

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 20288/05 STJ

SENTENCIA Nº: 190

PROCESADA: DE LAS CASAS MARÍA EUGENIA

DELITO: LESIONES GRAVÍSIMAS DOBLEMENTE AGRAVADAS POR SER
COMETIDAS CON ALEVOSÍA Y CON EL CONCURSO PREMEDITADO DE DOS
PERSONAS

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 29-12-05

FIRMANTES: SODERO NIEVAS - LUTZ - BALLADINI EN ABSTENCIÓN

///MA, de diciembre de 2005.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Víctor Hugo Soderó Nievas, Luis A. Lutz y Alberto Ítalo Balladini, con la presidencia de este último y la asistencia del señor Secretario doctor Gustavo Guerra Labayén, en las presentes actuaciones caratuladas: "DE LAS CASAS, María Eugenia s/Homicidio calificado s/Casación" (Expte.Nº 20288/05 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en conformidad con las prescripciones del art. 438 del C.P.P., con el planteo de la siguiente:- - - -

CUESTIÓN

----- ¿Es procedente el recurso deducido?- - - - -

VOTACIÓN

El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - - -

-----1.- Mediante sentencia Nº 40, del 31 de mayo del corriente, la Cámara Tercera en lo Criminal de General Roca resolvió -en lo pertinente- declarar responsable a María Eugenia De Las Casas como coautora del delito de lesiones gravísimas doblemente agravadas por ser cometidas con alevosía y con el concurso premeditado de dos personas, y condenarla a sufrir la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y

costas (arts. 45, 91 en función del 92 y 80 incs. 2º -segundo supuesto- y 6, 12, 29 inc. 3º y 44 C.P., y 4º Ley 22278).- - - - -

-----2.- Contra lo decidido el señor Fiscal de Cámara dedujo recurso de casación, al igual que la Asesora de Menores y el abogado defensor particular de la imputada. El tribunal de grado inferior, mediante interlocutorio N° 428/05, concedió

///2.- los dos primeros y denegó el último, lo que motivó la queja directa ante este Superior Tribunal de Justicia, que admitió la totalidad de las impugnaciones. Así, el expediente quedó por diez días en la oficina para su examen por parte de los interesados, período en el cual la señora Procuradora General emitió su dictamen, en el que propicia casar parcialmente la sentencia cuestionada sólo en cuanto condenó a María Eugenia De Las Casas en calidad de coautora del delito reprochado, calificación que a su entender debería ser reemplazada por la de partícipe primaria. Luego de la realización de la audiencia prevista por los arts. 434 y 437 del Código Procesal Penal, los autos han quedado en condiciones para su tratamiento definitivo.- - - - -

-----3.- El señor Fiscal de Cámara sostiene que la sentencia incurre en una errónea aplicación de la ley sustantiva y que la imputada es coautora del delito de homicidio doblemente calificado por haber sido cometido con alevosía y con el concurso premeditado de dos personas (arts. 80 inc. 2º y 6º C.P. en función de los arts. 73 y 45 íd.). En este sentido, alega la demostración de que la victimaria quería propinarle al sujeto pasivo una golpiza de gran envergadura, y señala que también se ha acreditado que era agresiva y que los golpes propinados en tal circunstancia tuvieron como consecuencia la muerte de Jorge Luis Ortiz. De tal modo, entiende que se ha configurado un homicidio y no el delito de lesiones gravísimas. A ello agrega otro error en la aplicación de la ley sustantiva, en tanto considera que la imputada no puede beneficiarse del art. 47 del Código Penal

-utilizado por la Cámara para afirmar que los otros dos

///3.- coautores habían actuado en exceso-, pues se encuentra limitado a los cómplices, mientras que ella es coautora. Finalmente, argumenta que De Las Casas quiso la muerte de la víctima, y cita doctrina y jurisprudencia.- - -

----- La Asesora de Menores aduce que, al condenar a prisión efectiva, la Cámara Criminal practica una errónea aplicación de la ley -Régimen Penal de la Minoridad-, ignora la jurisprudencia y la doctrina vigentes sobre la incorporación a la Constitución Nacional de pactos internacionales sobre derechos del niño y se aparta de los fines de la pena. Refiere cuál es el marco normativo para resolver la cuestión, del que infiere el

principio general de la no-punición de quienes delinquieron antes de los dieciocho años de edad, a lo que no obsta la gravedad del ilícito cometido. En este orden de ideas, afirma que sólo se podrá imponer sanción cuando, finalizado el tratamiento tuitivo, ello aparezca inevitable, con fundamento en su falta de resocialización y rehabilitación. Agrega que el a quo resuelve este punto sin motivación, atento a que no valora el tratamiento tutelar, y destaca el segundo informe de la psicóloga forense en el que, luego de transcurrido dicho tratamiento, la profesional considera que "... teniendo en cuenta los antecedentes escolares (trastornos de conducta, repitencia)... [se ha dado] un cambio favorable, ya que ha podido completar los estudios secundarios, con logros como son: el ingreso a la Universidad y el sostenimiento de un tratamiento psicoterapéutico. Pronóstico: es posible pensar que puede ser favorable, en la medida que continúe con el trabajo terapéutico iniciado". También destaca que la

///4.- decisión de imponer pena no encuentra fundamento en los términos exigidos por el art. 4º de la Ley 22278, pues no se han valorado el tratamiento tutelar ni la falta de antecedentes ni la impresión directa recogida por el juzgador, sino sólo la entidad del hecho. A todo evento, pese a no ser requerido por la ley, afirma que el argumento referido a la personalidad de su representada necesitaba de estudios de mayor rigor científico. Asimismo, alude a que el régimen de la minoridad no resulta de naturaleza retributiva, sino utilitaria, y niega tal condición para la situación de la imputada en procura de su reinserción social: "... incorporar a María Eugenia de las Casas al sistema carcelario significaría abandonar todo criterio de utilidad, de recuperación, de resocialización, y optar absolutamente por lo contrario, por un criterio retributivo que la llevará al aislamiento, la estigmatización, el alejamiento de su familia, el abandono de su carrera universitaria. Además cabe agregarle a la evidente inutilidad de aplicar la pena a esta joven la consideración de la crisis por la que atraviesa el sistema carcelario, literalmente imposibilitado de cumplir fin resocializador alguno". Agrega que, al faltar una justicia especializada, ante la falta de implementación de los Juzgados de Menores, se viola el principio de especialidad consagrado por la Convención, y argumenta que la doctrina legal de este Cuerpo que niega la vía casatoria cuando se plantean agravios referidos a la aplicación de pena a un menor de edad incumple con la garantía de la doble instancia (art. 8.2.h, Pacto de San José de Costa Rica). Cita doctrina y

///5.- jurisprudencia en abono de su postura.- - - - -

----- Por su parte, el señor defensor dice que la sentencia declara la responsabilidad de su pupila sin más indicios que testimonios indirectos, de testigos sospechosos por

parentesco u amistad íntima. Niega que se encuentre acreditada la participación de otras dos personas en el hecho, y el mismo déficit observa en lo referido al acuerdo previo que se reprocha. En este sentido, efectúa una crítica puntual a diversos testigos, se ocupa del concurso premeditado de dos personas, del móvil para realizar el hecho y, finalmente, coincide con el planteo supra desarrollado en cuanto a la innecesariedad de la pena.- - -

-----4.- Razones metodológicas aconsejan que comience por el recurso de la Asesora de Menores y su impugnación a la imposición de pena.- - - - -

----- Para la comprensión del voto necesito destacar que la temática en tratamiento ha sido materia de reciente consideración por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "MALDONADO" (Se. del 07-12-005, M. 1022, XXXIX), donde el máximo tribunal nacional ha adoptado pautas análisis de insoslayable referencia para este Superior Tribunal de Justicia en su control de legalidad del fallo cuestionado, al igual que el precedente "CASAL" (Se. del 21-09-05). En este marco, adelanto que la sentencia no cumple con las exigencias de fundamentación allí requeridas para la imposición de una pena de prisión efectiva a quien cometa hechos delictivos siendo menor de edad.- - - - -

----- En este sentido, es de especial significación la argumentación expuesta sobre los criterios de valoración del

///6.- tratamiento tutelar, el obligado examen de las circunstancias que afectan la culpabilidad del imputado, el deber de ponderación de la necesidad de pena, sus posibles efectos sobre la resocialización conforme la teoría de la prevención especial, la crítica al concepto de peligrosidad, la exigencia de que el pronóstico de conducta cuente con un serio estudio o peritaje psiquiátrico o psicológico, etc. Todo estos puntos han recibido una inadecuada consideración en la decisión del tribunal de grado inferior, defecto por el que -adelanto- he de propiciar se declare su nulidad.- -

----- En consonancia con lo anterior, señalo que esta materia se encuentra sujeta a postulados de la máxima jerarquía normativa que surgen de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención de los Derechos 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)' ... consecuentemente, en la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal

///7.- juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre los 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" (CSJN, "MALDONADO", Se. citada supra, considerandos 33 y 34).- - -

----- En cuanto a la legislación en la materia, la Ley 22278 (Régimen penal de la Minoridad), también de aplicación al sub examine, supedita la imposición de pena a un menor a determinados requisitos, una vez cumplidos los cuales, "... 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, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2".- - - - -

----- Es dable destacar que, aun en defecto de tal legislación, las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos asumidas por nuestro país son inmediatamente operativas, en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas menores de edad (art. 3º Convención del Niño), según ha declarado la Corte Suprema en los precedentes del 14-06-95 (LL 1996-A,

///8.- 260); 02-12-95 (JA 1996-III-436); 15-10-98 (LL 1998-F, 236), entre otros, en el sentido de que, en tanto no medie una reglamentación adecuada, corresponderá a los órganos judiciales determinar el alcance de los derechos y garantías en juego en el caso concreto sometido a su consideración.- - - - -

----- El carácter operativo de tales tratados y de los arts. 18 de la Constitución Nacional y 23 de la Constitución Provincial ha sido reconocido por este Superior Tribunal en el fallo "INCIDENTE" (Se. 48/03), donde se expresó que sería "... inconstitucional

impedir a los magistrados locales considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, las leyes y los tratados, a las que las autoridades de cada estado están obligadas a conformarse, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan sus constituciones y leyes... La inexistencia de la reglamentación legislativa no obsta a la protección de la integridad física y psíquica de los detenidos, pues en materia de derechos humanos ello no debe ser requisito indispensable..."- - - - -

- - - - -
----- Es que, conforme lo sostiene la señora ministra doctora doña Carmen M. Argibay en su voto en el precedente que cito al principio del presente, los tribunales argentinos deben cumplir con los estándares exigidos por los instrumentos internacionales aprobados por el país, "... de modo tal que sus fallos puedan resistir el desafío de su impugnación ante instancias competentes para fijar la responsabilidad del Estado argentino (doctrina de Fallos:

///9.- 318:1269, Considerando 21 y su cita)" (ver considerando 22).- - - - -

- - - - -
----- Agrego que tales compromisos internacionales del Estado argentino y la recepción constitucional de los tratados de derechos humanos, en lo que interesa la Convención sobre los Derechos del Niño, han provocado una internalización de los derechos del niño en muy diversos aspectos, de lo que es un claro ejemplo -aunque se excluye de su tratamiento al régimen penal de la minoridad, es decir, cuando el niño hubiera cometido un hecho por el cual se le pudiera imputar la comisión de un delito- la Ley 26061, titulada "Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes" (Adla, Bol. 29-05, p. I), uno de cuyos aspectos fundamentales es el reconocimiento del niño como sujeto de derecho, clara superación del anterior modelo del sistema tutelar, que sólo admitía la voluntad de los representantes legales del menor.- - - - -

----- Ahora en lo que interesa, en cuanto al régimen penal de la minoridad, la manda constitucional proporciona datos especiales respecto del régimen de los adultos, en el sentido de que, si bien es cierto que para ellos toda pena privativa de libertad y el consiguiente tratamiento penitenciario están dirigidos esencialmente a su reforma y readaptación social (art. 5 inc. 6º CADH y 10 inc. 3º PIDCP), por lo que el juzgador no puede dejar de advertir los efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial, en el caso de los menores tal mandato se acentúa y se traduce en un imperativo para la actividad decisoria, pues la pena impuesta debe encontrar fundamento

///10.- en las posibilidades de resocialización que ésta supone.- - - - -

- - - - -

----- En "Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad" (págs. 20 y 23, en "Determinación Judicial de la Pena"), Claus Roxin dice: "La posición extrema contraria a la teoría de la retribución consiste en la concepción de que la misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles. El fin de la pena es, de acuerdo con esto, la prevención, dirigida al autor individual (especial)... En la medida en que la teoría de la prevención especial sigue el principio de la resocialización... sus ventajas teóricas y prácticas son evidentes. En tanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, se adapta excelentemente a la misión del derecho penal... ayuda igualmente al autor, es decir, no lo rechaza ni lo marca a fuego, sino que quiere integrarlo, y de este modo, se adapta mejor que cualquier otra teoría a las exigencias del principio del estado social. Al fomentar un entrenamiento social y un programa de ejecución que se apoya en un tratamiento de ayuda, posibilita reformas constructivas y se libera de la esterilidad práctica del principio de la retribución".- - - - -

----- Ello implica una valoración de los efectos del encarcelamiento en relación con las especificidades de los lugares de internación: la necesidad de la pena -art. 4 Ley 22278- tiene que ser evaluada con preponderancia de criterios de prevención especial por sobre aquéllos propios de una justicia retributiva.- - - - -

----- En consecuencia, la imposición de la pena sólo

///11.- resultaría admisible si se concluyera de modo fundado que sería efectiva para modificar la estructura impulsivo-motivacional criminógena de la imputada, para favorecer su resocialización. Éste es el estándar que los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la legislación exigen a este Superior Tribunal para el análisis del fallo en tratamiento.- - - - -

----- En una breve digresión, destaco que la Ley 22278 decide sobre uno de los principales obstáculos a la teoría de la prevención especial -esto es, qué hacer con aquellos autores que ya no necesitan ser resocializados-, toda vez que en caso de ser innecesario aplicar sanción, absolverá al imputado (último párrafo art. 4º).- - - - -

- - -

----- En tal marco conceptual, la sentencia da tratamiento en su tercera cuestión -sobre la pena aplicable y la imposición de costas- al punto que nos convoca y sobre el que se ha formulado agravio (ver fs. 74). Allí, luego de declarar la responsabilidad de la imputada, a consecuencia de un pormenorizado análisis de las cuestiones de la sentencia

vinculadas con la prueba del hecho, su autoría y la calificación legal, dice que "...teniendo especialmente en cuenta las modalidades del hecho, la falta de antecedentes penales de la enjuiciada..., la impresión directa recogida de ella, y el resultado de su tratamiento tutelar (vid constancias de fs. 8/14, 15/19, 26/30, 33, 78/81, 89/91, 103/104, 109/111 y vta., 116/120, 123/126, 134/135 y vta., 141, 146/147, 150/151 y vta., 158/159, 165/167 y 169/172), entiendo necesaria la aplicación de una sanción propiciando, por los argumentos aquí vertidos, que la escala prevista

///12.- para el delito que se le atribuye... sea reducida en la forma prevista para la tentativa (art. 44 CP.), toda vez que se evidencia para con su persona una necesaria resocialización, reeducación y readaptación de su vida. Para afirmar esto, basta advertir la peligrosidad extrema resultante de la actividad delictiva desarrollada y la no internalización de su falta de ordenación en la norma (vid razonamientos volcados por la psicóloga forense a fs. 10/14 del incidente que corre por cuerda), lo que conduce a estar frente a una persona fría, calculadora, manipuladora, agresiva y con ostensible desinterés por la vida ajena, que no hacen suponer que no reincidirá en conductas similares. A mayor abundamiento, '\... refleja un riesgo potencial de alcoholismo y/o abuso de sustancias. Aparece vulnerable a las acumulaciones de resentimiento a largo plazo, por ello puede ser que, la mayor parte del tiempo responda adecuadamente a las provocaciones; sin embargo ocasionalmente puede manifestar respuestas agresivas, exageradas sin aparente provocación...\'' (vid informe aludido, fs. 12). Consecuentemente, y a los fines de dosificar la sanción a imponer a De las Casas, considero justo aplicar la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES y COSTAS..." (ver fs. 74/75).- - - - -

----- Del examen de la temática se deduce que el núcleo duro del razonamiento del juzgador para la imposición de la pena, luego de una referencia genérica al tratamiento de disposición, es: a) la peligrosidad extrema por el tipo de delito cometido, y b) la ausencia de internalización del hecho reprochado, según lo informado por la psicóloga

///13.- forense a fs. 10/14 del incidente de disposición.- -

----- Dicho lo anterior, en cuanto al primer subpunto, no es claro de entender el concepto de peligrosidad esbozado por el juzgador, pues puede advertirse una doble posibilidad denotativa:- - - - -

-----a) La peligrosidad deriva de la gravedad del hecho cometido -si se quiere es una peligrosidad por el acto y en el acto-, con lo que le pena es pura retribución por el mal causado. Esto es, la manifestación de peligrosidad en un acto determinado no supone

que éste se pueda replicar -en una noción probabilística- a hechos futuros, con lo que el sentido de la medida punitiva no es la persecución de alguna finalidad socialmente útil, sino que, por medio de la imposición de un mal, la culpabilidad que el autor carga sobre sí mismo como consecuencia de su hecho es retribuida, compensada, expiada en forma justa (ver Kant, "Metafísica de las costumbres", 1798, parágrafo 49 E I, y Hegel, "Filosofía del Derecho", 1821, parágrafo 99)..- - - - -

----- No cabe aceptar este argumento para la imposición de pena a un hecho cometido por un menor, toda vez que se desentiende del criterio de prevención especial, que es el preponderante conforme con la normativa antes citada. Es que, aun si lo admitiéramos, pese a que la modalidad del hecho es sólo uno de los supuestos a meritar, tal tarea no es idéntica a la exigida por el art. 41 en la determinación de la pena para el imputado mayor de edad, pues cuando el reproche se dirija a un menor que cometió delito no puede obviarse una modificación respecto del principio de culpabilidad, atento a que la medida de la pena no puede

///14.- exceder el reproche formulado a quien elige cometer un ilícito cuando le fue posible comportarse según la norma. De tal modo, dado que el ámbito de autodeterminación del menor no es igual al del adulto por su inmadurez emocional, se "... impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente aun adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional" (CSJN, "MALDONADO", citado supra, considerando 37).- - - - -

----- Sin dudas, el sistema de derechos establecidos en la justicia penal juvenil parte "... en definitiva del carácter episódico que tienen las conductas de los jóvenes -(Cf. Dünkel, Frieder, Reacciones en los campos de la Administración de Justicia y de la Pedagogía Social a la delincuencia infantil y juvenil: un estudio comparativo a escala europea, en Tiffer Sotomayor, Llobet Rodríguez y Dünkel, Derecho Penal Juvenil, cit., p. 545)-, siendo gran parte consecuencia de los conflictos que implica la adolescencia en sí, sin que luego de pasada esta etapa necesariamente impliquen que se va a continuar una carrera delictiva -(Así se indica en los comentarios a las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores, al comentarse la regla de la remisión...)-. Se agrega a ello que en ocasiones el carácter episódico de la delincuencia juvenil hace que la mejor respuesta es la falta de respuesta del sistema penal. Precisamente en relación con la desformalización con intervención es que encuentra cabida la

///15.- justicia restaurativa, llegándose incluso en muchas ocasiones a caracterizar la justicia penal juvenil como restaurativa" (ver Javier Llobet Rodríguez, "Justicia restaurativa penal juvenil", en "Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier", págs. 882/883).- - - - -

----- De modo concordante, "... si al cumplirse el año del tratamiento tutelar impuesto al menor declarado autor material y responsable de un hecho ilícito, resulta que el mismo se muestra aparentemente redimido, evidenciando compenetración familiar y aceptable grado de readaptabilidad social sin mostrar elementos de ponderación desfavorables y/o que hagan pensar en la necesidad de imponerle con algún beneficio una sanción determinada la cual exceda del mero marco retributivo, cabe eximirle de pena e integrar la sentencia y disponer el cese definitivo del régimen tutelar aplicado..." (CCrim. de Gualeguay, Entre Ríos, citado en D'Antonio, "Actividad jurídica de los menores de edad", pág. 255).- - - - -

-----b) El concepto de peligrosidad puede ser entendido como probabilidad de que el autor cometa nuevos delitos. Se trata de un claro exponente "de la influencia del positivismo italiano..., es decir, el positivismo naturalista de Lombroso, Ferri y Garófalo, que reemplazaba la reprochabilidad fundada en la responsabilidad personal por una responsabilidad basada en la peligrosidad del delincuente, y que veía en el delito y en la pena de ocasión para un tratamiento individual del delincuente, para la defensa de la sociedad y para lograr la resocialización. Salvo opiniones aisladas, la

///16.- mayoría de la doctrina ha entendido siempre que la base de la medición de la pena está dada por la gravedad del ilícito culpable y la peligrosidad... Tal interpretación provocó no pocos esfuerzos para conciliar las ideas de culpabilidad por el hecho con la de peligrosidad, la cual, por constituir un juicio futuro, un pronóstico, resulta contradictoria con el principio de culpabilidad" (Patricia S. Ziffer, "El sistema argentino de medición de pena (art. 41 del Código Penal Argentino)", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 1 y 2 , pág. 192).- - - - -

----- Ahora bien, tampoco la determinación de la peligrosidad de la menor en esta segunda acepción de previsión de nuevos delitos ha sido realizada con la rigurosidad necesaria, tal como surge de la propia consideración del juzgador en el sentido de la peligrosidad extrema que advierte por no haber internalizado la imputada su falta de ordenación en la norma, para lo que aconseja ver los razonamientos de la psicóloga forense en el informe de fs. 12 del incidente de disposición, del cual transcribe una parte.- - - - -

----- En este punto, destaco que tal informe es el inicial del incidente de disposición, del 26-06-01, tras el que se sucedieron otros que dan cuenta de la evolución del tratamiento tutelar (informes sociales y psicológicos), hasta llegar, en lo que interesa, al informe forense de fs. 158, del día 23-09-04, que fue solicitado por el propio Ministerio Público Fiscal con el fin de establecer un diagnóstico actualizado de la evolución y el pronóstico y todo otro dato que resultara de interés en el tratamiento de

///17.- la menor (ver fs. 144). Este informe concluye advirtiendo un cambio favorable en María Eugenia de las Casas, ya que ha podido completar los estudios secundarios y ha logrado ingresar a la universidad y sostener el tratamiento psicoterapéutico, y plantea la posibilidad de pensar en un pronóstico favorable en la medida en que continúe con el trabajo terapéutico iniciado, para obtener mayores logros y sostenerlos en el tiempo.- - -

- - - - -

----- De tal modo, en la determinación de la peligrosidad el juzgador ha prescindido -en la práctica- del tratamiento tutelar exigido por la Ley 22278 en su art. 4 inc. 3º como uno de los requisitos para aplicar la sanción correspondiente, toda vez que ha meritado para ello el informe forense que daba inicio al incidente pero ha obviado toda consideración al resto de ellos, lo que supone la omisión de valorar el tratamiento tutelar y su evolución, constancias esenciales para el tema en análisis. Asimismo ha dejado sin sustento el art. 1º de dicha ley, que expresa que la autoridad judicial ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad, lo que tiene como consecuencia lógica su necesario mérito. Mutatis mutandis, "... [d]ebe meritarse el tratamiento cautelar, los respectivos informes sobre conducta, grado de adaptabilidad social, aptitud para el trabajo y demás circunstancias personales, y de las conclusiones de esos informes, las modalidades del hecho, los antecedentes del menor y la impresión personal del juez, (para) resolver en consecuencia" (STJ Entre Ríos, Sala Penal, 08-10-79, Zeus 27-J-122).- - - - -

///18.-- Por último, el juzgador tampoco examina las posibles consecuencias que la aplicación de la pena de prisión efectiva podría tener para la imputada, pues no puede desentenderse de la concreta realidad carcelaria de nuestro medio, ni es admisible su desconocimiento, como fue advertido reiteradamente por este Tribunal en numerosos pronunciamientos, entre los que destaco el ya mencionado "INCIDENTE" sobre prisión domiciliaria, y sus citas de las decisiones del Cuerpo in re "PRESIDENTE" (Se. 88/01), "RODRÍGUEZ TREJO" (Se. 42/02) y "DEFENSORES GENERALES" (Se. 64/02), de acuerdo con el mandato de la Convención del Niño en el sentido de promover su reintegración para que

asuma una función constructiva en la sociedad (art. 40 inc. 1º).-

----- Es que, desde luego, "... [e]l sistema puede y debe ser eficiente en términos de proveer seguridad y libertad a los habitantes del país. Precisamente, una de las funciones indelegables del Estado, desde que la civilización abandonó la venganza privada, es la de seguridad. Pero, debe tenerse en cuenta que aquel sistema incluye, además de leyes represivas adecuadas a las circunstancias sociales, una estructura carcelaria que cumpla con el objetivo de resocialización de los condenados, la capacitación y profesionalismo de las fuerzas de seguridad, una organización judicial confiable y prevención delictiva" (María A. Gelli, "La delincuencia juvenil y el juego de las complicidades", en LL 2002-E, 1265, Columna de opinión).- -

----- En definitiva, por las consideraciones supra desarrolladas, el fallo sub examine carece de unidad lógico-jurídica, en tanto la pena impuesta a la menor es

///19.- consecuencia de la graduación de un hecho sin una justificación racional en el corpus positivo antes reseñado. Así, en cuanto a la peligrosidad por el hecho, carece de una necesaria valoración de la culpabilidad de la menor en orden a su grado de inmadurez al momento de cometer el hecho, como asimismo en el entendimiento de que la pena no debe ser una mera retribución. Luego, ya en su segunda acepción -como probabilidad de reiterar comportamientos futuros-, el razonamiento se encuentra desprovisto de una evaluación acabada de cada uno de los elementos de prueba agregados al incidente de disposición, pues menciona sólo el primero, agregado al inicio. Por último, la sentencia no justifica la necesidad de la pena conforme a sus posibles efectos, teniendo en cuenta que su fin preponderante es la readaptación del menor. El examen que se hace de los informes y dictámenes debe ser analítico (no genérico) y éstos deben contar también con una fundamentación adecuada.

----- En este orden de ideas reitero lo ya expresado por este Superior Tribunal en el precedente "SANDOVAL" en lo relativo a las mejores alternativas del juzgador para la producción y la valoración de la prueba pericial y su idoneidad, en el sentido de que, a todo evento, un nuevo examen de la imputada cuenta con "... la previsión presupuestaria correspondiente, con lo que esto no es un obstáculo para la manda del Código Procesal Penal (arts. 237 y ss., 244/247 y 251), al igual que la existencia de cuerpos periciales adecuados para dar su parecer.- - - - -

----- "Hernando Devis Echandía (\Teoría General de la Prueba Judicial\, págs. 411 y ss.) dice: \Con frecuencia se

///20.- presenta el caso de que, al apreciar el juez el dictamen de los peritos lo encuentre

deficiente, inverosímil, absurdo, sin la debida fundamentación, es decir, sin fuerza de convicción para adoptarlo como prueba de los hechos o como criterio para valoración de otras pruebas...; también puede ocurrir que el dictamen esté viciado de nulidad... En tales casos, el juez debe ordenar una nueva peritación, a menos que las demás pruebas que existan en el proceso la hagan innecesaria... Esta facultad oficiosa del juez está reconocida inclusive en los Códigos que todavía conservan (más o menos atenuado) el principio dispositivo en cuanto a la iniciativa probatoria (C.C. venezolano, art. 1426) y con mayor razón en los Códigos modernos de procedimiento civil... Cuando la ley procesal otorga en general al juez facultades para ordenar pruebas de oficio, puede utilizarlas en el caso que ahora examinamos, sin que haga falta una norma especial, por consiguiente, esta facultad existe en todos los procesos penales y en los civiles y laborales modernos\'.- - - - -

----- "[...] La mejora en la calidad de la decisión tal vez también podía necesitar del encargo de informes amicus curiae para que los jueces se familiarizasen con los aspectos científicos pertinentes, o de la celebración de sesiones previas al juicio para delimitar los aspectos científicos que se debían tratar, del nombramiento como asesores de funcionarios judiciales con conocimientos científicos o de científicos con conocimientos legales (conf. \La medicina basada en la evidencia...\', citado supra, pág. 5).- - - - - ///21.-- "Asimismo, conforme con el artículo 5º segunda parte del Código Procesal Penal, el juez puede solicitar informes a academias, corporaciones, institutos, entidades públicas o privadas de carácter científico-técnico, cuando el dictamen requiere alta especialización (D\Albora, \Código Procesal Penal de la Nación\', pág. 249)".- - - - -

----- En tren de aportar algunas pautas que puedan ayudar a fundamentar la prueba psicológica que sirva para conformar con certeza el juicio sobre la necesidad de imponer la pena de prisión, considero oportuno señalar, para el caso, la necesidad de analizar:- - - - -

-----a) un enfoque sociobiológico de la conducta;- - - - -

-----b) el trastorno disocial del niño socializado;- - - - -

-----c) el desarrollo de la personalidad y del autoconcepto;

-----d) el desarrollo cognoscitivo, del lenguaje y de la moral, así como la capacidad de simbolización;- - - - -

-----e) la inteligencia y el rendimiento escolar, antes y después del hecho y del tratamiento;- - - - -

-----f) la influencia social y la psicogénesis delictiva: unidad, pertenencia y continuidad,
y- - - - -

-----g) la realización de nuevos tests, entre los que destaco el gestáltico visomotor o test de Bender; de matrices progresivas o de inteligencia de Raven; de relaciones objetales; de asertividad (de Rathus); de persona bajo la lluvia.- - - - -

----- Es necesario reflexionar también en la decisión final sobre la individualización de la pena, que necesita tanto del análisis de los parámetros materiales para ello como de la estructura básica del juicio indispensable para

///22.- satisfacer la garantía del debido proceso -acusación, prueba, defensa y sentencia-, puesto que son éstas las etapas esenciales del juicio, conforme lo ha dicho la Corte Suprema en Fallos 116:23 y 125:268, entre otros.-

----- Así, el proceso acusatorio exige el conocimiento del juez sobre determinada cuestión mediante la contradicción expuesta por las partes en el debate oral, que es la instancia que posibilita el ámbito para la realización de tales principios y garantías.- - - -

- - - - -

----- De tal modo, entiendo que no puede dejar de advertirse que la agregación al proceso mediante lectura del incidente de disposición de la menor imputada (prueba esencial para la determinación del punto en tratamiento -ver fs. 1144 vta.) implica una devaluación en las posibilidades de análisis y discusión de la cuestión, que debe ser evitada en la medida en que sea posible, por tratarse de "... excepciones a principios inmanentes al enjuiciamiento penal, como lo son los referidos a la publicidad, oralidad e inmediación, y como además, y fundamentalmente, se encuentra en juego la garantía constitucional de la defensa en juicio (art. 18) manifestada aquí a través del puntual derecho que la compone a confrontar la prueba..., el legislador ha sido riguroso en la admisión que reglamenta, estableciendo la imposibilidad que así suceda por fuera de las alternativas vistas (taxatividad de las excepciones), bajo sanción de nulidad de la incorporación verificada a su margen" (ver Navarro y Daray, "Código Procesal Penal de la Nación", Tº 2, pág. 1046).- - - - -

----- En concordancia con lo antes dicho, soy de la opinión

///23.- de que la sentencia sometida a recurso carece de fundamentos suficientes en orden a la resolución que adopta, por lo que debe ser anulada y reenviada al origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 110 y 369 del código adjetivo.- - -

----- La decisión a la que arribo, que tiene como consecuencia la nulidad de lo decidido

y el reenvío del expediente al origen para que -con distinta integración- continúe su trámite conforme con el derecho que se declara (art. 440 C.P.P.), me exime de tratar los recursos del Ministerio Público Fiscal y de la defensa en esta oportunidad, pues no cabe descartar que, en virtud del nuevo análisis, la sentencia pueda contemplar otra solución. De ello se colige la improcedencia de que este Cuerpo ingrese ahora en la consideración de las cuestiones propuestas a discusión, en tanto podría tratarse de pronunciamientos prematuros, atento a la exigencia de validez de la sentencia que establece la Corte Suprema en el precedente "MALDONADO", citado supra. Anoto sí, para la ulterior sentencia y para los fines de la prohibición de la reformatio in pejus, la advertencia de la impugnación del Ministerio Público Fiscal, que no es tratada por los motivos dados.- -

- - - - -

-----5.- Por las razones que anteceden, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso presentado por la señora Asesora de Menores, nulificar la sentencia de fs. 1155/1192 y vta. y el debate correspondiente y remitir el expediente al origen para que, con distinta integración, continúe con el trámite (art. 440 C.P.P.). MI VOTO.- - - - -

- El señor Juez doctor Luis A. Lutz dijo:- - - - - ///24.-- El distinguido colega preopinante ha efectuado un riguroso análisis técnico de la cuestión de autos, en que vienen con sendos recursos el Fiscal de Cámara, el defensor del imputado y la Asesora de Menores, y anticipo que comparto el criterio de tratamiento de sólo este último y el modo de resolverlo.- - - - -

----- Así, este Superior Tribunal de Justicia, al conocer en el caso, encuentra para la temática en estudio un plexo normativo cuya aplicación es ineludible, integrado de modo sustancial por las Leyes 22278 y 26061, de reciente sanción, y las restantes complementarias, en incluye los tratados y convenciones internacionales que en detalle menciona el doctor Sodero Nievas.- - - - -

----- Asimismo se advierte la existencia de precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el último de los cuales del que tengo conocimiento es el fallo "MALDONADO", citado por quien vota en primer término, que por su fuerza institucional y moral es una referencia necesaria para los tribunales inferiores de la República, entre ellos este Cuerpo.- - - - -

----- Además, puntualmente, señalo la omisión del juzgador en la valoración del informe pericial de fecha 23-09-04 (ver fs. 158 del incidente de disposición de la menor), que afecta el fallo en crisis con un componente disvalioso, lo que provoca -conforme los antecedentes normativos mencionados- la anulación de la sentencia con un nuevo

debate a cargo del mismo tribunal, con distinta integración, en lo que coincido con el ponente.- - - - -

----- Por cierto, este pronunciamiento ha de entenderse e

///25.- interpretarse en los exactos términos de los límites del plexo normativo y la doctrina de la Corte Suprema, sin que haya margen para disquisiciones, ante la inexistencia de argumentos nuevos respecto de los considerados en "MALDONADO", por lo que no hay razón para oponerse a lo ahí decidido.- - - - -

- - - -

----- Hago esta salvedad ya que estamos en tiempos en que las sentencias de los jueces suelen difundirse por los medios de comunicación cada vez con mayor frecuencia y amplitud, pero no siempre reflejan el exacto contenido jurídico del fallo del juzgador, por razones de interés o falta de formación técnica del intérprete, etc., lo que tiene como consecuencia no querida una desinformación de la sociedad destinataria de la publicidad de los actos jurisdiccionales.- - - - -

----- Ello así aun más en un hecho de tamaño trascendencia: un acto violento que costó una vida, en el que -en la hipótesis de la acusación- se encuentra involucrada una menor y otros dos protagonistas agresores que permanecen sin identificar, con el consecuente influjo en el ánimo y la voluntad de la gente frente al ataque al máximo bien jurídico protegido por el Código Penal, el derecho a la vida.- - - - -

- - -

----- Asimismo, motiva esta reflexión la difícil interacción que los efectos de dicho plexo normativo y la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional en "MALDONADO" traen aparejada a la aplicación del régimen penal de los menores, en tiempos en que también importantes sectores de la sociedad intentan preservar y defender ciertos valores, bienes o intereses

///26.- propiciando el agravamiento de las sanciones a los infractores, teniendo en cuenta la misma cotidiana realidad en la que se aprecia que cada vez son más los menores utilizados por los mayores de edad para la comisión de delitos, aspectos de los cuales el Superior Tribunal no puede desentenderse y de lo que se encuentra suficiente y acabadamente advertido. Es en este marco que los jueces somos los llamados a interpretar y aplicar con responsabilidad y objetividad los textos normativos sancionados por el legislador.- - - - -

----- En resumen, por los fundamentos dados por el doctor Sodero Nieves y las restantes consideraciones que agrego, adhiero al primer voto y propongo anular la sentencia de fs.

1155/1192 y vta. y el debate correspondiente y reenviar el expediente en los términos antedichos para que se continúe el trámite (art. 440 C.P.P.). MI VOTO.- - - - -

El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - -

----- Atento a la coincidencia manifestada por los señores Jueces que me preceden en orden de votación, me abstengo de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a

----- fs. 1198/1202 y vta. de las presentes actuaciones por la señora Asesora de Menores doctora Mónica Belenguer.- Segundo: Anular la sentencia de la Cámara Tercera en lo

----- Criminal de General Roca obrante a fs. 1155/1192 y vta. y el debate precedente, y reenviar la causa al origen

///27.- para que, con distinta integración, continúe la tramitación de la causa.- - - - -

- - - - - Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver.-

ANTE MÍ: GUSTAVO GUERRA LABAYÉN - SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 9

SENTENCIA: 190

FOLIOS: 1824/1850

SECRETARÍA: 2

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA