



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

Reg. n° 80 /2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los 15 días del mes de febrero del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Gustavo A. Bruzzone, Luis M. García y María Laura Garrigós de Rébora, asistidos por el secretario Santiago Alberto López, a efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 10/30vta., por la defensa oficial de Brian Nahuel Tolaba; en el presente legajo n° 500000185/2011/TO1/4/CNC1, caratulado: “**TOLABA, Brian Nahuel s/ Legajo de Ejecución**”, del que **RESULTA**:

I. El 30 de noviembre de 2016, el juez a cargo del Juzgado de Ejecución Penal n° 4, en lo que aquí interesa, resolvió: “**I.- RECHAZAR** la solicitud de inaplicabilidad del impedimento contenido en el segundo párrafo del artículo 14 del C.P.- **II.- NO HACER LUGAR** al planteo de inconstitucionalidad del artículo 14 –segunda parte– del código de fondo, respecto de **Brian Nahuel TOLABA**, solicitada por la Defensa Oficial. **III.- NO HACER LUGAR** al pedido de Libertad Condicional (...)”.

II. Contra esa decisión interpuso recurso de casación (fs. 10/30vta. de este legajo) la Defensora Pública Coadyuvante María Luján Sequeira Báez, de la Unidad de Letrados Móviles n° 1 ante los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal, que fue concedido por el *a quo* a fs. 31 y mantenido a fs. 40.

La recurrente encauzó sus agravios por la vía del 2° inc. del art. 456, CPPN, y por medio del recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 474, de dicho cuerpo legal.

La defensa oficial específicamente aclaró que el objeto de la presente impugnación era que este tribunal revoque la decisión del juez de ejecución y dicte una nueva resolución en la que se declare la inaplicabilidad del segundo párrafo del art. 14, CP, respecto de su asistido, o, **en subsidio**, se declare la inconstitucionalidad de dicho artículo.



La recurrente sostuvo que la decisión del *a quo* resulta arbitraria por no haber abordado –o haberlo hecho de manera aparente– el planteo relacionado a que la segunda parte del art. 14, CP, no resultaría aplicable a su defendido.

En esta línea de crítica, en primer lugar, la defensa había planteado la inaplicabilidad de la segunda parte del art. 14, CP, ya que su asistido no fue el autor material de la muerte de la víctima, sino que aquél resulto sobreseído en razón de no ser punible por su minoría de edad. De esta manera, entendió que esta circunstancia debía impactar en la morigeración del cumplimiento de la pena que se ejecuta en autos, permitiendo el acceso de Tolaba al régimen de libertad condicional.

En segundo término, la recurrente también sostuvo que la inaplicabilidad del segundo párrafo del art. 14, CP, se impone porque su defendido contaba con apenas diecisiete años de edad al momento de cometer la acción que derivó en la condena que se ejecuta en este legajo. Ello porque, a su entender, Tolaba “(...) *no contaba con la madurez para advertir las consecuencias de su obrar delictivo, y ello implicó un menor reproche, que ahora debe significarle una menor intensidad en las condiciones en que se ejecuta su encierro (...)*”.

Entendió que, así como la imposición de la pena de su defendido contempló la aplicación de los principios que impregnan el derecho penal juvenil –lo que implicó un reproche disminuido–, éstos también debían reflejarse en el marco de la ejecución de la pena, permitiendo su morigeración por medio del instituto de la libertad condicional.

En este aspecto, la crítica se centra en el hecho de que el juez de ejecución no brindó una respuesta acabada al planteo efectuado por la defensa, sino que se limitó a afirmar que las leyes n° 25.892 y 25.948, no resultan ser concordantes a lo sostenido por esa parte. Por esta razón sostuvo que la decisión no puede ser calificada como un acto jurisdiccional válido.

Por vía del recurso previsto en el art. 474, CPPN –y como planteo subsidiario– la recurrente se agravia por entender que el *a quo*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

efectuó un tratamiento arbitrario de las objeciones constitucionales que esa parte había realizado respecto del segundo párrafo del art. 14, CP.

Consideró que la norma impugnada choca con derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales incorporados a ella, a un grado tal que los neutraliza, dejando sin contenido el principio de reinserción social de la pena. Entendió que dicho principio supone el derecho de todos los condenados, sin importar la gravedad del delito, de poder acceder de manera paulatina al medio libre bajo alguna modalidad de libertad vigilada.

Continuando con este argumento afirmó que, el juez de ejecución “(...) [erró] *en su juicio, pues lo que se cuestionó es que la norma, en tanto impide la reinserción social de Tolaba choca con la normativa Constitucional. En otras palabras no se cuestionó la claridad en la redacción de la norma o sus posibles interpretaciones, sino que se postuló su inconstitucionalidad, ya que el fin del legislador, el espíritu que debe guiar el dictado de una ley siempre debe ajustarse a la Norma Fundamental, y la interpretación que debe realizarse es la constitucional en todos los casos, es decir, si el artículo 14 del Código Penal, se adecúa a ella (...)*”.

Sostuvo que de la resolución cuestionada se desprende que el juez de ejecución reconoció que el régimen progresivo de la Ley n° 24.660 se ve limitado por la norma criticada, pero que, sin embargo, no argumentó cómo esas limitaciones no resultan contrarias a la Constitución Nacional, ya que sostuvo la legalidad de un régimen progresivo que no permite concretar su finalidad última, que es la reinserción social –la que la recurrente consideró como “(...) *el reconocimiento y respeto por las normas de convivencia en el marco de un egreso anticipado o transitorio (...)*”–.

Por último, destacó que si bien los derechos reconocidos constitucionalmente no son absolutos, éstos de ninguna manera pueden ser aniquilados, circunstancia que estimó ocurre en el caso de su defendido, pues la limitación conjunta entre el art. 14, CP, y el art. 56 bis, Ley n° 24.660, le veda de manera total su reinserción social.



III. Durante el término de oficina (art. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN) se presentó el Defensor Público Coadyuvante Rubén Alderete Lobo, quien sostuvo lo dicho por su colega de la instancia en el recurso de casación.

IV. La audiencia prevista en el art. 468, CPPN, fue fijada para el día 28 de septiembre pasado (fs. 51). A dicha audiencia acudió el Dr. Rubén Alderete Lobo, titular de la Unidad Especializada en Derecho de la Ejecución de la Pena ante esta Cámara, quien sostuvo los agravios volcados en el recurso de casación por su colega, jerarquizó algunos de ellos y brindó argumentos complementarios.

Ante todo, solicitó la nulidad del decisorio cuestionado. Ya adentrándose en el fondo del planteo, manifestó que correspondía primero que este tribunal se ocupe del pedido de inaplicabilidad y, de manera subsidiaria, en caso de no prosperar la inaplicabilidad, del planteo de inconstitucionalidad.

Puntualizó que, en torno al planteo de la inaplicabilidad del segundo párrafo del art. 14, CP, en la ejecución de la pena de su asistido (en razón de su minoría de edad al momento de cometer el delito), existen *“(...) tres o cuatro argumentaciones, que a mí modo de ver, insisto, ameritaban que el juez de ejecución aborde sesudamente la cuestión. Primero no aparece controvertido que las normas constitucionales se inclinan por orientar una justicia especializada en derecho penal juvenil y que así lo sugieren varios pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, también de la CSJN, y que ésta dirección especializada en materia penal para delitos cometidos por niños o adolescentes debe alcanzar la ejecución de la pena (...)”*.

Entendió que en primer orden, estas exclusiones al régimen de la libertad condicional, suelen ser justificadas en aras de criterios de prevención general. Sin embargo, este criterio parece no ser válido para las penas impuestas a menores de edad, de acuerdo a lo dicho por la Corte Suprema en el precedente “Maldonado”¹ (especialmente en sus considerandos n° 23 y 35 del voto de la mayoría). El criterio rector en

¹ CSJN; M. 1022. XXXIX; “Maldonado”, causa n° 1174; rta. 07/12/2005.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

materia penal juvenil es, estrictamente, el preventivo especial positivo, y no pueden privilegiarse otros principios por sobre éste.

En segundo término, entendió que el art. 37, inc. b), de la Convención de los Derechos del Niño y –aunque norma de *soft law*– el art. 28.1 de las Reglas de Beijing, parecen avalar la postura sostenida por la defensa. Resaltó que esta última norma fue específicamente contemplada por el juez Fayt en el citado precedente “Maldonado”.

En un tercer orden de ideas, Alderete Lobo manifestó que el legislador ha excluido a los menores de las consecuencias de la primera parte del art. 14, CP. Es decir, el propio legislador argentino ha excluido las reglas de la reincidencia para los delitos cometidos por menores de edad. Esta circunstancia, a su modo de ver, supone un tratamiento diferenciado acorde a lo sostenido por la defensa ante el juez de ejecución y en el recurso interpuesto, y evidencia que estas limitaciones no pueden ser aplicadas a los menores de edad.

Superada esta etapa, el caso ha quedado en condiciones de ser resuelto.

Efectuada la deliberación conforme a las previsiones del art. 469, CPPN, y de acuerdo a lo allí decidido, los jueces emitieron su voto del siguiente modo:

CONSIDERANDO:

El juez **Gustavo A. Bruzzone** dijo:

a) Admisibilidad

Como ya dije al momento de integrar la Sala de Turno de esta cámara (fs. 42), el recurso de casación interpuesto es admisible porque se dirige contra una resolución dictada en el marco de un incidente de ejecución (art. 491, CPPN). Ésta es la imperativa interpretación que emana de la doctrina sentada por la CSJN en el caso “**Romero Cacharane**” (Fallos: 327:388).

Pese a que considero que una necesaria reforma legislativa tendría que racionalizar la asignación de esta tarea a un órgano con una capacidad más eficaz para la revisión de las cuestiones incidentales de la etapa de ejecución, con una función similar a la que tiene una cámara de



apelaciones², lo cierto es que la Corte Suprema, en el mencionado fallo, dijo que “(...) *el recurso de casación es un instrumento operativo de la garantía prevista en el inc. h del punto 2 del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...)*” y que ésta alcanza – parafraseando a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos– a toda sentencia jurisdiccional que resulte en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afecte los derechos y libertades fundamentales.

Nuestro máximo tribunal, en particular en el considerando n° 21 del citado fallo afirmó, sin lugar a dudas, que las decisiones administrativas tomadas durante la ejecución de la pena privativa de la libertad, se encuentran sometidas al control judicial del juez de ejecución y **al doble conforme a través del recurso previsto en el art. 491, CPPN.**

Sobre este punto, es necesario efectuar una aclaración más; ya al momento de integrar la Sala de Turno, con los colegas advertimos que el planteo de la defensa excedía con creces la situación individual de Tolaba, y se metía de lleno en un aspecto fundamental del diseño de la ejecución penal en nuestro país: la situación de quienes al momento del hecho por el que fueron condenados, eran menores de edad.

b) La decisión cuestionada

El *a quo* comenzó por descartar, primero, la solicitud de inaplicabilidad del art. 14, segunda parte, CP, efectuada por la defensa. En relación con el argumento ensayado por la recurrente en torno a que su asistido no había cometido de propia mano el tipo penal por el que fue condenado, manifestó que: “(...) *el debate correspondiente a la coautoría penalmente declara de un delito como aquel que originara la condena que Tolaba purga en autos, no puede exceder la valoración efectuada por el Tribunal de condena y su revisión por la Cámara Federal de Casación Penal, siendo que se optó por morigerar la pena de prisión de efectivo cumplimiento (...)*”.

² Acerca del origen histórico de la norma y de la necesidad de contar con un recurso más efectivo para tratar estas cuestiones, ver: Rivera Beiras, Iñaki y Salt, Marcos Gabriel; *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*; Editores del Puerto; Buenos Aires, 1999; pp. 269 y ss.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

Por su parte, en relación al argumento de que la segunda parte del art. 14, CP, no aplica para penas dictadas por delitos cometidos por personas menores de edad –al momento del hecho–, el juez de ejecución dijo que: *“(...) entender que el impedimento contenido en el mencionado artículo no debe ser aplicado al encausado bajo el pretexto de que aquel revestía su condición de menor de edad, no resulta ser concordante con las modificaciones introducidas por las leyes 25.892 y 25.948 (...)”*.

Con respecto al planteo de inconstitucionalidad de la norma en cuestión, el juez de ejecución entendió, priorizando una interpretación literal, que: *“(...) pese al profundo análisis doctrinario, jurisprudencial y etimológico que profesionalmente han realizado las partes sobre la cuestión introducida, se ha omitido aquel que tiene que ver con la misma redacción y terminología utilizada por el legislador. Se entiende que ello resulta central, a la hora de analizar el alcance de una norma, puesto que describe y desnuda el fin que pretende lograr aquel que la ha dictado. Ese fin mismo, es el espíritu del legislador, una de las principales fuentes de sujeción del derecho (...)”*.

El *a quo* continuó refiriendo que: *“(...) tal certidumbre [la tajante prohibición dispuesta en la segunda parte del art. 14, CP] debe entenderse como una consecuencia del desvalor con el que el legislador ha preceptuado recientemente, las conductas de quienes cometen cierto tipo de delitos, por considerar que su importancia y lesividad es justificativo de una prevención especial por parte del estado. La redacción del art. 56 bis. de la ley 24.660 y del 14 –última parte– del C.P., implica a todas luces una seria advertencia hecha por el legislador a todo aquél que decida conscientemente desoírlo, ello dentro de las facultades legislativas que le otorga el principio republicano de gobierno (...)”*.

Entendió también que: *“(...) sostener que la veda legislativa contenida en los artículos 14 del C.P. y 56 bis de la Ley 24.660 vulnera el fin resocializador progresivo, por impedir la flexibilización punitiva frente a determinados casos es a mi entender, equívoco. Que el sistema legal contiene la más amplia variedad de beneficios cuya aplicación mantiene como aceptable el régimen punitivo del estado, de cara a los textos constitucionales firmados con posterioridad a 1994 por la República*



Argentina. La suspensión del proceso a prueba, el R.E.A.V., el régimen de recompensas, el régimen de alojamiento diferenciado, la incorporación a la fase de confianza, la inclusión y alojamiento en un ámbito diferenciado Arts. 22, 23 y 25 del dec. 396/99 R.M.B.E. y hasta etc., completan un vasto escenario creado como paliativo al castigo de prisión efectiva (...)”.

c) Planteo del caso

Como surge de los puntos **II.** y **IV.**, varios son las cuestiones a las que este tribunal debe dar respuesta:

1) Nulidad de la decisión recurrida;

2) Inaplicabilidad de la segunda parte del art. 14, CP, por no ser Tolaba el autor material del homicidio en ocasión de robo;

3) Inaplicabilidad de la segunda parte del art. 14, CP, en razón de la minoridad del condenado al momento de la comisión del hecho; y finalmente, en subsidio

4) Inconstitucionalidad de la segunda parte, art. 14, CP.

c.1) ¿Es nula la decisión recurrida?

Entrando a analizar el primer planteo de la recurrente, he de adelantar que coincido con la crítica que efectúa. La defensa planteó un gran número de argumentaciones en punto a la inaplicabilidad e inconstitucionalidad de la limitación impuesta en el segundo apartado del art. 14, CP, a las que el juez de ejecución no brindó respuesta.

Ahondando en la cuestión, es necesario afirmar que no resultaba posible descartar la crítica de la defensa a la segunda parte del art. 14, CP, de la manera como lo hizo el *a quo*, que se limitó a manifestar que: *“(...) entender que el impedimento contenido en el mencionado artículo no debe ser aplicado al encausado bajo el pretexto de que aquel revestía su condición de menor de edad, no resulta ser concordante con las modificaciones introducidas por las leyes 25.892 y 25.948 (...)*” (el destacado me pertenece).

Es claro que la defensa no desconoce las modificaciones al régimen legal de la libertad condicional que realizaron, entre nosotros, las leyes n° 25.892 y 25.948; de hecho, es precisamente por esta razón que esa parte había solicitado –mediante una serie de argumentos–, al juez de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

ejecución que declarará inaplicable o inconstitucional –de manera subsidiaria– la prohibición dispuesta en la segunda parte del art 14, CP, respecto de su asistido.

El juez de ejecución tampoco se encarga de analizar el planteo de inconstitucionalidad de la norma, considerando la circunstancia de que Tolaba revestía la condición de menor de edad al momento de la comisión del hecho por el que fue condenado.

Lo hasta aquí expuesto, deja en evidencia que el *a quo* no brindó respuesta a los argumentos de la recurrente. Esta circunstancia llevaría a declarar la nulidad de la resolución impugnada y disponer su reenvío al juzgado de origen para que se dicte una nueva decisión que contemple los planteos efectuados por la parte.

Sin embargo, como ya dije al momento de integrar la Sala de Turno, y como reiteraré en el apartado **a)** de este voto, la especial importancia de la materia en análisis, torna necesario que me expida acerca del planteo de inaplicabilidad de la segunda parte, art. 14, CP.

c.2) La prohibición dispuesta en la segunda parte del art. 14 y los diferentes tipos de autoría y participación

El planteo de inaplicabilidad de la norma gira en torno a dos líneas argumentales bien distintas. La primera de ellas, se centra en el rol que tuvo Tolaba en el hecho que fue debidamente acreditado en juicio y por el que resultó condenado.

Si bien este planteo no fue desarrollado por el defensor oficial en la audiencia ante esta sala, si fue sostenido durante su transcurso mediante la remisión en un todo a lo argumentado en el recurso de casación interpuesto.

El juez de ejecución dio un tratamiento escueto, pero correcto a este planteo defensivo. Efectivamente ninguna diferencia realiza la norma bajo análisis respecto a si la prohibición alcanza al autor de “propia mano”, a los coautores por dominio funcional del hecho o a los distintos tipos de partícipes. Sin embargo, no se trata de un descuido del legislador; la técnica legislativa empleada por el Código Penal parte de regular, en su libro primero, los aspectos generales, es decir, lo relativo a las penas, las reglas de imputabilidad, la tentativa, la participación criminal, etc.



Por su parte, el resto de los libros se encargan de tipificar las distintas conductas delictivas, que, en general, se encuentran redactadas en su forma comisiva, consumada y para un autor individual.

Es así que, en este punto, un planteo extensivo de lo sostenido por la defensa llevaría a afirmar que el homicidio simple (art. 79, CP) no puede ser cometido en coautoría, o no puede pensarse su tentativa.

El art. 14, CP, en su redacción aplicable al caso que aquí nos ocupa, dispone: *“La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá en los casos previstos en los artículos 80 inciso 7), 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo”*.

La norma no distingue entre los distintos tipos de intervención en el hecho criminal previstos en el CP (arts. 45 a 49), como tampoco cada tipo de la parte especial regulado en el CP dispone de manera específica las diferentes formas de intervención criminal que abarca. Lo relevante, a fines de la prohibición contenida en el segundo apartado del art. 14, es que la persona haya sido condenada por alguno de los tipos penales previstos, y no el grado de intervención que tuvo en el hecho.

Por lo demás, como ya se mencionó, la intervención del recurrente como coautor en el delito tipificado en el art. 165, CP, ya ha sido acreditada por sentencia firme y no puede ser discutida ante el juez de ejecución, o ante esta instancia, con excepción en lo relativo al recurso previsto por el art. 479, CPPN.

Por último, la afirmación de la recurrente en punto a que el autor material del homicidio fue sobreseído en razón de su minoridad, y que por razones de equidad, debería serle inaplicable a su defendido la limitación dispuesta en la segunda parte del art. 14, CP, debe ser descartada de plano.

Una vez más se torna necesario recordar que la responsabilidad y participación de Tolaba en el hecho ya fue establecida por una sentencia firme, que no puede aquí ser objeto de cuestionamientos.

Por lo hasta aquí expuesto, entiendo que este agravio de la defensa debe ser descartado.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

c.3) ¿Resulta aplicable a los menores la prohibición dispuesta en la segunda parte del art. 14, CP?

Se debe ingresar ahora al análisis de la restante línea argumental de la defensa para solicitar la inaplicabilidad de la segunda parte del art. 14, CP, respecto de su asistido. La recurrente afirma que la limitación dispuesta en dicho artículo no resulta aplicable a Tolaba porque éste al momento de cometer el delito por el que ahora se encuentra ejecutando pena, era menor de edad.

Sin embargo, durante el transcurso de la audiencia ante esta Sala, los argumentos esgrimidos por la recurrente –reseñados en el punto IV. de las resultas– apuntan a cuestiones de índole constitucional que obstarían a la aplicación de la prohibición dispuesta en la segunda parte del art. 14, CP.

Entiendo que el planteo de inaplicabilidad de dicha norma debe reconducirse al análisis de su compatibilidad constitucional para el colectivo de los menores de dieciocho años de edad. Este análisis debe contemplar las especiales circunstancias que la defensa ha planteado para solicitar la inaplicabilidad de la segunda parte, art. 14, CP. Estas circunstancias no se encuentran presentes en el estudio de la adecuación constitucional de dicha norma en relación a todas las personas condenadas por alguno de los delitos por ella previstos (argumentación de la defensa en punto a la inconstitucionalidad *erga omnes* de la norma, introducida como requerimiento subsidiario).

En este sentido, conviene aquí recordar lo dispuesto por la ley n° 22.278 que regula lo relativo al régimen penal aplicable a los menores de edad. En su art. 4 establece: *“La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2 estará supeditada a los siguientes requisitos: (...) Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá (...)”*.

Mientras que en su art. 5 dispone que: *“Las disposiciones relativas a la reincidencia no son aplicables al menor que sea juzgado*



exclusivamente por hechos que la ley califica como delitos, cometidos antes de cumplir los dieciocho (18) años de edad (...)”.

Lo regulado por esta última norma encuentra su correlato en lo dispuesto en el art. 50, CP: “(...) **No dará lugar a la reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad**” (el destacado me pertenece).

Los artículos transcriptos evidencian que no es necesario analizar las normas de carácter constitucional y/o internacional para entender que los menores en conflicto con la ley penal reciben un tratamiento distinto que los mayores.

Sin ir más lejos, y como mencionó la defensa en la audiencia prevista en art. 465, CPPN, el instituto de la reincidencia no les es aplicable por expresa manda del legislador. A poco que uno analiza dicho instituto, comprende que su principal consecuencia es la de vedar el acceso al régimen de la libertad condicional (art. 14, primera parte, CP), es decir, idéntica consecuencia a la prevista por la segunda parte de ese artículo.

La pregunta que surge de manera inevitable es, por qué motivo el legislador excluyó de las consecuencias del régimen legal de la reincidencia a los menores, y no efectuó tal exclusión en una prohibición análoga pero originada en el delito cometido. Y lo cierto es que no existe una respuesta expresa que surja del debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley n° 25.892 en el año 2005. El legislador simplemente no efectuó –ni trató– tal exclusión. Esta circunstancia no resulta novedosa ni única entre nosotros: de manera sistemática se omite expresar si un nuevo instituto o reforma de algún régimen o instituto ya existente, resulta de aplicación, o no, para el régimen penal juvenil. Prueba de esto es la reciente sanción de la ley n° 27.272, que modificó el régimen procesal aplicable para los casos de flagrancia, y la innumerable cantidad de planteos que trajo aparejada su aplicación para el caso de la justicia de menores.

En el plano constitucional (art. 75, inc. 22), el art. 37, inc. b), de la Convención de los Derechos del Niño establece que: “*Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

*con la ley y se utilizará **tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda***” (el destacado me pertenece).

Además, en el plano del derecho internacional, la defensa cita el art. 28 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de menores, más conocidas como las Reglas de Beijing. Éste artículo se titula “*Frecuente y pronta concesión de la libertad de la libertad condicional*” y dispone en su primer apartado que: “*La autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible (...)*”.

Por su parte, el comentario a dicha norma: “***Cuando las circunstancias lo permitan, se deberá optar por conceder la libertad condicional en lugar de dejar que el menor cumpla toda la pena. Cuando se tengan pruebas de un progreso satisfactorio hacia la rehabilitación, siempre que sea posible podrá concederse la libertad condicional, incluso a delincuentes que se consideraron peligrosos en el momento de su confinamiento en un establecimiento penitenciario. Al igual que la libertad vigilada, la libertad condicional podrá supeditarse al cumplimiento satisfactorio de los requisitos especificados por las autoridades pertinentes durante un período de tiempo estipulado en la orden, por ejemplo, el relativo al ‘buen comportamiento’ del delincuente, la participación en programas comunitarios, su residencia en establecimientos de transición, etc (...)***” (el destacado me pertenece).

Si bien es cierto –como lo admite la propia defensa–, que estas reglas conforman lo que en derecho internacional se denomina “*soft-law*”, no es menos cierto que constituyen lineamientos que los Estados deben contemplar a la hora de diseñar regímenes legales, y valiosas pautas de interpretación del derecho aplicable al universo de casos que pretenden regular.

De manera acertada la defensa oficial ha destacado la opinión del juez Fayt en el precedente “**Maldonado**”, quien expresó que: “***(...) el poder punitivo no se manifiesta únicamente mediante la imposición de una pena, sino también con la manera en que ésta es ejecutada (...)*** Sobre esta cuestión particular, es útil recordar que las Reglas de Beijing



señalan la necesidad de una frecuente y pronta concesión de la libertad condicional, incluso a quienes `se consideraron peligrosos en el momento de su confinamiento en un establecimiento penitenciario' (...)” (el destacado me pertenece).

Por estas razones entiendo que asiste razón a la defensa, la limitación a la libertad condicional establecida en la segunda parte del art. 14, CP, es inconstitucional respecto a su defendido, Tolaba, por revestir el carácter de menor al momento de la comisión del delito por el que actualmente se encuentra cumpliendo pena.

c.4) Inconstitucionalidad *erga omnes* de la segunda parte del art. 14, CP.

Puesto que este planteo fue efectuado por la recurrente de manera subsidiaria, para el caso de no tener éxito con los restantes planteos, no corresponde que ingrese a su análisis.

Por lo hasta aquí expuesto, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto, declarar la inconstitucionalidad de la segunda parte del art. 14, CP, respecto de aquellas personas que al momento de la comisión del delito no habían alcanzado la mayoría de edad, y reenviar el caso al juzgado de ejecución para que proceda a tramitar la incidencia de libertad condicional conforme lo prescripto en el art. 491, CPPN. Sin costas en razón del éxito obtenido (art. 465, 470, 471, 491, 530 y 531, CPPN; art. 14, CP; art. 37, inc. b), Convención de los Derechos del Niño; art. 28.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores).

Así voto.

El juez **García** dijo:

1. En escrito común se han interpuesto recursos de casación e inconstitucionalidad contra la resolución del juez de ejecución que, por aplicación del art. 14 CP ha denegado al condenado Brian Nahuel Tolaba, la solicitud de libertad condicional, por lo que es impugnabile en casación según el art. 491 CPPN.

Los agravios del recurrente por alegado defecto de tratamiento de cuestiones propuestas trasuntan una queja de inobservancia de la ley procesal que afectaría la validez de la sentencia, según las





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

pretensiones que expone; mientras que la interpretación que propone en el sentido de que el art. 14, segunda frase, CP, texto según ley 25.892 no sería aplicable a los menores que cometieron los delitos allí enunciados entre 16 y 18 años de edad, trasunta una queja de errónea aplicación de la ley sustantiva. Parejo encuadramiento corresponde al agravio según el cual el art. 14 CP sólo sería aplicable a los autores que realizan de propia mano los delitos enumerados en su segunda frase, pero no a otros autores o partícipes. Los motivos de casación caen pues bajo los dos supuestos del art. 456 CPPN.

Sin embargo entiendo que ninguno de ellos ha sido sustanciado suficientemente, a los fines de la admisibilidad.

En efecto, el recurrente promueve la nulidad de la decisión recurrida alegando que el *a quo* ha incurrido en omisión de tratamiento de argumentaciones propuestas. Observo que los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos que le proponen las partes, sino sólo aquéllos que pudiesen ser dirimientes para decidir la cuestión. A este respecto, el recurrente falla en demostrar que las cuestiones no tratadas expresamente tendrían carácter dirimente, y en particular, la fundamentación de esas cuestiones hubiese sido presentada de modo suficiente ante el juez. En rigor, de lo que se queja es de que no ha dado a sus argumentaciones sobre inconstitucionalidad del art. 14 CP una respuesta suficiente, y que la que ha dado es defectuosa. Ello despeja la instancia de nulidad y reconduce el asunto al plano sustantivo.

En otro orden, se pretende, pero no se funda de modo concreto y razonado la tesis según la cual el art. 14 segundo párrafo CP sólo sería aplicable respecto de mayores de edad. Tal fundamento es exigible a la luz de una regulación legal de la libertad condicional que no distingue en general entre mayores de edad y menores. A ese respecto, no basta con afirmar que la primera parte de la disposición no aplica a los menores de edad, con referencia al art. 50 CP que declara que “No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos [...] cometidos por menores de dieciocho años de edad”, pues en este caso, la inaplicabilidad del art. 14 no surge de modo expreso de su propio texto, ni siquiera por inferencia, sino del hecho que los menores no pueden ser declarados



reincidentes, mientras que, en rigor, la tesis de la defensa pretende inferir la inaplicabilidad de otros principios que regulan la aplicación de penas privativas de libertad por delitos cometidos antes de los dieciocho años, en particular, los del art. 37 CDN. No se trata, pues, de inaplicabilidad del art. 14 CP a los menores de edad, sino, en rigor, de que éste sería inconciliable con el art. 37, inc. b, CDN. Esta cuestión remite a la constitucionalidad de esa disposición.

Tampoco está suficientemente sustanciada la alegación en el sentido de que cuando el art. 14 CP declara que “La libertad condicional [...] tampoco se concederá en los casos previstos en los artículos 80 inciso 7º, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo”, sólo excluye la autoría de propia mano de esas figuras legales, pero no impide su concesión a los condenados por otras formas de participación en el hecho. Pues pretende que sólo estaría comprendido en la exclusión quien ha causado “materialmente” la muerte. No se trata sino de una pura pretensión de interpretación de la ley, no apoyada en ningún razonamiento jurídico que pudiese dar soporte a esa pretensión. Aquí, a mi juicio, el recurso de casación tampoco ha satisfecho siquiera mínimamente la fundamentación exigible según el art. 463 CPPN.

En el escrito de interposición se pretende también que el art. 14, segunda frase, CP, es incompatible con los arts. 37, inc. b, 40.1 y 40.3 CDN, y con los arts. 5.5 CADH y 10.2, letra b, PIDCyP. Se trata en rigor de un motivo propio del recurso de inconstitucionalidad reglado por el art. 474 y concordantes CPPN, a cuyo respecto la impugnación satisface los presupuestos y condiciones de admisibilidad, en la medida en que la defensa había impugnado de inconstitucional aquella disposición al promover la presente incidencia, que la decisión ha sido contraria a su pretensión, y que el recurrente –a los fines de la admisibilidad- ha dado suficiente fundamento de su pretensión. Entiendo que sólo en lo que concierne a este motivo es la impugnación admisible.

2. El art. 14, segunda frase, CP constituye el sustento legal de la denegación de la libertad condicional promovida en favor de Brian Nahuel Tolaba, en el curso de la ejecución de la pena de ocho años de prisión que le había impuesto el Tribunal Oral de Menores n° 2 de esta





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

ciudad, como coautor del delito de homicidio en ocasión de robo (art. 165 CP), cometido cuando el condenado tenía diecisiete años de edad.

La pena se fijó en una escala reducida, según la alternativa que autoriza el art. 4 de la ley 22.278. Esta disposición sólo regula la decisión sobre la necesidad de imponer pena, pero una vez decidida la cuestión, imponiendo una, no establece ninguna regla ad-hoc para la ejecución de la pena privativa de libertad en los casos en los que ella responde a delitos cometidos por el condenado antes de los 18 años de edad.

Algunas disposiciones legales fijan establecimientos específicos o secciones específicas de establecimiento, en los que se ejecutará la pena privativa de libertad, pero en general en el orden común no hay una estructura legal que diferencie la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas a adultos por hechos cometidos antes de los dieciocho años, de las impuestas por hechos cometidos después de esa edad; ese marco general lo regulan en el orden nacional la ley 24.660. En lo que concierne a la ley común, el régimen de libertad condicional de los arts. 13 y concordantes CP, es también indiferenciado tanto en sus presupuestos, como en sus condiciones.

La defensa ha propuesto que la exclusión general de la posibilidad de libertad condicional cuando se trata de alguno de los delitos enunciados en la segunda frase del art. 14 CP, es inconciliable con el art. 37, inc. b, CDN.

El juez de ejecución ha rechazado la impugnación de constitucionalidad declarando que es “lícita” la decisión estatal de limitar la posibilidad de acceso a determinado beneficio a aquellas personas que fueron condenadas en relación al art. 165 CP. Ha señalado que aquella disposición encuentra correlato en el texto del art. 56 *bis* de la ley 24.660, y argumentado que la decisión legislativa “debe entenderse como una consecuencia del desvalor con que el legislador ha preceptuado recientemente, las conductas de quienes cometen cierto tipo de delitos, por considerar que su importancia y lesividad es justificativo de una prevención especial por parte del estado”. Según declaró, “la redacción del art. 56 bis de la ley 24.660 y del 14 –última parte- del C.P., implica a todas luces una



sería advertencia hecha por el legislador a todo aquél que decida conscientemente desoírlo, ello dentro de las facultades legislativas que le otorga el principio republicano de gobierno”. A continuación ha propuesto una argumentación paralela al discurso desarrollado en torno a la exclusión de la posibilidad de libertad condicional de los reincidentes, ha distinguido entre progresividad del régimen y finalidad “resocializadora” del régimen de ejecución penal, señalando que la privación de beneficios de la progresividad no pone en cuestión la finalidad resocializadora, y ha concluido que “la discrecionalidad demostrada por el legislador al momento de sancionar textos como el hoy atacado, forma parte de sus funciones autónomas e irrestrictamente protegidas a nivel constitucional, desde la mismísima concepción del concepto [SIC] republicano de gobierno” y ha señalado que “es en esas funciones indelegables, cuando el Congreso Nacional traza políticas criminales que responden a un interés particular y circunstanciado por parte de la sociedad en su conjunto a quien representa”.

La línea argumental de la decisión recurrida es algo confusa, por lo que su abordaje crítico requiere de ciertas reflexiones de principio.

No está en tela de juicio que mediante el dictado de las leyes penales el Congreso de la Nación ejerce legítimamente la autoridad para fijar –en el marco de sus competencias aunque de modo concurrente con otras autoridades- la política criminal del Estado en un momento dado. En el ejercicio de esa autoridad el Congreso goza de independencia de criterio, pero dentro de los límites impuestos por la Constitución, y en su caso, por los tratados e instrumentos de derechos humanos a los que ésta le reconoce jerarquía constitucional, que complementan su primera parte (art. 75, inc. 22, segundo párrafo, CN). Su autoridad en el trazado de la política criminal del Estado no es exclusiva, sólo es soberana en lo que decide en el ámbito de sus competencias constitucionales, y no es absoluta, porque encuentra sus límites en la Constitución y en los instrumentos de jerarquía asimilada por ésta que la complementan.

El juez *a quo* ha declarado que el legislador se ha apoyado en criterios preventivos en el ejercicio de esa autoridad, que atienden a la especial gravedad de los delitos enunciados en el art. 14, segundo párrafo,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

CP. El lenguaje de la decisión no es estricto, pues resulta difícil desentrañar si se refiere a criterios preventivo general negativos, con la comunicación a los eventuales transgresores de que la pena impuesta por los delitos comprendidos en la enunciación se ejecuta de modo más grave, o criterios preventivo general positivos, en los que la mayor gravedad del hecho se constata mediante una comunicación general a todos los habitantes, con el mensaje de que éstos serán tratados a acorde a su gravedad, o simplemente con mayor intensidad de la respuesta penal. En cualquier caso, transpira de la decisión que no se trataría de criterios preventivo especial-positivos, orientados a operar sobre quien es condenado, sino en todo caso de criterios anclados en la respuesta punitiva a la gravedad del hecho.

La Defensa ha ensayado una impugnación del art. 14, segunda frase, CP, desde dos puntos de ataque. Por un lado, a partir de un pretendido “principio resocializador” que tendría raigambre constitucional, argumenta que la disposición que excluye la posibilidad de libertad condicional es inconciliable con ese principio que infiere de los arts. 5.5 CADH y 10.2, letra b, PIDCyP. Antes de ahora he señalado que un principio que imponga la “resocialización” como única legitimación de la pena privativa de libertad no se infiere de modo forzoso de las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que cita la defensa, ni tampoco de una inspección sistemática de la Ley 24.660 (*vide* Sala 1, causa n° 25.999/2014, “*Giménez, José Santiago*”, sent. de 10/07/2015, reg. n° 238/2015; y causa n° 77660/2016, “*Coronel, Ramón David*”, sent. de 08/06/2017, reg. n° 443/2017; entre otras).

Por el otro ha argumentado que, tratándose de penas privativas de libertad impuestas a personas por delitos cometidos cuando no habían alcanzado los dieciocho años de edad, la exclusión de la posibilidad de la libertad condicional es contraria los arts. 37, inc. b, y 40.1 CDN.

Lleva la razón en este punto, en el que, en parte concuerdo con la respuesta y conclusiones del juez Bruzzone.

El art. 37, inc. b, leído en conexión con el art. 40 CDN, proporcionan un marco para desentrañar los límites que han aceptado los Estados firmantes, cuando se trata, entre otras cosas, del tratamiento de niños que han sido declarados responsables de una infracción penal, lo que



condiciona, no sólo la decisión sobre la aplicación de una pena, o de otras medidas alternativas, sino la ejecución misma de la pena en el primero de los casos.

Observo que no se presenta ni pertinente, ni dirimente, abordar también la cuestión a partir de la confrontación con las llamadas Reglas de Beijing

En variadas ocasiones he señalado que las disposiciones del llamado *soft law* internacional no son en rigor jurídicamente obligantes (Sala 1 causa n° 2134/2011, “*Duarte Daniel*”, sent. de 02/09/2015, reg. n° 397/2015), y no están comprendidas de ningún modo en el art. 75, inc. 22, CN (Sala 1, causa n° 52263/2013, “*Ocampo, Antonio René*”, sent. de 15/07/2016, reg. n° 547/2016), y en particular que en general no están esclarecidos los fundamentos normativos sobre cuya base deberían los tribunales argentinos examinar las cuestiones que se le presentan de la mano de las Reglas de Beijing, que no constituyen normas obligatorias, porque no son fuentes del derecho internacional (Sala 1, causa n° CCC 6369/2017, “*Vargas, Cristian Nahuel*”, sent. de 01/06/2017, reg. n° 425/2017).

En otro marco señalé también que no puede plantearse un conflicto normativo entre las disposiciones del derecho interno de los Estados y ciertas reglas aprobadas por la Organización de las Naciones Unidas, porque la tesis de un conflicto normativo trasunta un grosero error conceptual en tanto no distingue entre las fuentes de obligaciones del derecho internacional (confr. art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), y las reglas adoptadas por resoluciones de órganos de las Naciones Unidas que no tienen la naturaleza de un tratado, de tal manera que no es posible imaginar un conflicto normativo entre las disposiciones de un tratado y ciertas reglas del *soft law* que no son fuentes del derecho internacional sino meras directrices de obrar aprobadas por los representantes de los Estados en el seno deliberativo de una organización internacional (Sala 1, causa n° 45.179/2013, “*Sauco, Claudio Fabián*”, sent. de 19 de abril de 2016, reg. n° 285/2016).

En el caso “*Prieto Oscar Damián*” (Sala 1, causa n° 62770/2013, sent. de 06/05/2016, reg. n° 351/2016), que involucraba la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

interpretación y aplicación de la ley 22.278 y la necesidad de hacerlo de manera armónica con la Constitución y con la Convención sobre los Derechos del Niño, a cuya observancia el Estado argentino se ha obligado, sostuve que no cabía asignar valor obligatorio a las Reglas de Beijing. Aclaré entonces que las proposiciones de reglas del llamado *softlaw*, más allá de su utilidad práctica, no son proposiciones normativas obligatorias para los Estados que planteen un problema de concurrencia normativa que requiera de una regla de conflicto (*vide* mi voto en “*Duarte, Daniel s/homicidio culposo*”, Sala 2, causa n° 2134/2011, rta. 02/09/15, Reg. n° 397/15). Observé también que no debía pasarse por alto que las Reglas de Beijing han constituido un antecedente de peso en la elaboración del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, sin embargo esas reglas, aunque fuente de inspiración, no fueron “incorporadas” a la Convención. Al respecto evoqué que en la revisión técnica de la primera lectura del texto de la futura convención, que tuvo lugar en 1988, se había propuesto prestar atención a las Reglas de Beijing, reconociendo la dificultad para reflejar en el proyectado art. 19 CDN todo el alcance y espíritu de esas reglas (*Legislative History*, vol. 2, ps.753 y ss., esp. 757).

En rigor, cualquiera que fuese el valor instrumental que quisiera reconocerse a esas reglas, no podrían dar un punto de apoyo a una cuestión de constitucionalidad, porque carecen de todo valor normativo obligatorio, y *a fortiori*, de una calidad normativa que obligue a los Estados en la emisión de sus leyes internas, de modo que falta el presupuesto del conflicto de disposiciones normativas, y por ende, la necesidad de resolver cuál de las obligantes y concurrentes sería la relevante para decidir el punto de conflicto.

Dicho esto es pertinente aquí reproducir ciertas consideraciones que he expuesto, antes de ahora, sobre la inteligencia que cabe asignar a los arts. 37, inc. b, y 40 CDN, en la sentencia del caso “*Prieto Oscar Damián*” antes citado. Mientras que allí se trataba de los estándares que rigen la aplicación de la ley doméstica para la decisión sobre si ha de aplicarse una pena privativa de libertad a una persona que ha sido declarada responsable de haber infringido la ley penal antes de los dieciocho años de edad, en el presente caso no está en cuestión la pena que



ya se ha impuesto a Braian Nael Tolaba, por sentencia que se encuentra firme, sino su modo de ejecución y los límites que imponen los arts. 37, inc. b, y 40 CDN. No obstante ello, ciertas consideraciones generales sobre el espíritu de esta última disposición y los límites que impone la primera son aquí enteramente aplicables y, a mi juicio, decisivas, por lo que las reproduciré en lo pertinente.

El art. 37 CDN, en cuanto aquí interesa, no prohíbe la aplicación de penas privativas de libertad a niños, aunque la admite de modo restrictivo en cuanto declara que “La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se *utilizará* tan sólo como medida de último recurso y *durante el período más breve que proceda*”.

Esta disposición debe ser interpretada en el contexto del art. 40, incs. 1 y 4, CDN. El primer inciso declara que “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”. El art. 40 fundamenta un derecho de los niños que han sido declarados culpables de haber infringido las leyes penales a ser tratados de un modo distinto del tratamiento que puede darse a los adultos. El “tratamiento” debe perseguir fines de fomento de la dignidad y el valor, y el fortalecimiento de su respeto de los derechos y libertades de otros. Al definir en concreto el tratamiento ha de tenerse en cuenta su edad, *la importancia de promover su reintegración*, y que se asuma como ciudadano. Sin embargo, el art. 40 que en concordancia con el art. 37, inc. b, no prohíbe la aplicación de penas a niños, promueve que se recurra en lo posible a otras disposiciones estatales, sea en el marco de un proceso judicial, o en el marco de un proceso administrativo donde se respeten todas las garantías. A ese fin el inc. 4 declara que: “Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, *la libertad vigilada*,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”. El recurso a medidas alternativas a la “internación en instituciones” -entre ellas a la pena privativa de libertad- debe leerse en el contexto de los arts. 37, inc. b, y 40, inc. 1, CDN.

Por cierto, el art. 3 CDN, como criterio general de toda decisión que concierna a niños, guía también la aplicación de los arts. 37, inc. b y 40, incs. 1 y 4 CDN cuando se trata de decisiones a tomar respecto de niños que han sido declarados culpables de una infracción a las leyes penales.

El recurso a los trabajos preparatorios de la Convención sobre los Derechos del Niño, y la interpretación que de ésta ha hecho el Comité de Derechos del Niño son dos vías útiles para procurar afinar el sentido y alcance de las disposiciones en juego.

a) El texto que sirvió de base para la discusión de una Convención sobre los Derechos del Niño se remonta al presentado a la consideración de la Comisión de Derechos Humanos por el Embajador de Polonia en Naciones Unidas (doc. UN *E/CN.4/1284*). El texto de la Convención finalmente aprobado es el fruto de la cooperación en su redacción por parte de funcionarios de la Organización de Naciones Unidas, delegados y observadores estatales, y organizaciones no gubernamentales y otros grupos de expertos, cuyos puntos de vista y aportes fueron recogidos por un Grupo de Trabajo que adoptó un texto en primera lectura, sobre la base de consensos, sometió ese texto a la revisión y observaciones por los Estados miembros de las Naciones Unidas, después de lo cual adoptó un texto en segunda lectura, que como proyecto de Convención fue sometido a los Gobiernos de todos los Estados miembros (los trabajos preparatorios están exhaustivamente documentados en *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child*, publicada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York-Ginebra 2007, confr. vol. 1, p. xxxix y ss.).



a.1. El art. 37 tal como hoy se lee en la CDN es una solución de compromiso resultante de arduas discusiones que tuvieron lugar desde el texto original propuesto en el proyecto propuesto por Polonia en 1979. Éste sólo prohibía la pena capital y declaraba que “todo otro castigo será adecuado a su fase particular de desarrollo” y que “el sistema penitenciario estará orientado a la reeducación y resocialización del niño condenado” el cual “deberá posibilitar al niño cumplir la pena de privación o limitación de libertad de manera especial, y en particular separado de delincuentes adultos” (confr. art. 20 del proyecto polaco, incs. 2 y 3, doc. UN E/CN.4/1349) texto que inicialmente sólo sufrió variantes de detalle en el proyecto revisado de 1982 (doc. UN A/C.3/36/6, parte II).

Un texto alternativo propuesto por el grupo *ad-hoc* de ONG’s al Grupo de Trabajo en 1984 inició la discusión sobre la limitación de la imposición de penas privativas de libertad a niños. El texto propuesto declaraba “Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen a asegurar que como regla no se impondrán penas de prisión a niños, y más aún reconocen que en toda circunstancia en que se impongan medidas correctivas, la rehabilitación, incluidos la enseñanza y la formación profesional, serán la consideración primordial y tendrán preferencia sobre el castigo”. Sin embargo esta propuesta no excluía la aplicación de penas privativas de libertad a niños y declaraba que debían proveerse establecimientos para asegurar la efectiva separación de niños y delincuentes adultos (doc. UN E/CN.4/1985/WG.1/WP.1, ps. 12-14).

En la misma dirección, el grupo *ad-hoc* de ONG’s había propuesto al Grupo de Trabajo en la sesión de 1985 el texto de un artículo sobre cuestiones penales (E/CN.4/1986/WG.1/WP.1, ps. 53-54), cuyo inc. 1 declaraba que “Cuando se determine que un niño ha cometido un delito se dará prioridad a medidas educacionales antes que al castigo. La rehabilitación, incluidas la enseñanza y la formación profesional, serán la consideración primordial en todos los casos”.

En una propuesta de modificación del proyecto original, presentada por Polonia en 1986 (doc. UN A/C.3/40/3, párrafo 12), se proponía incorporar ahora como art. 19, inc. 1, el siguiente texto: “Los





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

Estados Partes en la presente Convención asegurarán que el niño sujeto a procedimientos penales sea tratado de un modo conmesurado a su fase de desarrollo, teniendo en vista su reforma y rehabilitación social”. La nueva propuesta no excluía sin embargo la imposición de penas de prisión a niños, y en el art. 19, inc. 2, declaraba que “Los Estados Partes en la presente convención proveerán a que el niño condenado a privación o limitación de libertad cumpla su condena separado de los delincuentes adultos”.

Como consecuencia de esas propuestas se elaboró un nuevo proyecto de art. 19 bajo el título “Principios que gobiernan el sistema de administración de justicia”, cuya letra C, numeral 1, declaraba: “Cuando se determine que un niño ha cometido un delito se dará prioridad a medidas educativas antes que punitivas. La rehabilitación, incluidas la enseñanza y la formación profesional, serán la consideración primordial en todos los casos y se orientarán a la integración social”. A la vez que el numeral 5 declaraba: “Si, teniendo en cuenta la edad del niño y la seriedad de los hechos, se determina que es absolutamente necesaria la detención o colocación en una institución cerrada, éstas se impondrán por un período máximo fijo, que será tan breve como sea posible” (véase *Legislative History*, vol. 2, p. 744).

Un nuevo texto propuesto en 1986 al Grupo de Trabajo como art. 19 por la delegación del Canadá (*E/CN.4/1986/39, párrafos 88-123*), es el germen más cercano del actual art. 40 CDN; declaraba en su inc. 1: “Los Estados Partes en la Presente Convención reconocen el derecho del niño acusado o encontrado culpable de una infracción penal a ser tratado de un modo consistente con los fines de desarrollo reconocidos en el artículo 17 de esta Convención, y en particular de modo de promover el completo desarrollo de su personalidad, sentido de la dignidad y del valor, y respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales” (*Legislative History*, vol. 2, p. 746, nro. 88). El texto propuesto no proscribía la aplicación de penas restrictivas de libertad, en tanto en el inc. 2, letra a, que es el germen del actual art. 37, inc. b, CDN, se declaraba que “Ningún niño será detenido o encarcelado arbitrariamente”. Al tiempo que el inc. 2, letra c se refería al tratamiento durante la privación de libertad, cuyo acápite ii declaraba que



“El fin esencial del tratamiento de los niños encontrados culpables de infringir la ley penal será su reforma y rehabilitación social”, al tiempo que ordenaba la separación de niños y adultos y un tratamiento apropiado a su edad y estatus legal.

Un texto revisado propuesto por la delegación de Canadá fue usado de base para la discusión de los actuales arts. 37 y 40 CDN (véase *Legislative History*, vol. 2, p. 746, nro. 89). Seguía en lo sustancial la estructura del anterior. En cuanto aquí interesa modificaba la frase final del inc. 1, incorporando “que tenga en cuenta su edad y el anhelo de promover su rehabilitación”. El inc. 2, letra c, presentaba modificaciones sustanciales; su texto leía: “Un fin esencial del tratamiento de los niños hallados culpables de una infracción penal será su reforma y rehabilitación social. Se pondrán a disposición de las autoridades competentes una variedad de medidas que aseguren que cada niño sea tratado de un modo apropiado a sus circunstancias particulares, y que ningún niño sea institucionalizado innecesariamente”. Este texto, cuya parte final se había inspirado en la regla 18 de las Reglas de Beijing según la delegación presentante, ha sido la semilla del art. 40, inc. 4, CDN.

A raíz de las discusiones que tuvieron lugar en el Grupo de Trabajo sobre el anterior, un nuevo texto fue proyectado por el delegado del Canadá (véase *Legislative History*, vol. 2, p. 748, nro. 99). La primera frase del inciso 3 proyectado permaneció sin modificaciones, mientras que la segunda sufrió una modificación sustancial: “Se dispondrá de diversas medidas, incluyendo programas de enseñanza y formación profesional para asegurar que los niños sean tratados de un modo apropiado y proporcionado tanto a sus circunstancias y como con la ofensa (así también como de un modo conmesurado con su fase de desarrollo). Ningún niño será institucionalizado innecesariamente”.

La referencia a la proporción a la “ofensa” se debió a una moción del delegado de los Estados Unidos (*ibídem*, vol. 2, p. 751, nro. 115). En la discusión el Grupo de Trabajo acordó la supresión del término “así también como de un modo conmesurado con su fase de desarrollo” y la segunda frase del texto quedó así: “Se dispondrá de diversas medidas,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

incluyendo programas de enseñanza y de formación profesional y alternativas a la internación en instituciones para asegurar que los niños sean tratados de un modo apropiado y proporcionado tanto a sus circunstancias y como con la ofensa” (*ibídem*, vol. 2, p. 751, nro. 117).

Así se llegó al texto del art. 19 adoptado en la primera lectura (doc. UN *E/CN.4/1988/WG.1/WP.1/Rev.1*). Su inciso primero decía: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a quien se acuse o declare culpable de haber infringido las leyes penales a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales y en la que se tengan en cuenta su edad y la importancia de promover su reintegración”. Al tiempo que el inciso 3 quedó redactado de este modo: “Un fin esencial del tratamiento de los niños hallados culpables de una infracción penal será su reforma y rehabilitación social. Se dispondrá de diversas medidas, incluyendo programas de enseñanza y formación profesional y de alternativas a la internación en instituciones para asegurar que los niños sean tratados de un modo apropiado y proporcionado tanto a sus circunstancias y como con la ofensa”.

En la segunda lectura (1989), el Grupo de trabajo decidió dividir el proyectado art. 19 en dos artículos -arts. 19 y 19 *bis*- que finalmente fueron adoptados como arts. 37 y 40 en la CDN (*E/CN.4/1989/48, párrafos 533 a 599*). Frente a las dificultades para lograr un consenso sobre el texto aprobado por el Grupo de Trabajo en la primera lectura, un grupo de redacción sometió un texto que dividía en dos el aprobado (*Legislative History*, vol. 2, p. 766, nro. 537). Un primer artículo 19, que se refiere la prohibición de tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes y regula la privación de libertad de niños, y es el antecedente más inmediato del art. 37 CDN, declaraba en su inc. 2: “Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La privación de libertad será usada sólo como medida de último recurso y por el período tiempo más corto que sea posible” (Doc. UN *E/CN.4/1989/WG.1/WP.67/Rev.1, Legislative History*, vol. 2, p. 766, nro. 536). Un segundo artículo 19 *bis*, contemplaba las particularidades de los procedimientos respecto de niños



de los que se alega han cometido una infracción penal, o se acusa o son declarados culpables de una infracción penal.

a.2. El carácter imperativo de las provisiones del art. 19 (hoy art. 37) se observa desde la frase introductoria que se debe a una propuesta del representante de Argentina, de iniciar la disposición con el encabezado: “*States Parties shall ensure: [...]*”, cuya traducción más fiel sería “Los Estados Partes garantizarán: [...] (confr. doc UN E/CN.4/1989/WG.1/WP.67/Rev.1, *Legislative History*, vol. 2, p. 766, nro. 538), el cual, por razones no explicitadas, aparece más débilmente expresado en el texto español que dice: “Los Estados Partes velarán por que: [...]”.

La segunda frase del texto del inciso 2 propuesto (“La privación de libertad será usada sólo como medida de último recurso y por el período de tiempo más corto que sea posible”) fue objeto de intensivo debate. Se puso en duda si había suficiente experticia para establecer medidas sobre castigo juvenil, y si había consenso entre los expertos en punto a que la privación de libertad debiese ser sólo por el más corto período de tiempo posible (*Legislative History*, vol. 2, p., nro. 549). La propuesta del representante de Italia de suprimir la segunda frase no fue aceptada. Se argumentó que esta frase era importante para alentar a los jueces a considerar el uso de otras medidas educativas o correccionales distintas de la privación de libertad para asegurar que, si habían de ser usadas las medidas restrictivas de libertad sólo serían usadas como medidas de último recurso (*ibídem*, p. 768, nro. 550); como solución de compromiso, frente a la falta de consenso sobre el empleo del término “por el período de tiempo más corto posible” se sugirió la sustitución de la segunda frase por la siguiente: “El encarcelamiento, arresto y detención será usado sólo de conformidad con la ley y como medida de último recurso” (*ibídem*, p. 768, nro. 551, y p. 770, nro. 557). Sin embargo, el Grupo de Trabajo adoptó la versión propuesta por el observador de Canadá cuyo texto es el que finalmente se incorporó como art. 37, inc. b, CDN (*ibídem*, p. 770, nro. 560).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

Es pertinente destacar que en la discusión no obtuvo consenso una propuesta de la delegación de Venezuela al Grupo de Trabajo que buscaba proscribir toda posibilidad de imponer penas privativas de libertad a niños y sometía a consideración la siguiente redacción del inc. 2 del texto del art. 19 aprobado en primera lectura: “2. A este fin, habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular que: (a) Ningún niño sea detenido o encarcelado o sujeto a tortura o tratamiento o castigo cruel, inhumano o degradante [...]” y que proponía en sustitución la colocación del niño bajo el cuidado de sus padres, tutores, guardadores o parientes responsables, probation y ayuda en instituciones de reforma y cuidado (*Legislative History*, vol. 2, p. 762, nro. 535).

a.3. Llegado a este punto, corresponde señalar que, mientras que el art. 37, inc. b, CDN, no excluye la posibilidad de imponer a los niños medidas restrictivas de libertad tales como la detención, encarcelamiento y prisión, en la discusión del texto del art. 40 se favorece la posibilidad de que los Estados provean medidas alternativas a éstas, y a otras formas de institucionalización que implique restricción de la libertad física. Todas ellas dirigidas a procurar la reintegración social del niño según se declara en el inciso 1. A este respecto es relevante señalar que durante la discusión se sustituyó en el primer inciso la referencia al fin de “rehabilitación” por el fin de “reintegración social” para tomar nota de las reservas opuestas al primer término por algunos países (*Legislative History*, vol. 2, p. 772, nro. 568).

Es pertinente destacar también que este segundo artículo es el resultado de soluciones de compromiso que se expresan en su lenguaje. Mientras que el lenguaje del propuesto artículo 19 se expresaba en modo imperativo, el grupo de redacción incorporó algunas de las iniciativas de las Naciones Unidas en el área de justicia juvenil “usando un lenguaje no imperativo [...] de modo de posibilitar a los Estados alcanzar un balance entre el anhelo y la conveniencia de introducir estas medidas en sus sistemas legales” (*Legislative History*, vol. 2, p. 766, nro. 537).



Para su consideración en segunda lectura, el grupo de redacción había sometido al Grupo de Trabajo el texto del art. 19 *bis* (E/CN.4/1989/WG.1/WP.67/Rev.1), cuyo inc. 4, en cuanto aquí interesa leía: “4. Se dispondrá de diversas medidas, que incluyan el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la probation, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, y otras alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y apropiada tanto con sus circunstancias como con la infracción”. En la discusión se explicó que en vistas de las reservas expresadas por algunos participantes del Grupo de Trabajo, ciertas provisiones no habían sido redactadas en imperativo, para dar a los Estados Partes la opción de adoptar o no las medidas enunciadas en el texto (*Legislative History*, vol. 2, p. 771, nro. 565 y p., nro. 596). Este texto fue el finalmente aprobado como art. 40, inc. 4 (*ibídem*, p. 774, nro. 598) con la sutil sustitución de “diversas medidas, que incluyan”, por “diversas medidas, tales como”, lo que confirma el carácter no imperativo y no exhaustivo de la disposición (*ibídem*, p. 774, nro. 597). A los fines de la comprensión del sentido de la disposición, es pertinente señalar que mientras en el texto en inglés se emplea el término “*probation*”, en el texto en español se emplea “libertad vigilada”, lo que parece indicar más bien las formas de “libertad condicionada bajo supervisión” y no las medidas de suspensión o diversión como alternativas a los procedimientos judiciales, que sí están contempladas en el art. 40, inc. 3, b, CDN.

b) Los arts. 3, 37 y 40 CDN han sido objeto de consideración exhaustiva por el Comité de Derechos del Niño, en especial en su Observación General n° 10 sobre “*Los derechos del niño en la justicia de menores*” (doc. UN CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007).

b.1. En primer lugar ha señalado el Comité que “En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial” (OG n° 10, § 10).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

b.2. Ha advertido el Comité que “Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes” (OG n° 10, § 10).

b.3. Después de relevar que según el art. 37, inc. b, CDN, la privación de libertad, incluidas la detención, el encarcelamiento o la prisión, se utilizarán tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda, a fin de garantizar y respetar plenamente el derecho del niño al desarrollo, carácter restrictivo que debe alcanzar a otras formas de institucionalización no punitivas ni correccionales (OG n° 10, § 11), el Comité ha tomado nota de la estrecha relación existente entre esa disposición y el art. 40, incs. 1 y 4 CDN, al declarar que “Los niños que tienen conflictos con la justicia, incluidos los reincidentes, tienen derecho a recibir un trato que promueva su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad (artículo 40 1 de la Convención). La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se utilizará tan sólo como medida de último recurso (art. 37 b). Por tanto, es necesario desarrollar y aplicar, en el marco de una política general de justicia de menores, diversas medidas que aseguren que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción cometida. Tales medidas comprenden el cuidado, la orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones (art. 40 4)” (confr. OG 10, § 23).

b.4. En lo que concierne a la declaración del art. 40.1 en punto a que el niño tiene derecho a un trato en el que se tenga en cuenta su



edad y se fomente su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad, ha declarado el Comité que “Este principio se debe aplicar, observar y respetar durante todo el proceso de trato con el niño, desde el primer contacto con los organismos encargados de hacer cumplir la ley hasta la ejecución de todas las medidas en relación con el niño. Todo el personal encargado de la administración de la justicia de menores debe tener en cuenta el desarrollo del niño, el crecimiento dinámico y constante de éste, qué es apropiado para su bienestar, y las múltiples formas de violencia contra el niño” (OG n° 10, § 13). De donde se sigue que “En la fase decisoria del procedimiento, la privación de libertad deberá ser exclusivamente una medida de último recurso y que dure el período más breve que proceda (art. 37 b), lo que “significa que los Estados Partes deben tener un servicio competente de libertad vigilada que permita recurrir en la mayor medida y con la mayor eficacia posibles a medidas como las órdenes de orientación y supervisión, la libertad vigilada, el seguimiento comunitario o los centros de presentación diaria obligatoria, y la posibilidad de una puesta anticipada en libertad (OG n° 10, § 28).

En lo que concierne al art. 40, inc. 4 CDN, ha declarado el Comité que en la decisión sobre las medidas que se habrán de imponer al niño al que se haya declarado culpable de un delito “Las leyes deben ofrecer al tribunal/juez, o a cualquier otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, una amplia variedad de alternativas posibles a la internación en instituciones y la privación de libertad, algunas de las cuales se enumeran en el párrafo 4 del artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a fin de que la privación de libertad se utilice tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que sea posible (artículo 37 b) de la Convención)” (OG n° 10, § 70).

En la determinación de la medida a ordenar respecto de un niño que ha sido declarado culpable de un delito el Comité ha destacado que “la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas necesidades de la sociedad, en particular a largo plazo”,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

señalando que “la aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención”. En esa decisión reconoce el Comité que la proporción con la ofensa juega un rol importante, aunque no necesariamente dirimente. Ha dicho así que, cuando un niño cometa un delito grave, “se podrá considerar la aplicación de medidas proporcionales a las circunstancias del delincuente y a la gravedad del hecho, y se tomarán en consideración las necesidades del orden público y las sanciones”, señalando que, sin embargo “En el caso de los menores, siempre prevalecerá sobre estas consideraciones la necesidad de salvaguardar el bienestar y el interés superior del niño y de fomentar su reintegración social” (OG n° 10, § 71).

b.5. El Comité ha observado que “el tiempo transcurrido entre la comisión de un delito y la respuesta definitiva a ese acto debe ser lo más breve posible” y que “Cuanto más tiempo pase, tanto más probable será que la respuesta pierda su efecto positivo y pedagógico y que el niño resulte estigmatizado” (OG n° 10, § 51). Sin embargo, no ha perdido de vista la cuestión práctica en punto a que es frecuente que, no obstante la diligencia empleada en la tramitación del caso, la decisión sobre cuál es la medida a aplicar respecto de un niño que ha sido declarado culpable de una infracción penal se toma cuando éste ya ha alcanzado la adultez.

A este respecto ha destacado el Comité que “La fijación de la mayoría de edad penal a un nivel más alto, por ejemplo 14 ó 16 años, contribuye a que el sistema de la justicia de menores, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales” (OG n° 10, § 33) pero al mismo tiempo advertido que el límite de edad superior para la aplicación de las normas especiales de la justicia de menores se aplica al procedimiento, a la remisión de casos y la adopción de medidas especiales, y que esas normas “deberán aplicarse, a partir de la [edad mínima de responsabilidad penal] establecida en el país, a todos los niños que, en el momento de la presunta comisión de un delito (o acto punible de acuerdo con la legislación penal), no hayan cumplido aún 18



años”, lo que significa que “toda persona menor de 18 años en el momento de la presunta comisión de un delito debe recibir un trato conforme a las normas de la justicia de menores” (OG n° 10, §§ 36, 37). Y concordemente con ello, ha expresado su reconocimiento a los Estados Partes cuyas legislaciones “permiten la aplicación de las normas y los reglamentos de la justicia de menores a personas que tienen 18 años o más, por lo general hasta los 21 años, bien sea como norma general o como excepción” (*ibídem*, § 38).

Sentado pues el marco y alcance de los arts. 37 y 40, incs. 1 y 4, CDN, corresponde abordar la impugnación del art. 14, segunda frase, CP, que excluye la posibilidad de concesión de la libertad condicional a personas que han cometido alguno de los delitos enunciados en ella cuando aún no habían alcanzado la mayoría de edad.

Ha de partirse de observar que en el caso de niños que han sido declarados culpables de haber cometido una infracción penal, el art. 37, inc. b, CDN no regula solamente el momento de decisión sobre la imposición de una pena privativa de libertad, sino también el momento de ejecución. Primero, porque el poder punitivo no se agota con la imposición de la pena, sino que éste se ejerce también en su ejecución, y en su modo de ejecución. El lenguaje empleado en esa disposición no autoriza a una interpretación restrictiva al momento de la decisión de imposición, pues esta declara que “la prisión de un niño [...] se *utilizará* sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. No se emplea el verbo “se impondrá”, sino uno que abarca de modo más dinámico tanto la fase de imposición como de ejecución de la pena privativa de libertad.

A su vez, el art. 40.1 CDN establece como programa a seguir respecto de niños que han sido declarados culpables de haber infringido las leyes penales, entre otros fines, el de promover la “*reintegración*” del niño. El cambio de lenguaje en la etapa de discusión del articulado, en el que se prefirió este término, a los de “resocialización” o “rehabilitación” indica que la finalidad que persiga cualquier medida que se aplique a un niño por haber sido declarado culpable de haber cometido una infracción penal es la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

integración o reintegración a la vida social. Ahora bien, es inherente a la ejecución de toda pena privativa de libertad la exclusión de la vida social, de modo que, en conexión con lo que prescribe el art. 37, inc. b, esa exclusión debe ser por el período más breve que proceda.

Habida cuenta de la naturaleza dinámica del tratamiento o de las acciones para procurar en el niño el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, y el fortalecimiento del respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros (art. 40.1 CDN), una pena temporal fija, que no admita consideraciones sobre la posibilidad de obtención de una libertad anticipada es inconciliable con el art. 37, inc. b, que indica que debe utilizarse “por el período más breve que proceda”, y desatiende, por otra parte, las proposiciones del art. 40.4, entre ellas la “libertad vigilada” como alternativa a la institucionalización –comprendida en este término el encarcelamiento y la prisión-. Es también en la ejecución dinámica de la pena impuesta que tienen las autoridades estatales el deber de ajustarse al art. 37 de la Convención, evaluando el grado de alcance de las finalidades del art. 40.1 en el tratamiento del niño sometido a una pena de prisión.

La opinión del Comité de Derechos del Niño en esta materia es inequívoca en punto a que “Las leyes deben ofrecer al tribunal/juez, o a cualquier otra autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, una amplia variedad de alternativas posibles a la internación en instituciones y la privación de libertad”, entre ellas las del art. 40.4 (OG n° 10, § 70), lo que encuentra concreción –en cuanto aquí interesa- en su declaración de que “los Estados Partes deben tener un servicio competente de libertad vigilada que permita recurrir en la mayor medida y con la mayor eficacia posibles a medidas como las órdenes de orientación y supervisión, la libertad vigilada, el seguimiento comunitario o los centros de presentación diaria obligatoria, y la posibilidad de una puesta anticipada en libertad” (OG n° 10, § 28).

De modo que –en lo que concierne a la ejecución de las penas privativas de libertad impuestas a personas por delitos cometidos antes de los dieciocho años de edad- el art. 14, segunda frase, CP, es inconciliable



con los arts. 37, inc. b, en conexión con el art. 40.1 y 40.4 CDN, porque constituye un obstáculo absoluto a que la pena de prisión sea utilizada por el período más breve que proceda.

No cambia la conclusión el argumento del juez *a quo* que señala que la enunciación del art. 14, segunda frase, CP comprende delitos muy graves, ni su alusión a la soberanía del legislador para evaluar cuáles son los más graves, y cómo deben ser tratados en el ejercicio de su discreción político criminal. Pues también en el campo de la política criminal la autoridad del Poder Legislativo encuentra su límite en la Constitución Nacional y en los instrumentos de derechos humanos enunciados en el art. 75, inc. 22, al que ésta le reconoce igual jerarquía y declara complementarios de su primera parte.

A este respecto basta con evocar que las referencias a la gravedad del hecho y la proporción con la infracción no pueden ser dirimentes cuando se trata de la política criminal que se sigue respecto de niños declarados culpables de haber cometido una infracción penal, como se ha discutido en el marco de los trabajos preparatorios de la Convención sobre los Derechos del Niño (vide supra puntos a y b), discusión cuyos frutos han sido recogidos por el Comité de los Derechos del Niño al declarar que “la aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención”, en el que se requiere de un balance de proporcionalidad entre la gravedad del hecho, las necesidades del orden público y las sanciones y la necesidad de salvaguardar el bienestar y el interés superior del niño y de fomentar su reintegración social (OG n° 10, § 71).

Concluyo así, por estas razones, que el art. 14, segunda frase, CP, en cuanto obsta a la posibilidad de libertad condicional en la ejecución de penas impuestas por ciertos delitos cometidos por niños, antes de haber alcanzado los dieciocho años de edad, es inconciliable con el art. 37, inc. b, CDN, pues impide a las autoridades estatales ajustarse a la restricción de que esas penas se utilicen por el período más breve que proceda, en





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

conexión con los arts. 40.1 y 40.4 CDN, y que por ello así corresponde declararlo no aplicable al caso.

Ello, por cierto no significa que la libertad anticipada del condenado sea obligatoria en todos los casos, sino que los jueces, prescindiendo del obstáculo que representa el art. 14, segunda frase, CP, deberán considerar las circunstancias concretas del condenado, y el grado de avance de la ejecución y resultados a la luz del art. 40.1 y 40.4 CDN, para decidir si corresponde su liberación anticipada bajo la forma de libertad condicional, como alternativa a la ejecución total de la pena en un régimen institucional cerrado. Esta debe ser por lo demás la *ratio* que debe guiar la interpretación de las condiciones y presupuestos de procedencia del art. 13 CP.

3. Por estos fundamentos –y con las salvedades que expongo en el punto 1 sobre la inadmisibilidad parcial del recurso de casación– concurre así a la solución que viene propuesta por el juez Bruzzone, lo que torna inoficioso pronunciarse sobre la impugnación general de inconstitucionalidad del art. 14 CP, planteada de modo subsidiario por el recurrente.

Así voto.

La jueza **Garrigós de Rébora** dijo:

Concuerdo con el juez Bruzzone en que el Estado al abordar la situación de los menores en conflicto con la ley penal, debe someterse a los compromisos internacionales vinculados con ese grupo específico, ya sea que se trate de los tratados de Derechos Humanos específicos, receptados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, así como las directrices que emanan de las llamadas *Soft Law*, tal como las Reglas de Beijing.

Sobre esta concordancia adhiero a la solución a la que arriba.

Por otra parte considero prudente agregar que mi postura, en cuanto a las limitaciones impuestas legislativamente al cumplimiento del régimen progresivo, y no sólo al caso de los menores, fueron oportunamente volcadas en el fallo *Olea*³ que doy por reproducido.

³ Cn° 1.070/2006; “Olea, Héctor Federico”; Sala 3 CNCCC, rta. 24/6/15; reg. 192/2015.



En virtud del acuerdo que antecede, **la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso interpuesto, **DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** de la segunda parte del art. 14, CP, respecto de aquellas personas que al momento de la comisión del delito no habían alcanzado la mayoría de edad, resultando inoficioso expedirse sobre la impugnación general de inconstitucionalidad, y **REENVIAR** el caso al juzgado de ejecución para que proceda a tramitar la incidencia de libertad condicional conforme lo prescripto en el art. 491, CPPN. Sin costas en razón del éxito obtenido (art. 465, 470, 471, 491, 530 y 531, CPPN; art. 14, CP; art. 37, inc. b), art. 40.1 y 40.4, Convención de los Derechos del Niño; art. 28.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores).

Se deja constancia de que el juez Bruzzone participó de la deliberación y emitió su voto en el sentido aquí indicado, pero que no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 399, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13, CSJN; LEX 100), y remítase al juzgado de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

**MARIA LAURA GARRIGÓS
DE REBORÍ**

LUIS M. GARCÍA

**SANTIAGO A. LOPÉZ
SECRETARIO DE CÁMARA**





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 500000185/2011/TO1/4/CNC1

Fecha de firma: 15/02/2018
Alta en sistema: 16/02/2018
Firmado por: LUIS M. GARCIA,
Firmado por: MARÍA LAURA GARRIGÓS DE RÉBORI,
Firmado(ante mi) por: SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ, Secretario de Cámara



#29434711#198162986#20180208095255425