suprema de Justicia -, mientras que en los treinta Tribunales en lo Criminal había 5287 expedientes; mientras que en los seis Tribunales Orales Federales existían a fin de ese año 968 causas. Esta situación no ha pasado desapercibida, puesto que tanto el Sr. Procurador General de la Nación, como el Consejo de la Magistratura, impulsaron un proyecto de ley para ampliar la estructura del sistema penal juvenil en esta ciudad, lo que ha permitido que se esté llevando a cabo el procedimiento pertinente en el Congreso de la Nación. Pero ello no modifica, en la actualidad, el panorama por el que atraviesan los justiciables que deben esperar años para que se puedan resolver sus procesos.

Cabe destacar que poder llevar algún control en el fárrago de expedientes existentes en el Tribunal, sólo se puede lograr con un esforzado plantel de empleados que, sin embargo, no llega a cubrir sino una mínima parte de la enorme cantidad de trabajo. Paralelamente, nos encontramos ante serios inconvenientes logísticos, careciendo de medios mínimos, no sólo de personal –como se señaló - para brindar un adecuado servicio de justicia. Valga referir, como ejemplo, que ambas secretarías carecen del espacio físico suficientes, máquinas de fax y computadoras para cumplir adecuadamente su cometido.

Como lógica consecuencia de este volumen de trabajo, se ha asignado prioridad, en la fijación de audiencias de debate, para aquellas personas que están privadas de su libertad. Ello así, porque muchas veces su suerte depende de la realización del debate; y, mientras tanto, cada vez es más dificultoso atender la situación de los menores que están tutelados por el Tribunal, pero con libertad ambulatoria, sucediendo con frecuencia que la tutela se extingue por imperio legal a los 21 años sin que se haya juzgado al interesado.

Y más frecuentemente ocurre que, cuando se fija audiencia en casos como el que aquí tratamos, se convoca a ciudadanos que deben testificar, con la incomodidad que supone

perder un día de trabajo para cumplir con ese deber cívico y luego de transcurrido el debate, recae la resolución previsible, si se comprueba la materialidad del ilícito y la participación del imputado: la absolución del interesado por aplicación del art. 4º de la ley 22.278. Esta definición del proceso, en estos supuestos, se da usualmente con el consentimiento de todos los interesados.

En otros términos, es cada vez más difícil fijar fecha de debate para los menores procesados que se encuentran en libertad y generalmente, cuando ello ocurre, ha transcurrido un lapso de tratamiento tutelar prolongado. Y, si el comportamiento del menor ha sido adecuado, la única finalidad de la celebración del juicio, después de comprobar su responsabilidad, es hacer valer la excusa absolutoria analizada en este voto.

Mientras el Estado no fije las políticas que harán valer el mandato constitucional tratado al inicio de mi exposición, asignándose los medios para que exista realmente una política coherente con el mandato constitucional; y en tanto no se reforme la ley sobre responsabilidad penal juvenil, este panorama no se modificará. Me consta que la acumulación de causas no se debe a la desidia o abandono de los Magistrados que han integrado el órgano colegiado, o por falta de colaboración de los empleados. Es, simplemente, un déficit estructural desatendido por las autoridades encargadas de proveer medios suficientes para este particular sector del sistema penal.

b) Advertimos, entonces, que cuando se ha demorado, por los motivos expuestos en el punto a) el trámite del proceso - circunstancia que no puede atribuirse a los menores involucrados- y en los casos en que el cumplimiento cabal del tratamiento tutelar permita inferir que el interesado ha generado la excusa absolutoria ya mencionada, siendo evidente que dicho tratamiento se ha extendido indebidamente por culpa de la tardanza en la tramitación de la causa penal, no resulta razonable dilatar injustificadamente la solución que la propia ley establece; y más absurdo aún, es llevar adelante un debate - quitando tiempo para aquellos, también demorados, que se encuentran privados de su libertad- que no tiene como resultado una expectativa punitiva, por haberse

verificado un impedimento que cancela la posibilidad de aplicar una sanción.

La solución más razonable para estos supuestos, en que surja del expediente tutelar, con certeza, que no se arribará a una condena, es utilizar -de oficio o a pedido de parte - la solución prevista en el art. 361 del Código Procesal Penal. Como bien señala Daniel Pastor, ante la existencia del impedimento procesal o de la excusa absolutoria, pierde legitimidad el proceso, en los términos de la primera parte del art. 18 de la Constitución Nacional, y por ende, corresponde resolver la situación del menor, poniendo fin a la persecución iniciada ante la presunta comisión de un delito.

Este artículo prescribe: "Cuando por nuevas pruebas resulte evidente que el imputado obró en estado de inimputabilidad o exista o sobrevenga una causa extintiva de la acción penal y para comprobarla no sea necesario el debate, o el imputado quedara exento de pena en virtud de una ley penal más benigna o del art. 132 o 185, inc. 1º del Código Penal, el tribunal dictará, de oficio o a pedido de parte, el sobreseimiento". En el comentario a esta norma, Francisco D´alhora ("Código Procesal Penal de la Nación, anotado, comentado, concordado, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2002, p. 791) indica que la resolución procede porque se trata de "supuestos en que feneció la pretensión punitiva, derecho subjetivo de punir o pretensión sustancial...".

Justamente, cuando del tratamiento tutelar resulta con evidencia -sin que sea necesario el debate - que media la ya tantas veces mencionada excusa absolutoria, significa que la pretensión punitiva ha fenecido, porque ya no es posible condenar, y por lo tanto, corresponde la solución prevista por esta norma.

Dicha solución será la que en justicia corresponde para aquellos menores que han conquistado su absolución con su propia conducta y, mediante la propuesta que se efectúa en este voto, esa resolución se dispondrá en tiempo oportuno y sin violar el derecho a un juicio rápido y podrá modificarse la actual situación que en el fondo es perversa, ya que el buen comportamiento, lejos de ser acogido como un beneficio por el Estado, termina siendo el motivo por el cual se perjudica al que decidió cumplir con las

prescripciones del art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, demorando la resolución – anunciada - definitiva de la causa.

Resta analizar cuándo corresponderá la aplicación del art. 361 del modo como postulamos. En ello, a mi modo de ver, deberá tenerse en cuenta lo previsto en la ley 22.278 -un año de tutela, por lo menos - y en cada caso, de acuerdo a la gravedad del hecho y al comportamiento del joven, habrá que dilucidar si puede considerarse que la sanción penal, a esa altura, resulta innecesaria. Obviamente, el límite máximo estará dado por la mayoría de edad, pues allí, por imperativo legal, fenece la disposición tutelar.

VI) El caso en particular.

En la presente causa, se imputa a D.E.I. haber intentado apoderarse, el 18 de enero de 2004, de diversos elementos que se encontraban en el automóvil marca Fiat 600 que estaba estacionado frente al n° xx de la calle J.M. de esta ciudad, para lo cual hizo palanca sobre la parte superior de la puerta del acompañante, en el ventilete de esa puerta y forzando también su manija; fue sorprendido por personal policial cuando trataba de sacar con fuerza la consola delantera del automotor (ver requerimiento de elevación a juicio de fs. 81/3).

Puesto que no registra otro antecedente judicial y que su comportamiento tutelar ha sido satisfactorio, ninguna posibilidad existe, en caso de ser declarado penalmente responsable, de merecer una condena, puesto que, como ya hemos repetido, tiene el derecho a ser eximido de pena de considerársele autor del delito investigado. En tal sentido, en la resolución que obra en copia a fs. 99, se decidió decretar el cese de la vigilancia que el Tribunal ejercía sobre el menor, con fecha 27 de junio de 2006, dado que, durante su transcurso, desarrolló diversas actividades laborales, tiene empleo fijo y la delegada inspectora interviniente opinaba que se trataba de un sujeto emprendedor y planificador, con independencia económica y habitacional, con buenas relaciones familiares.

Por lo demás, la considerable demora -justificada en las razones expuestas - en la tramitación de la causa, también ha afectado su derecho a obtener un rápido pronunciamiento judicial

sobre todo si tenemos en cuenta la escasa gravedad del hecho atribuido.

En base a lo desarrollado a lo largo de este voto, ninguna duda tiene el suscripto que por justicia y derecho, corresponde sobreseer a D.E.I. por aplicación, de oficio, del art. 361 del Código Procesal Penal, dado que, además, es evidente que, de llevarse a cabo el debate y aún de ser considerado I. penalmente responsable, la única solución, de las previstas para los menores de 18 años, sería la absolución por aplicación del art. 4º de la ley 22.278.

B) El Dr. Pablo Gustavo Laufer, dijo:

Acuerdo con el análisis efectuado por el Dr. Pablo Jantus y con la propuesta realizada. Es innegable que el remedio transitorio que se sugiere deriva de la situación de colapso que atraviesa la Justicia de Menores, a partir de la excesiva demora en la que se incurre en resolver la situación procesal de cientos de incapaces que se han hecho merecedores del máximo beneficio previsto en la ley 22.278 y que no han visto plasmada su desvinculación del proceso, ante la imposibilidad de concretar formalmente la audiencia de debate que establezca la mínima plataforma que habilite sus absoluciones.

En el prolijo voto que antecede se analiza minuciosamente la compleja estructura del problema que acucia al Fuero y, esencialmente, la normativa supranacional incorporada a nuestra Carta Magna a partir de lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22 de dicho ordenamiento, que fija distintos estándares de abordaje de la problemática de la delincuencia juvenil. A partir de ello, resulta incontestable que existe, en el problema y solución planteados, un único obstáculo para coronar, como consecuencia del superador progreso de los menores, el trabajo llevado a cabo con los mismos, que los hace merecedores de su desvinculación del/los proceso/s que registra/n en trámite: la celebración de la audiencia de debate o su variante escrita prevista en el artículo 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación.

En dicha línea argumental, cuadra preguntarse si el Tribunal se encuentra en condiciones de soslayar dicho acto procesal para concluir -en forma favorable al justiciable- el trámite

del proceso mediante un sobreseimiento(?). Una primera respuesta nos introduce en la afirmativa, toda vez que los reparos constitucionales que se derivan, esencialmente, del artículo 18 de la Carta Magna, imponen la realización del debate como requisito ineludible para la eventual imposición de una pena, más no para decidir acerca de una absolución, por lo que la solución que se propicia no encontraría obstáculo alguno en el contexto de todo el ordenamiento normativo.

Sin embargo, la hipótesis que se expone podría conculcar con un entendido derecho del justiciable no sólo de ver resuelta su situación procesal en el menor plazo posible -aspecto sobre el cual el Estado no ha brindado en el sub júdice respuesta oportuna-, sino también de que se verifique en el mentado debate si es o no responsable del delito por el que la causa ha llegado a la instancia plenaria, es decir, que el Estado se expida sobre el fondo de la cuestión.

Sobre este último tópico sabido es que, tras la reforma constitucional realizada en nuestro país, se introdujo en nuestra Carta Magna en el inciso 22, párrafo 2º del artículo 75, que las garantías y derechos previstos en los pactos que nuestro país suscribiera con otras naciones, quedan incorporados como tales en el ordenamiento jurídico interno. Dos de ellos, específicamente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 8º, inc. 1º; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14, inc. 1º, en similares términos, disponen que una de esas garantías reconocidas es que todo habitante debe "...ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella...".

De ello también se desprende, entendiéndose al término "substanciar" como "conducir un asunto o juicio por la vía procesal adecuada hasta ponerlo en estado de sentencia" ("Diccionario de la Real Academia Española", t. II, p. 1924, 21ª ed.), que quien tiene el derecho de exigir ser oído durante la substanciación del proceso hasta el dictado de la sentencia, puede lo menos, es decir, exigir el

dictado de una sentencia emitida por su juez natural que resuelva definitivamente acerca de su culpabilidad o su inocencia.

Entonces, en la misma línea argumental, la puntual objeción que podría efectuarse a una de las conclusiones a las que se arriba es que la omisión del pronunciamiento definitivo sobre el fondo de la cuestión implicaría un agravio para el justiciable; y en tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación -desde una perspectiva diametralmente distinta- ha sostenido que una ley penal que establece una presunción absoluta de inocencia a favor del acusado, bien puede lesionar los derechos de éste, al no permitirle probar su inocencia en juicio (C 547 XXI, "Camps, Ramón Juan Alberto y otros", rta. el 22/6/87, Fallos 310:1162).

Sin embargo, en el presente caso considero que no se verifica el supuesto agravio porque, esencialmente, no ha habido precisa petición del principal interesado en ese sentido -que legitimaría el apartamiento del criterio desvinculatorio que se propone anteponiendo ineludiblemente la concreción del debate-.

A mayor abundamiento, cuadra señalar que más allá de las razones formales que podrían dar abono a la imperiosa realización de la mentada audiencia, la imposibilidad de su concreción dejaría al proceso a la espera del cumplimiento de los plazos que determinarían la extinción de la acción penal por prescripción, que no sería más que otra solución posible al problema planteado. Entiendo que esta última opción si bien sería compatible con la letra de los ordenamientos sustantivo y adjetivo y asequible al criterio restrictivo del Ministerio Público Fiscal -en lo que a esta propuesta desvinculatoria concierne- resultaría, esencialmente contraria al espíritu plasmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el mentado precedente "Mattei".

Debe resaltarse, más allá de las diferencias semánticas relativas al carácter de los institutos en juego, que en todo momento se ha preservado la consideración de inocente del justiciable a partir de la ausencia de pronunciamiento condenatorio firme que destruya ese estado en consonancia con lo dispuesto en el apartado I del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que dispone: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe

su culpabilidad: el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece: "Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable", el inciso 2º del artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos que expresa: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad"; el apartado 2º del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reza: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley" y, por último, el artículo 40, apartado 2, letra b, inciso i de la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone: "Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

Por ende, mantenido hasta el momento el mentado estado de inocencia del que goza el justiciable, patentizado, aún más, a partir de la solución liberatoria que se propone -en los términos del artículo 4º de la ley 22.278-, no advierte el suscripto gravamen irreparable alguno para el menor toda vez que la decisión a la que se arribaría no tendría contenido impeditivo con relación al ejercicio de los derechos. Resta mencionar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentó como doctrina que dentro de la garantía de defensa en juicio, se tutela "el derecho de todos los litigantes a obtener de los tribunales, una sentencia útil relativa a sus derechos" (Fallos: 268:266; 298:50; 300:1102; 306:1688; 306:1705; 312:207, entre otros) posición ésta que comparte Bidart Campos ("Tratado elemental de derecho constitucional argentino", t. I, ps. 466/7, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1992), Augusto Mario Morello ("Derecho a una rápida y eficaz decisión judicial", en ED, 14/9/1978); y el Procurador General de la Nación Dr. Esteban Righi ("Los límites a la persecución penal y la tutela de los derechos fundamentales", Cuaderno de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año 2, N° 3, ps. 191/208).

Respecto de este criterio de "eficacia o utilidad", nuestro más Alto Tribunal ha expresado que toda persona tiene derecho a un juicio eficaz, e inclusive ha avanzado al afirmar, que todo ciudadano posee el derecho a sustraerse del estado de

incertidumbre que conlleva todo expediente penal, debiéndoselo declarar culpable o inocente. Esta posición puede llevar a adoptar dos caminos, el primero, interpretar que la Corte reconoce el derecho a que todo juicio termine en forma definitiva, sin que resulte necesario declarar la culpabilidad o inocencia de la persona sometida a proceso, o bien, que toda causa penal concluya con un pronunciamiento de mérito; en el primer supuesto, no existiría inconveniente alguno que la resolución que se dicte fuese como la que se propone, toda vez que con aquella efectivamente se pone un coto definitivo al proceso -y por ende a la incertidumbre de quien fue procesado-; pero, en el segundo caso, la cuestión se complica, pues lo allí resuelto no basta, se requiere necesariamente un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión traída a estudio. A mi entender, la Corte Suprema dispuso que uno de los caracteres fundamentales del "derecho a la jurisdicción" es que los procesos penales no continúen sine die, sino que finalicen tras el dictado de una resolución que ponga término al conflicto trabado, es decir que las partes puedan incorporar lo resuelto como cosa juzgada y esa es la doctrina que surge del caso "Mattei" (ver en este sentido Rizzi, Aníbal Horacio y Slinin, Julio: "¿Es renunciable el instituto de la prescripción en sede penal?" publicado en La Ley 1998-E, pág.638)

Definida, entonces, la viabilidad del remedio excepcional que se propone y la ausencia de agravio constitucional, cuadra hacer sucinta referencia a un instituto presente en la normativa supranacional que permite, por sus alcances -y en forma traspolada por su estrecha vinculación con el problema que nos convoca-, coronar la pretendida desvinculación del menor en cuestión: me refiero a la "remisión". Es sabido que el más novedoso posicionamiento estatal respecto del fenómeno de la delincuencia juvenil intenta reducir al mínimo el número de casos abordables por la Justicia de menores con el fin de evitar los daños emergentes de la intervención judicial. Así, se promueve la práctica de la remisión -que deriva de la regla Nro. 11 de las Reglas de Beijing- mediante la cual se pretende evitar, en todos los casos que sea posible, la estigmatización propia de la directa intervención de los sistemas penales formales, cuando se trate de delitos menores o cuando se

estime que la permanencia en el procedimiento puede causar al adolescente un daño mayor que el que él causó con el delito.

En ese sentido, debe precisarse que la remisión, que entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, se practica habitualmente en muchos sistemas jurídicos con carácter oficial y oficioso y sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores.

Resulta notorio que, en este marco, son de gran interés los procesos de mediación a favor de la conciliación y reparación del daño, tanto a la víctima individual como a la comunidad, proponiéndose "sanciones" alternativas -concebidas para promover la reinserción social del menor- tales como la amonestación; la multa; la reparación del daño causado; la prestación de servicios a la comunidad; la libertad asistida; y la privación de libertad, esta última, en casos extremos.

Volviendo al tema que nos convoca y asumiendo que la remisión configura una clara manifestación del principio de oportunidad que quiebra el principio de legalidad absoluto en la promoción y ejercicio de la acción penal, debe repensarse si la excesiva vigencia del proceso penal fuera de todo plazo razonable y sin visos de culminación siquiera prontamente a partir de la extinción de la acción penal por prescripción, en casos en los que los menores se han hecho acreedores del máximo beneficio previsto en la ley 22.278, no ha superado con el máximo rigor la habilitación constitucional brindada al Estado para llevar adelante un proceso en búsqueda de la verdad real y la responsabilización de los autores. Es evidente que todo límite se ha visto desbordado y los menores - ya mayores, algunos de ellos con más de 23 años- siguen viendo como el proceso prosigue paralizado, afectándolos en sus desarrollos personales y laborales; y ello trasunta en una directa afectación a expresas garantías previstas en nuestra Carta Magna.

Por ende, considero que la solución que propicia el Dr. Jantus de resolver en forma definitiva la situación del menor D.E.I. es la propuesta más honesta que el Estado puede ofrecerle y la

respuesta a la que el incapaz se ha hecho acreedor logrando, en definitiva, su desvinculación del proceso.

Con estos alcances, adhiero a la propuesta efectuada en el voto que antecede.-

C) El Dr. Fernando Mario Caunedo dijo:

1. Como solución de emergencia, ante la sensible demora en el juzgamiento de este proceso, que no podrá remediarse en un futuro inmediato por la situación de crisis estructural que atraviesan los tribunales orales de menores, de público conocimiento; coincido con mis colegas en que están dadas las condiciones procesales para que el tribunal dicte, de oficio, el sobreseimiento de D.E.I., que no había cumplido los dieciocho años de edad en las circunstancias de la imputación fiscal que motivó la elevación de la causa a juicio.

Pues de ese modo se brinda una respuesta definitiva – en respeto de la garantía constitucional que asiste al imputado de ver resuelta su situación procesal frente a una imputación penal, dentro de un “plazo razonable”-, acorde a las favorables constancias que surgen del expediente tutelar que corre por cuerda.

Respuesta que está habilitada en el artículo 4 de la ley 22.278, si se lo armoniza con las disposiciones del ordenamiento jurídico de jerarquía constitucional que rige el derecho penal juvenil, ante la demora del legislador en adecuar la legislación interna a los estándares de éste.

2. Como sostuve ante una solicitud de suspensión del juicio a prueba –en la causa 4339 del tribunal, resuelta en el mes de diciembre de 2006- también en esta causa, me animo afirmar que, con toda certeza, de ser juzgado el imputado y concluirse su responsabilidad penal frente a la imputación fiscal, resultaría absuelto conforme al citado artículo 4 de la ley 22.278.

La mencionada norma ha previsto, mucho antes que el código penal con la incorporación bastante reciente de los artículos 76 bis y ss., una “suspensión a prueba” del procedimiento penal, durante un año como mínimo de tratamiento tutelar, transcurrido el cual, si se advierte innecesaria la imposición de una sanción, es dable la absolución. Sólo que ello puede operar una vez declarada la responsabilidad penal.

Ahora bien, esa disposición interna, como lo venía sosteniendo reiteradamente el tribunal, de conformidad con lo afirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Maldonado" que citó el doctor Jantus; debía ser interpretada a la luz de la normativa internacional que integra el nuevo bloque de constitucionalidad a partir de 1994.

En este sentido, como apunta el doctor Laufer en el voto precedente, cabía recordar las disposiciones sobre la "remisión de casos" previstas en la regla 11 de las "Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)", adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985, que, como destacó la Corte Suprema en "Maldonado", deben evaluarse para su total implementación en la justicia penal juvenil, conforme a la recomendación del Comité de los Derechos del Niño, intérprete de la convención respectiva (considerando 33).

La citada regla 11 prevé que "se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente", con claro propósito de evitar el juicio de los menores, pues las autoridades mencionadas en la regla 14.1 son las encargadas de "dictar sentencia ... con arreglo a los principios de un juicio imparcial y equitativo". Y en el comentario respectivo, se aclara que "la remisión ... entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal..." y " ...sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores...".

Por tanto, si se tiene el convencimiento de que, de habérselo juzgado hoy, el joven hubiera sido sin duda absuelto, atento a su comportamiento durante la extensa observación tutelar; armonizando la normativa interna con la internacional, de jerarquía constitucional, cabe concluir que la prevención especial ya ha operado y se pudo comprobar que el joven es una persona de bien, plenamente insertada en la sociedad, y que los hechos objeto del proceso han constituido un episodio aislado en su vida.

Sostuve en aquella ocasión que sería deseable que la legislación interna contemplara la remisión prevista en el artículo 4 de la ley 22.278 en una etapa procesal previa, pues es irrazonable que deba realizarse el juicio –cuyo resultado puede conocerse de antemano- y concluir la responsabilidad penal de los menores, para recién entonces aplicarla, sobre todo cuando el abarrotamiento de expedientes a la espera de ello impide hacerlo en un término razonable. Y frente a la mora del legislador en adecuar la legislación interna del derecho penal juvenil a la normativa de superior jerarquía, incorporada al derecho local por el constituyente de 1994 hace ya más de una década; ante el legítimo pedido de las defensas en aquella ocasión, ratificado por sus jóvenes asistidos, sostuve que los jueces debíamos encontrar el modo de armonizar la vetusta ley interna con las disposiciones constitucionales, a fin de hacer efectivos los derechos reconocidos por el Estado Argentino ante la comunidad internacional, so pena de que éste deba eventualmente tener que responder ante ella.

Por ello concluí, en minoría, que en ese proceso no debía acudir al derecho común –artículos 76 bis y ss. del Código Penal- para resolver el planteo de las defensas, a los fines de tener por cumplidas las reglas de conducta previstas en los artículos 27 bis y 76 ter del citado código, evaluando retroactivamente el buen comportamiento tutelar; sino que podía dictarse directamente el sobreseimiento de ambos imputados, por extinción de la acción penal –artículos 336 inciso 1º y 361 del Código Procesal Penal- pues se habían hecho acreedores del máximo beneficio del artículo 4 de la ley 22.278 debido a su buen comportamiento tutelar y, en consecuencia, se había truncado la potestad estatal de imponerles una condena, si al cabo del proceso se concluyera que cometieron efectivamente los delitos que se les imputaban.

3. Tales fundamentos resultan plenamente aplicables al presente caso, pues el buen comportamiento del justiciable, que se aprecia en el expediente tutelar, ha generado su legítimo derecho a ser eximido de toda sanción penal, aunque se lo hallara responsable de la imputación fiscal, conforme al máximo beneficio previsto en citado artículo 4 de la ley 22.278, que el doctor Jantus fundadamente encuadró, desde la dogmática, como una “excusa

absolutoria" que ha cancelado la punibilidad, con posterioridad a los hechos objeto de aquella imputación.

Su comprobación es elocuente, con la sola lectura del expediente tutelar –al punto que en junio del año pasado se dispuso el cese de la vigilancia- de modo que resulta innecesario el debate, y autoriza la excepcional aplicación del cierre anormal del proceso, a tenor del artículo 361 del ritual.

4. Coincido con el doctor Laufer en que la decisión propuesta de modo alguno agravia al justiciable, porque no haya un pronunciamiento de mérito en torno a la imputación que contra él se esgrimió, pues hasta ahora gozó de la presunción de inocencia, de raigambre constitucional, y mediante esta resolución se cerrará definitivamente el proceso.

Y coincido también con él en que esta decisión es la más honesta que puede adoptar el tribunal, frente a la imposibilidad incontrastable de realizar el debate pendiente en la gran cantidad de expedientes que registra a la espera del mismo – me remito, en cuanto al análisis estadístico, al voto del doctor Jantus- y al absurdo que importaría su tardía celebración en autos –en desmedro de otros procesos- por una cuestión sólo formal, cuando de antemano se conoce el resultado al que sin duda se arribaría, la absolución. No sólo por la situación de crisis estructural del fuero –agravada por la mora legislativa a la que he hecho referencia- sino también por las incomodidades que acarrearía la comparecencia de los testigos, a fin de recrear la existencia del delito atribuido, cuando el transcurso del tiempo y el buen comportamiento del imputado, han truncado toda posible sanción.

5. Por tales razones, adhiero a la propuesta que con sólidos argumentos han sostenido mis colegas, y comparto el sobreseimiento propiciado, sin costas.

Por todo ello, el Tribunal

RESUELVE:

SOBRESEER a **D.E.I.** en la presente causa n° **3357** por aplicación de los arts. 4° de la ley 22.278 y 361 del Código Procesal Penal, **SIN COSTAS** (arts. 530 y 531 del Código Procesal Penal).

Notifíquese y consentida o ejecutoriada que sea,
archívese.