

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 25122/11 STJ

SENTENCIA Nº: 134

PROCESADO: M. P.A.

DELITO: HOMICIDIO AGRAVADO POR LA UTILIZACIÓN DE UN ARMA DE FUEGO

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN (INCIDENTE LEY 22278)

VOCES:

FECHA: 26/09/11

FIRMANTES: BALLADINI – SODERO NIEVAS – BUSTAMANTE
(SUBROGANTE) EN ABSTENCIÓN

//MA, de septiembre de 2011.

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “Incidente art. 4º Ley 22278 respecto de M., P.A. s/Casación” (Expte.Nº 25122/11 STJ), puestas a despacho para resolver, y - -

----- CONSIDERANDO:-----

----- Que la deliberación previa a la resolución (cuya constancia obra a fs. 270) ha concluido con el acuerdo de los señores Jueces que se transcribe a continuación.- - - El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - -

-----1.- Antecedentes del caso:-----

-----1.1.- Mediante Sentencia Nº 10, dictada el 5 de mayo de 2010, la Cámara Segunda en lo Criminal de Cipolletti resolvió –en lo pertinente- declarar la responsabilidad de P.A.M. como partícipe primario y penalmente responsable del delito de homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego (arts. 41 bis, 45 y 79 C.P., y 1, 2, 3 y 4 Ley 22278), y le difirió la imposición de pena hasta que cumpliera los 18 años.- - - -

----- Asimismo, declaró la responsabilidad de J.J.P. como autor material del mismo delito y le impuso la pena de diez años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas. La situación de este joven es objeto de análisis en otro expediente que se encuentra actualmente en trámite ante este Cuerpo (Expte.Nº 24663/10 STJ).-----

-----1.2.- Contra lo decidido, el letrado particular doctor Juan Manuel Kees presentó recurso de casación en representación del joven M.. Iguales remedios

///2.- interpusieron la señora Defensora Oficial doctora Verónica Rodríguez y la señora Defensora de Menores e Incapaces doctora Susana Alicia Merino a favor de J.J.P. - - - -

-----1.3.- El a quo, mediante Auto N° 96/10, concedió tales remedios y elevó la causa a este Cuerpo, que decidió –por mayoría- anular el referido auto interlocutorio y devolver el expediente al origen para que, con la misma integración, dictara nuevo pronunciamiento acorde a derecho (conf. A.I. N° 27/10, del 04/10/10, cuya copia obra a fs. 119/122).- -

-----1.5.- Una vez que la causa se encontraba nuevamente en el tribunal de origen, antes de que este se expidiera según lo ordenado, el señor Fiscal de Cámara subrogante doctor Ricardo A. Maggi presentó un escrito en el que le solicita -en virtud de que dicho tribunal había recuperado la jurisdicción- la realización de la audiencia para resolver la imposición de pena a M., por haberse cumplido el año de tratamiento tutelar a su respecto y ser el nombrado mayor de edad (conf. art. 4 Ley 22278).- - - - -

-----1.5.- El 25 de noviembre de 2010, mediante el Auto Interlocutorio N° 230/10, la Cámara resolvió diferir el tratamiento del recurso de casación presentado por el doctor Juan Kees hasta la realización de la audiencia donde se resolvería si correspondía o no imponerle pena a M., cuya fecha se fijó para el día 21 de diciembre de 2010, y ordenar los informes pertinentes.- - - - -

----- Además, declaró admisibles los recursos de casación interpuestos por las señoras Defensoras -Penal y de Menores- respecto de P., cuyo trámite prosiguió en el aludido

///3.- Expediente N° 24663/10 STJ.- - - - -

-----1.6.- Luego de llevarse a cabo la audiencia referida, el 27 de diciembre de 2010 la Cámara resolvió imponerle a P.A.M. la pena de diez años y ocho meses de prisión por su participación primaria en el delito de homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego (arts. 41 bis, 45, 79 C.P. y 4 Ley 22278).- - - - -

-----1.7.- Dicha decisión fue recurrida en casación por el letrado particular del joven y por la señora Defensora de Menores e Incapaces doctora Susana Alicia Merino.- - - - -

-----1.8.- En fecha 21 de febrero de 2011 la Cámara de origen declaró formalmente admisibles ambos recursos, así como también aquel que había interpuesto el doctor Kees contra la sentencia que había declarado la responsabilidad penal de su defendido.- - - - -

-----2.- Agravios esgrimidos por la defensa en la presentación recursiva interpuesta

contra la declaración de responsabilidad de M.: - - - - -

----- En primer lugar, el doctor Juan Kees plantea la arbitraria valoración de la prueba, por considerar que el juzgador desechó sin fundamentos la que era favorable a la defensa y le atribuyó valor convictivo a los testigos de cargo. Así, cuestiona la ponderación de algunos aspectos, concretamente lo relativo al golpe que habría dado la víctima a su defendido, a que este habría afirmado “tirale, tirale” al otro joven coimputado, a la demostración respecto a la portación del arma homicida, a la acelerada de la moto que habría facilitado el disparo, a la conducta posterior al hecho y su vinculación con el dolo y a la prueba de este

///4.- último.- - - - -

----- Como segundo agravio plantea la violación del principio de congruencia y la consecuente afectación al derecho de defensa, en alusión a determinadas frases y conductas atribuidas a su defendido recién a partir del alegato del Fiscal en la audiencia de debate.- - - - -

----- Por último, entiende que la sentencia cuestionada aplica erróneamente la ley sustantiva, por cuanto considera que no resultaba aplicable al caso el art. 41 bis del Código Penal, norma que debe reservarse para los delitos de pura actividad.- - - - -

----- Finalmente, efectúa la reserva del caso federal.- - -

-----3.- Argumentos del recurso de casación interpuesto por la señora Defensora de Menores contra la imposición de pena al joven M.: - - - - -

----- La Defensora de Menores sostiene que el motivo fundante de su recurso es que la Cámara no aplicó el principio de retroactividad de la ley más benigna previsto en el art. 2 del Código Penal, que posee jerarquía constitucional luego de la reforma de 1994 en virtud de lo establecido en los arts. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.- - - - -

----- Menciona además que, según el principio republicano de división de poderes, los jueces juran respetar la Constitución antes que los códigos.- - - - -

----- En tal sentido, alega que el a quo consideró que el planteo respecto de la ley más benigna no estaba fundado,

///5.- sin advertir que lo que debe evaluar al momento de imponer pena o no a M. es el tratamiento tutelar, el cual a su entender no ha finalizado, por lo que considera que no resulta oportuna su evaluación en ese momento.- - - -

----- Sostiene que la Cámara reconoce que el tratamiento es bueno y lo favorece, que de los informes de los profesionales que asisten al joven surge la evolución favorable que ha tenido, y además que aquel no ha terminado, por lo que todavía no puede evaluarse si cumplió su finalidad de rehabilitación y reinserción social.- - - - -

----- Considera que se ha vulnerado el principio de retroactividad de la ley penal más benigna al no haber prorrogado el tratamiento “hasta la mayoría de edad”, según lo establece la Ley 22278 en su art. 4 inc. 3, y argumenta que no es posible evaluar en abstracto cuál es la ley más benigna, sino que ello debe resolverse en cada caso concreto.- - - - -

----- Así, entiende que el hecho de autos fue cometido cuando M. contaba con 16 años, por lo que considera de aplicación la Ley 22278 y el art. 126 del Código Civil sin la reforma de la Ley 26579, es decir, cuando dicho artículo establecía que la mayoría de edad se adquiría a los 21 años.- - - - -

----- Aduce también que solo deberá imponerse pena una vez finalizado el tratamiento tuitivo y cuando ello sea inevitable, con fundamento en la falta de resocialización y rehabilitación.- - - - -

----- Afirma luego que la sentencia no está motivada, por no haber valorado la evolución favorable de M., y

///6.- menciona sus logros (esmero en modificar actitudes negativas, aceptación de errores, compromiso, buen rendimiento escolar, sostenimiento de su tratamiento psicoterapéutico, etc.).- - - - -

----- Por el contrario, continúa, la sentencia está viciada de nulidad porque la pena impuesta se basó en un tratamiento tutelar que no ha terminado y en la discrepancia con la opinión de los especialistas que asisten al joven.- - - - -

----- Refiere que la incorporación del imputado al sistema carcelario significaría abandonar todo criterio de utilidad y resocialización, además de optar por una concepción retributiva que lo llevará al aislamiento, la estigmatización y el alejamiento de su familia. En el punto, alude asimismo a la crisis del sistema carcelario.- - - - -

----- Afirma que la imposición de penas a menores es la última ratio, con apoyo de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallo “MALDONADO”) y de lo dictaminado al respecto por la señora Defensora General en otro expediente.- - - - -

----- Por todo lo expuesto, solicita que se anule la sentencia o bien que se case tal decisión y se le imponga al joven M. el mínimo de la pena prevista para el partícipe

necesario del delito de homicidio calificado por la utilización de arma de fuego en grado de tentativa (conf. art. 4 Ley 22278), y efectúa la reserva del caso federal.- -

-----4.- Planteos contenidos del recurso de casación de la Defensa respecto de la imposición de pena:- - - - -

----- El señor defensor alega que la sentencia que impugna tiene una motivación contradictoria, lo que la descalifica

///7.- como acto jurisdiccional válido, por cuanto de sus fundamentos “no es posible advertir de qué modo los jueces valoran el tratamiento tutelar, pues a la vez que afirman que ha sido positivo y se encuentra agotado, insisten en [que su] defendido necesita 10 años y ocho meses de tratamiento” (fs. 242).- - - - -

----- Cuestiona que se le haya dado a la supuesta falta de arrepentimiento un rol protagónico, por entender que se la ha considerado la prueba irrefutable de la falta de rehabilitación y readaptación.- - - - -

----- Se agravia además por la vulneración del derecho de defensa, porque “una confesión y consecuente arrepentimiento esperados por el tribunal tácitamente exige a la defensa el desistimiento del recurso de casación interpuesto contra la sentencia que declara la responsabilidad”, problema que a su entender “podría superarse si el Estado hubiera regulado adecuadamente el proceso penal disponiendo una real cesura del juicio, y no esta parodia de cesura en la que discutimos la imposición de pena antes de que se trate el recurso contra la declaración de responsabilidad” (fs. 244).- - - -

----- Por otra parte, alega que la pena impuesta carece de una justificación suficiente y que la Cámara no explica por qué no resultaba aplicable la escala de la tentativa, máxime frente a los logros obtenidos por su asistido durante su internación.- - - - -

----- Agrega que las únicas razones que pueden justificar la continuidad del tratamiento son de prevención especial positiva, que debe tenerse en cuenta el interés superior del niño y que la pena debe tender a su recuperación.- - - - -

///8.-Asimismo, estima que el distanciamiento de su familia que se le ha impuesto al joven constituye un agravamiento de sus condiciones de detención, que se ha prolongado por más de dos años.- - - - -

----- Como conclusión, efectúa la reserva de la cuestión federal y solicita que se revoque la sentencia impugnada, se disponga la absolucióndel joven o –subsidiariamente- la reducción de la pena según la escala de la tentativa.- - - -

-----5.- Hechos reprochados:- - - - -

----- Se le reprocha a P.A.M. –y al coimputado J.J.P., cuando ambos tenían 16 años de edad-, la comisión del hecho que en el requerimiento de elevación a juicio ha sido descrito de la siguiente manera: “Ocurrido en la localidad de Cipolletti (R.N.), en fecha 29 de diciembre de 2008, siendo aproximadamente 16:50 hs. en las inmediaciones de calles Scalabrini Ortiz y Julio de Caro de esta localidad, oportunidad en que los encartados J.P. y P.A.M. iban a bordo de una motocicleta marca Kawasaki, modelo KLR, color verde, con asiento violeta, motor N° 0249L y guardabarros color violeta, conducida por este último. Motivado por un altercado previo con los ocupantes de otra motocicleta, David y Claudio Oliva, M. se acercó y colocó en lugar, posición y distancia adecuada su vehículo para facilitar que su acompañante, J.P., con el arma calibre 22 que portaba M. y al tiempo que le manifestaba ‘tirale, tirale’, aquel le efectuó un disparo a David Oliva. El proyectil disparado a la víctima le ingresó por el mentón, le lesionó la faringe y seccionó la arteria

///9.- del cuello del lado contrario provocándole un sangrado interno que le produjo la muerte, dándose a la fuga ambos imputados en la motocicleta de mención” (conf. requisitoria de fs. 332/339, citada en la sentencia a fs. 473/474, cuya copia luce a fs. 33/34 del presente legajo).-

-----6.- Tratamiento del recurso contra la declaración de responsabilidad del joven M.. Agravios relativos a la valoración de las constancias probatorias que acreditan la existencia del hecho y su participación:-----

-----6.1.- En líneas generales, cabe destacar que las críticas que esboza la defensa respecto de la ponderación de la prueba ya habían sido planteadas durante el debate y contestadas una por una por la Cámara en la sentencia, por lo que, en definitiva, tales agravios resultan ser una nueva edición de los oportunamente planteados, sin que el recurrente logre refutar la argumentación desarrollada por el juzgador a su respecto.- -

-----6.2.- Así, en cuanto al supuesto golpe que le habría proferido la víctima a M. en la boca, que según éste le ocasionó un sangrado, al analizar sus dichos en contraste con el resto de la prueba la Cámara sostuvo que “[I]a segunda mentira es que Oliva le pegó y lo hizo sangrar, el certificado médico expedido por el Sr. Médico Forense a fs. 74 no constata ningún tipo de lesión como la sostenida por M. y, el propio P. dice que le tiró un palmetazo que no alcanzó a pegárselo” (fs. 500, que obra a fotocopiada a fs. 60), ante cuya contundencia nada dice el recurrente que logre demostrar su postura contraria, ni la sustenta en alguna constancia de la causa.-----

///10.--6.3.- También mencionó el juzgador, entre las demás mentiras que esgrimió el imputado, que la tercera es “que no dijo ‘tirale, tirale’, esta frase fue sostenida por P. y por Pincheira, quienes expresaron que precedió al disparo” (ídem), expresión sobre la cual agregó luego que “[l]a frase ‘tirale, tirale’ fue aportada por el testigo Pincheira en su declaración de fs. 269/273, efectuada el mismo día que la indagatoria de su pupilo M., a fuerza de observar dicha declaración también agrega la frase ‘querés que te limpiemos’ expresada por M. momentos antes del ‘tirale, tirale’” (fs. 503 de la sentencia, fotocopiada a fs. 63).- - - - -

----- Ante ello, la defensa sostiene que M. no habría proferido tales dichos porque el hermano de la víctima dijo no recordar haberlos escuchado y porque otro de los jóvenes que iba en la otra moto –Olate- tampoco la escuchó, aunque aclaró que había ruido de motos. Se observa entonces que los testigos no afirmaron que M. no dijo nada, sino que no escucharon –por el ruido de las motos- o no recordaron al respecto, por lo que sus dichos no son útiles para desvirtuar lo que sí escucharon Pincheira y P.- - - -

----- En consecuencia, la crítica aquí reeditada no logra desvirtuar la logicidad de la sentencia en este punto, por lo que solo constituye una diversa opinión sobre cómo habrían podido acontecer los hechos, sin sustento probatorio.- - - - -

-----6.4.- Por otra parte, el recurrente pretende generar confusión al sostener que la Cámara no demostró quién portaba el arma, pues en realidad la sentencia afirma que

///11.- M. era quien lo hacía, más allá de establecer que no existe certeza respecto de dónde estaba antes del disparo (si en su cintura o entre las remeras que llevaban entre ellos ambos jóvenes, etc).- - - - -

----- Así, al analizar el agravio acerca de la violación del principio de congruencia, tema sobre el que luego me detendré, el a quo había afirmado que ya en la indagatoria se le había reprochado a M. la portación de un arma de fuego, y agregó también que “[e]l que facilita un arma, como decía el hecho endilgado en la indagatoria, necesariamente porta el arma que facilita, es una cuestión de hecho prácticamente indiscutible, nadie puede facilitar una cosa que no tiene” (fs. 503 de la sentencia, fotocopiada a fs. 63). Posteriormente, luego de comprobar que ambos coimputados le endilgaban la portación al otro, el sentenciante analiza extensamente todas las versiones acerca del lugar de donde habría salido el arma según los diversos testimonios y sostiene que “[e]sta contradicción respecto del arma, la zanja el testigo Pincheira que dice que P. sacó el arma de la cintura de M., en el debate hizo el gesto como que sacó el arma de la parte

delantera de la cintura de M., tengo que sopesar que Pincheira, quien iba en la otra moto con Olate estaba a unos diez o quince metros de las otras motos, después se acercan más, desde su posición no puede advertir con precisión de dónde tomó el arma P.” (fs. 511, en copia a fs. 71), es decir que la Cámara pondera que P. extrajo el arma de la cintura de M. a partir del testimonio de Pincheira, aunque no se pueda saber con exactitud si fue de la parte delantera o

///12.- trasera.- - - - -

-----6.5.- Otro de los aspectos que cuestiona la defensa es que M. no habría acelerado para facilitarle a P. efectuar el disparo, sino para continuar la pelea, con citas parciales de los argumentos vertidos por la Cámara.- - - - -

----- Al respecto es dable aclarar que el recurrente desconoce las constancias probatorias del expediente valoradas por el a quo, tales como aquellas que permiten comprobar que al acelerar la moto le dijo a P. “tirale, tirale”, lo cual demuestra que su ánimo en ese momento no era bajarse a pelear, como pretende el defensor.- - - - -

----- Al respecto, el juzgador sostuvo, entre otras consideraciones, que “... las pruebas producidas en el debate van arrojando luz sobre el hecho investigado, así surgió que M. acelera la moto para facilitar que P. dispare, hay una directa correlación en dicha acción y el resultado causado por P., también aclara cual fue la maniobra por la cual colocó en lugar, posición y distancia adecuada su vehículo para facilitar el disparo de P.. [...] justamente acelerando la motocicleta se logra ponerla en posición como dice la requisitoria y M. declaró que aceleró la moto” (fs. 507/508, fotocopiada a fs. 67/68), por lo que no logra demostrar el recurrente que la aceleración de la motocicleta haya tenido otra finalidad que la aludida, ni ello surge de las constancias de la causa.- - - - -

-----6.6.- En cuanto a la ponderación de la conducta de M. posterior al hecho, cabe aclarar que la Cámara no la tuvo en cuenta para tener por configurado el dolo de homicidio, como pretende el recurrente, que agrega con razón

///13.- que dicho elemento debe ser demostrado al tiempo en el que se despliega la acción reprochada, sino que fue ponderada como un indicio más que permitió tener por configurada la participación del joven en el hecho. Ese es el correcto alcance de la argumentación del a quo cuando estableció que “[l]a conducta posterior de M. es demostrativa de su intención, se encamina a su casa, ni siquiera se detuvo para ver lo que ocurrió, dice que no vio el resultado el disparo, pero lo escucha y huye a su casa, si realmente estuviera inmerso en un hecho de un tercero al que fuera totalmente ajeno habría tenido otra actitud, por lo menos observar lo que había pasado. Nada de ello hizo,

se fue a su casa, le dijo a P. que se encargue del arma y de la moto, de la moto de su padre que usaba con permiso o por ahí se la sacaba sin permiso. No había hecho nada malo y pretendía que P. hiciera desaparecer la moto del padre...” (fs. 501/502, cuyas copias lucen a fs. 61/62).- - -

-----6.7.- Otro de los planteos defensistas es que no se ha probado el dolo de participación en un homicidio en cabeza de su asistido.- - - - -

----- La crítica ya había sido contestada acertadamente por la Cámara, al concluir que la intervención del joven era a título de partícipe y no de autor, dado que “M. manejaba la motocicleta mientras portaba un arma calibre 22 en condiciones de ser utilizada, buscó un problema con David Oliva sin ningún sentido, ante la reacción de éste no dudó en amenazarlo con la frase ‘querés que te limpiemos’, frase que tiene una evidente connotación de amenaza de muerte, cuando Oliva le tiró una trompada no dudó en su intención

///14.- criminal, al grito de ‘tirale, tirale’, aceleró la moto para colocar a P. que iba junto con él, en posición de tiro hacia Oliva. Encuentro adecuado el término facilitar que expresa el Sr. Fiscal de Cámara, por cuanto su acepción es ‘proporcionar o entregar’ o, ‘hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin’, porque con su maniobra de acelerar permitió enfrentar a P. con Daniel Oliva. P., que aceptó ejecutar la acción referida, tomó la pistola y disparó. Las observaciones manifestadas por la defensa de M. en el sentido que ‘tirale, tirale’, puede tener distintas acepciones como asustarlo o tirale al aire, o cualquier otra imaginable, se desdibuja ante la situación descripta. Un instante antes le dijo ‘querés que te limpiemos’, lleva un arma cargada en la cintura, su acompañante conoce perfectamente la existencia del arma, le tiraron una trompada pese a su amenaza, seguramente sintió miedo y la cobardía ante la situación que él mismo originó lo lleva a decirle a P. ‘tirale, tirale’ mientras acelera la moto para asegurar el disparo de P.. Le facilitó doblemente la acción de tirar a P., una con el arma que llevaba y dos colocando la moto en posición para tirarle” (fs. 511/512 de la sentencia, fotocopiadas a fs. 71/72).- - - - -

----- Ante la contundencia de dicha argumentación, las críticas recursivas aparecen infundadas, además de ser una nueva edición de planteos ya introducidos y contestados por el juzgador.- - - - -

-----7.- Sin perjuicio de lo ya apuntado respecto de cada planteo, cabe consignar que varios de ellos introducen

///15.- cuestionamientos sobre la impresión de mayor o menor sinceridad y/o

autenticidad de las declaraciones brindadas en el debate tanto por los testigos como por los imputados, por ejemplo, respecto de aquellos aspectos sobre los cuales la Cámara consideró que M. había sido mendaz y la razón por la cual asignó mayor credibilidad a la versión del joven coimputado (cuando en otros tramos de su declaración lo había considerado mendaz), o bien desechó ambas versiones dándoles preeminencia a los dichos de los demás testigos (v. gr. Pincheira).- - - - -

----- Al respecto, es dable aclarar que se trata de aspectos que dependen de la inmediación del debate oral, por lo que su ponderación solo es facultad del juzgador. Sobre el particular, cabe recordar que “\... el crédito que el a quo dio a los testigos de acuerdo con lo que surgió directa y únicamente de la inmediación en la audiencia de debate es incontrolable en casación, lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, es decir, a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, que debe apreciarse en cada caso\’ (conf. CSJN in re \’CASAL\’, considerando 24; ver STJRNSP in re \’GIMENEZ\’ Se. 137/08 del 07 10 08; entre muchas otras)” (conf. Se. 6/09 y 154/10 STJRNSP).- - - - -

-----8.- La alegada violación al principio de congruencia:-

----- Como ya he mencionado, el segundo agravio recursivo consiste en la alegada violación del principio de congruencia y la consecuente afectación del derecho de

///16.- defensa, en alusión a determinadas frases y conductas atribuidas a M. supuestamente recién a partir del alegato del Fiscal en la audiencia de debate.- -

----- Adelanto que el punto fue debida y extensamente tratado por la Cámara en la sentencia, que descartó las críticas defensasistas con argumentos que no han sido refutados en la presentación recursiva sub exámine. Así, desde fs. 62 a fs. 69 –que se corresponden con fs. 502/509 de la sentencia-, el tribunal reseñó cada crítica y se ocupó de contestarla, con argumentos cuya arbitrariedad no logra demostrar el recurrente, así como tampoco esgrime una crítica concreta y razonada de los fundamentos allí vertidos, los cuales comparto en su totalidad, por lo que a ellos remito (conf. Se. 27/09 STJRNSP).- - - - -

----- En tal oportunidad, luego de un exhaustivo análisis, el juzgador concluyó que “[p]ese al denodado esfuerzo de la defensa de M. no se advierte la violación al principio de congruencia, sino la progresividad de distintas etapas del proceso, el derecho de defensa estuvo asegurado en todo momento, el Dr. Kess asistió y participó de los

hechos que estigmatiza, no menciona qué defensa se impidió, su defendido amplió la indagatoria después del testimonio de Pincheira, no hay sorpresa alguna en la acusación del Sr. Fiscal por cuanto el hecho se mantiene en todos sus aspectos importantes y sobresalientes respecto a la defensa” (conf. fs. 508 de la sentencia –fs. 68 del presente-), y también descartó la aplicación al caso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación invocada por la defensa –fallo “ZURITA”-, trayendo a colación precedentes de

///17.- este Cuerpo respecto del principio de congruencia.-

-----9.- La cuestionada aplicación al caso del art. 41 bis del Código Penal. Doctrina legal:- - - - -

----- El último agravio defensorista consiste en no considerar aplicable al caso el art. 41 bis del Código Penal, norma que –a criterio del recurrente- debe reservarse para los delitos de pura actividad.- - - - -

----- Sin perjuicio de que el juzgador descartó el planteo por entender que los argumentos de la defensa no eran suficientes para conmovir la vigencia de la norma de referencia, es dable advertir además que la crítica es contraria a la doctrina legal de este Cuerpo, por lo que debe ser desestimada.- - - - -

----- Tiene dicho desde hace años este Superior Tribunal que “[d]ado que el delito de homicidio -art. 79 C.P.- no tiene como elemento constitutivo su comisión con arma de fuego y habiéndose comprobado dicha circunstancia en el caso analizado, contrariamente a lo dicho por el señor defensor, corresponde la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal (en idéntico sentido ver in re ‘MUÑOZ’, (STJRNSP Se. 45/02 del 13 05 02) y ‘GONZALEZ’ (STJRNSP Se. 104/02 del 18 09 02)” (conf. Se. 40/06 STJRNSP).- - - - -

----- También se ha afirmado que “\’a diferencia de lo que ocurre con las pautas previstas en el art. 41, en las que la consideración del arma de fuego como criterio de determinación de la pena sólo puede influir en su graduación dentro de los márgenes de la escala penal prevista para la figura delictiva y en la medida en que el intérprete

///18.- considere su utilización en el caso concreto como una agravante, en el art. 41 bis se determina el carácter desfavorable de dicha circunstancia, y se establece como criterio agravante no ya de la pena dentro de la escala penal sino de la escala misma. [...] De este modo, y así lo ha entendido la jurisprudencia, «al instituir una escala penal más gravosa para los supuestos en que medien las circunstancias aludidas [en el art. 41 bis del CP], la ley traslada aquello que tradicionalmente se había considerando

ponderable como pauta aumentativa por el mayor contenido de injusto –en orden a la naturaleza de los medios empleados a que alude el art. 41 para la determinación de la pena- al nivel típico al que incorpora aquella circunstancia como elemento objetivo, operando entonces como una calificante genérica que incorpora a la ley de fondo figuras agravadas respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las referidas modalidades». [...] La utilización del arma de fuego debe ser violenta o intimidante. El término violencia es utilizado en diferentes artículos del código como sinónimo de violencia física [...] y también de violencia moral [...] y, en este sentido, como comprensivo de la intimidación\ (D\Alessio, ob. cit. [Código Penal. Parte General, La Ley, 2005], págs. 442/443)” (conf. Se. 190/08 STJRNSP).- - - - -

----- Asimismo, cabe recordar que “debe desestimarse el planteo de inconstitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal, en cuanto incrementa la pena cuando el delito ha sido cometido con violencia contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, pues es \función del legislador

///19.- articular grandes lineamientos de la política criminal adecuadas a la defensa de esos valores esenciales y es, en esa inteligencia, que la disposición emanada de los representantes del pueblo y de las provincias por la cual se sanciona una agravante adicional, según el modo de comisión de un delito por demás grave como es el homicidio, no vulnera el delicado balanceo normativo con el que se construye el estado de derecho, puesto que lo que el legislador ha consagrado con la introducción de aquélla en el elenco normativo es la posibilidad que se le brinda al juzgador de elevar la latitud de la reacción penal cuando el sujeto aumenta su poder ofensivo mediante el empleo de un arma de fuego (C.N.C.P., sala II, Ruiz Díaz...)\ (conf. voto del Dr. Báez, en TCrimMorón N° 1, del 09 09 09, in re \GALVAN\, en LL Sup. Penal 2009 –diciembre , con nota de Guido J. Aguirre)” (Se. 59/10 STJRNSP).- - - - -

-----10.- Tratamiento de los agravios expuestos por la señora Defensora de Menores:- - - - -

-----10.1.- En síntesis, la señora Defensora de Menores cuestiona que la Cámara haya impuesto pena a M. cuando a su entender debió prorrogar el tratamiento tutelar, para lo cual considera aplicable –por entenderla más benigna- la mayoría de edad anterior a la reforma operada por la Ley 26579.- - - - -

----- Al respecto, considero necesario destacar, en primer lugar, que la recurrente no refuta en el recurso los sólidos argumentos dados por la Cámara al desestimar este

planteo en la propia sentencia impugnada. Dicho tribunal, en definitiva, rechazó la crítica por considerarla infundada y

///20.- conjetural, lo que la tornaba abstracta.- - - - -

----- En efecto, al tratar la primera cuestión –relativa justamente a si correspondía diferir la resolución hasta que M. cumpliera 21 años-, el juzgador sostuvo: “La Sra. Defensora de Menores argumenta, siguiendo su postura respecto a P., que debe diferirse la imposición -o no- hasta los 21 años en virtud del artículo 126 del Código Civil con la redacción anterior a la última reforma que efectuara la ley 26579. Su fundamento es que esta sería la ley penal más benigna y debe aplicarse atento a que cuando M. cometió el hecho que ya fue juzgado, regía el art. 126 C.C., como la reforma de la ley 26579 es posterior al hecho no debe aplicarse.- - - - -

----- “La posición de la Sra. Defensora no hace referencia al sentido de la benignidad de la ley, a menos que estime que el transcurso del tiempo pueda mejorar la posición de M.. Ello implicaría, necesariamente, estimar que hoy correspondería aplicar pena, entonces pretende prorrogar la resolución a la espera de otro resultado. Es decir, que el diferimiento que solicita parte de una estimación que forma parte de la futurología o de una apreciación personal de la Sra. Defensora de Menores. Digo esto porque el tratamiento tutelar de M. es bueno y lo favorece, después lo analizaré detalladamente, pero es innegable, tal como lo sostuvo el Sr. Fiscal de Cámara, que el tratamiento tuvo una respuesta más que favorable por parte de P.M.. Por tanto me queda la total duda de cuál sería el beneficio aducido y la benignidad legal argumentada.- - - - -

----- “[...] En este punto intentaré ser todo lo claro que el

///21.- tema requiere. El art. 4 de la ley 22278 dice: \La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2 estará supeditada a los siguientes requisitos:- -

----- “Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las leyes procesales.- - - - -

----- “Que haya cumplido dieciocho años de edad.- - - - -

----- “Que haya sido sometido a un tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad... \'- - - - -

----- “La ley impide aplicar sanción penal al menor que no hubiera cumplido aún 18 años, este requisito no tiene ninguna relación con la mayoría de edad, cuando la ley previó los 18 años como condición sine qua non para aplicar pena aún no regía la ley 26579 y la mayoría de edad se obtenía a los 21 años de acuerdo con el Código Civil reformado por la ley 17711 del año 1968. El mismo artículo 4 in fine permitía absolver

al menor prescindiendo del requisito del inciso 2, es decir, antes que cumpliera los 18 años.-----

----- “El inciso 3 no establece la prórroga del tratamiento tutelar hasta los 21 años como lo sostiene la Sra. Defensora de Menores. En primer término fija el tratamiento tutelar en un período no inferior de un año y, autoriza que se prorrogue en caso necesario hasta la mayoría de edad.-----

----- “Cuál es esa mayoría de edad es una cuestión de interpretación judicial que deberá tener en cuenta la ley más beneficiosa para el menor, pero nada puede decirse en abstracto, ya que muchos menores pretenderán una respuesta

///22.- rápida y tendrán confianza en su comportamiento durante el tratamiento tutelar, en su sincero arrepentimiento por el hecho cometido, en que su historia de vida será tomada en cuenta por los jueces y esperarán confiados la absolución más rápida posible. Si a esos menores les dijéramos que la interpretación más benigna implica que en vez de irse con una absolución a los 18 años deben esperar llegar a los 21 no entenderían el término más benigna, tampoco entenderían que la Sra. Defensora de Menores es la funcionaria encargada de velar por sus intereses, realmente no entenderían nada de nada.-----

----- “Por el contrario, otros menores podrán pensar que si los jueces hubieran esperado a que cumplieran 21 años quizás su conducta hubiera mejorado con la consecuencia de obtener o bien una absolución o una pena reducida en la forma prevista para la tentativa.-----

----- “Todo este tema forma parte de suposiciones y la aplicación de la ley más benigna es totalmente concreta, y lo concreto es que la ley 22278 impone dos requisitos para la imposición de pena a un menor. Uno que cuente con 18 años cumplidos, dos que haya recibido tratamiento tutelar por un periodo no inferior a un año. Cuando habla de prorrogar el tratamiento en caso necesario hasta la mayoría de edad lo hacía en consideración al art. 126 C.C. anterior a la reforma introducida por la ley 26579, y ante aquellos casos que el tratamiento presentara matices que hicieran necesaria dicha prórroga a la espera de obtener una mejoría en dicho tratamiento. Ese era el sentido de la ley al prorrogar el tratamiento, ese era el beneficio que podía obtenerse en los

///23.- casos de tratamientos que no demostraran cambio positivo alguno en el menor.-----

----- “Insisto en esto porque entiendo que no fue planteado por la Sra. Defensora de Menores ni en el caso de P., por ello se declaró abstracto, ni en el de M.. En ningún caso

se argumenta en que consiste la benignidad del art. 126 C.C. anterior a la reforma de la ley 26579, sólo se afirma que es ley más benigna sin ninguna indicación al caso en estudio.-----

----- “De acuerdo a los fundamentos expuestos por la Sra. Defensora de Menores podríamos tener dos supuestos absurdos; si aplicásemos pena a M. a través de esta resolución se agraviaría la Sra. Defensora de Menores diciendo: si hubiesen esperado a los 21 años lo hubieran absuelto porque el tratamiento hubiera demostrado la innecesariedad de sanción alguna, pura futurología como sostuve precedentemente. El otro absurdo sería que si la presente resolución difiriese la imposición o no de pena hasta los 21 años y M. tirara por la borda todos sus avances, se fugara o cometiera otro ilícito en el Instituto Luis Agote, el Dr. Kees se agraviaría diciendo: si el tribunal no hubiera diferido la resolución, cosa que no solicité por entender que el tratamiento se encuentra agotado, hubieran absuelto a M. en virtud de los aspectos positivos que presentaba el tratamiento tutelar o, bien hubieran aplicado una pena reducida como para la tentativa como lo solicité en subsidio.-----

----- “Todo esto no es más que un absurdo, todo son suposiciones, esperanzas o desesperanzas, pero no hay nada

//24.- concreto. Diferir hasta los 21 años esta resolución parte de una postura dogmática que nada tiene de benignidad para el imputado. Digo dogmática porque si bien el art. 4 de la ley 22278 permite la prórroga del tratamiento hasta la mayoría de edad, la ley no dice 21 años como sostiene la Sra. Defensora de Menores, dice hasta la mayoría de edad. También es real que cuando ocurrió el lamentable hecho que originó esta causa se llegaba a la mayoría de edad a los 21 años, y desde la vigencia de la ley 26579 se obtiene la mayoría de edad a los 18 años. Más allá de todas estas realidades dogmáticas, no advierto cuál es la razón, la concreta razón, para que afirme la Sra. Defensora de Menores que la ley 17711 es más benigna que la 26579. La Funcionaria no menciona ninguna razón y realmente no la advierto, solamente afirma que será más beneficioso continuar el tratamiento, no dice con el tratamiento actual debe imponerse pena pero si lo continuamos ocurrirá esto o lo otro que mejorará la situación de M.. El Sr. Defensor no lo solicita, ni siquiera especula un argumento, debe advertir que el tratamiento es inmejorable y por ello sostiene que se encuentra agotado. En base a lo expuesto la cuestión planteada se torna abstracta por falta de fundamentación y propongo al Acuerdo así declararlo” (conf. fs. 196/200).-----

-----10.2.- La extensión de la cita se justifica en tanto permite demostrar que la

recurrente no presenta una crítica concreta y razonada a los argumentos de la sentencia que impugna, de cuyo contenido surge que el mismo planteo –ahora reeditado- ya había sido tratado y descartado por el

///25.- juzgador por considerarlo infundado, en tanto la parte no demostraba en qué radicaría la supuesta mayor benignidad del régimen cuya ultraactividad proponía.- - - -

----- Por los argumentos expuestos, el planteo recursivo debe ser desestimado, puesto que la recurrente no aporta en argumentos que permitan demostrar el desacierto o la arbitrariedad del razonamiento de la Cámara antes citado.- -

-----10.3.- Sin perjuicio de lo antes expuesto, considero necesario aportar otros argumentos para fijar doctrina legal.- - - - -

----- En primer lugar, tal como surge del texto legal, la posibilidad de prorrogar el tratamiento tutelar es una facultad del juzgador, que tendrá lugar cuando este lo considere necesario. Así, el art. 4 inc. 3 de la Ley 22278 dice “que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad”.- - - - -

----- En el caso, la Cámara consideró que no era necesaria la prórroga y motivó adecuadamente su decisión, además de que ponderó infundado el pedido de la Defensora de Menores en sentido contrario, tal como ya analicé.- - - - -

----- Por otra parte, los jueces pueden extender en el tiempo, más allá de los 18 años y hasta los 21 años, el régimen vigente en cuanto a la protección especial de los derechos de los jóvenes que delinquieran siendo menores de esa edad, si las circunstancias del caso así lo aconsejan.-

----- Sin lugar a dudas, una de las implicancias concretas de ello es la aplicación de los principios que rigen dicho régimen a la etapa de ejecución de la pena que se les

///26.- imponga a tales jóvenes.- - - - -

----- En ese preciso sentido, según surge de la reciente resolución de la Cámara de fecha 17 de agosto de este año

–cuya copia tengo ante mi vista-, el joven M. ha sido trasladado al Complejo Penitenciario Federal II de Marcos Paz anexo del Complejo Federal para Jóvenes Adultos (U. 24) módulo V, traslado que se efectuó por el término de treinta días “a efectos de confeccionarle la Historia Criminológica y el Programa de Tratamiento Individual”, lo cual –según explicó- resulta un requisito previo para poder trasladarlo con posterioridad –si así correspondiere- al Instituto de régimen semi-abierto de Jóvenes Adultos Dr. Julio Antonio Alfonsín -Unidad 30- dependiente del Servicio Penitenciario

Federal, sito en la ciudad de Santa Rosa, La Pampa.- - - -

----- Para así resolver, el tribunal consideró: “[V]elando por el mayor interés del niño encontramos que el alojamiento definitivo del menor en la unidad de La Pampa resulta ser el más conveniente, toda vez [que] dicha unidad penitenciaria es exclusivamente para el tratamiento de jóvenes adultos de excelente conducta. Encontrándose a mitad de camino del actual lugar de alojamiento. Sumado a que dicho Instituto es de régimen abierto, con espacios terapéuticos, didácticos y de formación, resulta ser muy superior el tratamiento que recibirá el menor bajo tutela en cualquier institución carcelaria de la provincia de Río Negro, donde son escasos dichos instrumentos, ni existe diferenciación entre menores adultos, con mayores.- - - - -

----- “En el mismo sentido se expidieron a fs 232, prestando conformidad en forma expresa tanto la Defensa Particular,

///27.- como el Ministerio Pupilar y el Fiscal para que se resuelva el alojamiento definitivo del menor en Santa Rosa La Pampa”.- - - - -

----- Se observa entonces que el traslado ordenado, que tendrá como fin que el joven sea alojado en la Unidad de La Pampa, que cuenta con las características señaladas, constituye una medida –dentro de las que está facultado a ordenar todo juez- que es conteste con los criterios establecidos por los órganos de protección de los derechos humanos de los sistemas regional y universal.- - - - -

----- En este orden de ideas, recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe denominado “JUSTICIA JUVENIL Y DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS”, del 13 julio 2011 (OEA/Ser.L/V/II., Doc. 78), ha afirmado que “al igual que el Comité de los Derechos del Niños, la Comisión recomienda a los Estados Miembros que permitan la aplicación de las normas del sistema de justicia juvenil a personas que tienen 18 o más, por lo general hasta los 21, bien sea como norma general o como excepción. En tal sentido, la Comisión alienta a los Estados Miembros a adoptar disposiciones en el derecho interno que regulen el juzgamiento y la ejecución de sanciones para jóvenes mayores de 18 años que hayan infringido la ley penal durante su minoridad a fin de que éstos no pasen al sistema de adultos por el mero hecho de haber cumplido los 18 años de edad” (párrafo 44).- - - - -

----- En sentido similar, el aludido Comité había establecido en su Observación General N° 10, titulada “Los derechos del niño en la justicia de menores” (CRC/C/GC/10,

///28.- del 25/04/07), que “[e]l Comité observa con reconocimiento que algunos Estados

Partes 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” (párrafo 38).-----

----- Por otra parte, la extensión del régimen protectorio especial a estos jóvenes se ajusta a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “GARCÍA MÉNDEZ” –del 02/12/08-, donde el máximo tribunal resolvió –entre otras cuestiones- que “... la interpretación de la ley 22.278 no debe ser efectuada en forma aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática, y en forma progresiva, de modo que mejor concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos” (consid. 11).-----

----- Por todo lo expuesto, se concluye que dentro de las facultades que tiene todo juzgador no solo se encuentra la de prorrogar el tratamiento tutelar cuando lo estime pertinente, sino también la de extender la protección del sistema penal juvenil más allá de cumplidos los 18 años de edad –y hasta los 21 años-, siempre que el delito cometido lo haya sido siendo menor de edad y que la decisión que así lo resuelva esté debidamente fundada, tenga como objeto la rehabilitación personal y social del joven y esté sujeta a evaluación regular y periódica.-----

-----11.- Análisis de los agravios esgrimidos por la Defensa respecto de los fundamentos de la imposición de pena:- - -

///29.--11.1.- Corresponde ahora ingresar en el tratamiento del último de los recursos en estudio, es decir, el que dedujo la defensa particular del joven M. contra la decisión adoptada una vez que este cumplió los 18 años de edad, sentencia que estimó necesaria la imposición de pena y seleccionó el monto de la sanción finalmente acordado.- - -

----- A modo de introducción, es dable traer a colación lo argumentado al decidir en el Expediente N° 24663/10 STJ

–relativo al joven coimputado J.P. -en cuanto a que “[e]l texto legal del art. 4 de la Ley 22278 establece que “[l]a imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2° estará supeditada a los siguientes requisitos:-----

--

----- “\1°) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.-----

----- “\2°) Que haya cumplido dieciocho años de edad.- - -

----- “\3°) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un

año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.- - - - -

----- “\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, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2º\.- - - - -

///30.-- “Así, verificada en el caso la concurrencia de los tres requisitos enumerados en los incisos de dicho artículo, en conformidad con las consideraciones antes efectuadas, corresponde analizar, en primer lugar, la razonabilidad de los fundamentos desarrollados por la Cámara al ponderar los cuatro elementos que debía tener en cuenta para fundar la necesidad de imponerle pena al imputado (modalidades del hecho, antecedentes del joven, resultado del tratamiento tutelar e impresión directa causada por él a los magistrados)” (considerando 7.1).- - - - -

-----11.2.- Así, el magistrado votante en la sentencia de Cámara inició el tratamiento de la cuestión afirmando: “[D]ebo decidir si corresponde aplicar o no algún tipo de sanción a P.M., a tal fin analizaré el tratamiento efectuado en autos y el informe remitido por las autoridades del Instituto Luis Agote [...].- - - - -

----- “Cabe destacar que el tratamiento tutelar de cuyo resultado depende, principalmente, la imposición de pena tiene como primer objetivo el fomento del bienestar del menor (5.1. y inc. d 17.1. de las Reglas de Beijing), y se prefiere la rehabilitación frente al justo merecido, por lo que los jueces cuentan con \... un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de la justicia de menores, incluidos de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones\ (6. de las reglas mencionadas supra).- - - - -

----- “P.M. fue internado desde el momento mismo

///31.- del hecho, su tratamiento tutelar comienza en el Hogar Pagano y después se traslada al Hogar Convivir, sin perjuicio de los altibajos que presentan estos tratamientos, la mejoría lograda se patentiza a través del tratamiento dispensado. A fs. 284, ya en el Instituto Roca, con fecha 29 de diciembre de 2009 vemos que P. se presenta a la entrevista con una actitud sutilmente desafiante, mostrándose inequívoco en sus dichos. Esta actitud varía y el mismo informe así lo expresa a fs. 286 cuando habla de una actitud correcta, esta misma postura se evidencia a lo largo de todo el

tratamiento, a título de ejemplo cito los informes practicados a fs. 311, 315, 320, 338, 342, 351 y 362.- - - - -

----- “Todos los informes de P. son buenos en cuanto a logros personales que difícilmente los hubiera tenido en su vida anterior. Hace deportes y plasma allí su energía, concurre a un parque a practicar fútbol y no presenta inconveniente alguno en dicho traslado, estudia la secundaria y pasa a tercer año en un plan de tres años, es decir, que ingresa el otro año al último, además y por sus notas es escolta, debo necesariamente comparar esta actitud con la que presentaba estando con su núcleo familiar donde no pudo siquiera terminar el primer año de la secundaria.- -

----- “Pondero como gesto muy positivo el mejoramiento del vínculo con su madre, del informe de fs. 78 surge que sufrió el abandono de su madre, no puedo aquilatar las verdaderas razones de tal sufrimiento ya que la madre en otro informe manifiesta que el padre alejó de su vida a los hijos, a tal punto que con el mayor ni siquiera existe diálogo. La

///32.- realidad muestra una madre afligida por el futuro de su hijo, de obtener la libertad pretende que convivan junto a la hermana menor de P., según lo que manifestó P. su madre es quien más lo visita y la que demostró, con su presencia ante este Tribunal, aflicción real por el futuro de su hijo.- - - - -

----- “A pesar de todo lo positivo que mencioné no advierto atisbo alguno de arrepentimiento, destaco un párrafo del informe de fs. 286 \'. Se trata de un joven más bien reservado, que detenta cierta frialdad de ánimo en sus expresiones... su impostura revela una notable desafectivización, apelando en forma recurrente a diversas argumentaciones a través de las que intentaría mantener alejado de sí todo aquello que lo movilizaría internamente o lo desbordaría en su capacidad de tramitación psíquica. En consonancia con lo precedente, se podría pensar que P. busca mostrar lo menos posible de sí como sujeto... En esta línea de sentido, viene presentando una tendencia a depositar en el afuera todo aquello que resultaría dilemático para sí, con ciertas limitaciones (por el momento) para confrontarse abiertamente con algunos aspectos personales y familiares\’” (conf. fs. 200/202).- - - - -

----- A continuación el a quo introdujo aspectos relacionados con la impresión personal que causó el joven a los integrantes del tribunal, y sostuvo que “[d]urante el debate P. declaró en indagatoria y culpó de todo a P., al respecto caben todas las disquisiciones efectuadas en la sentencia respecto a la facultad del imputado de ejercer su defensa material en la forma que

///33.- estime, pero también le cabe la pésima impresión que causa el correlativo indicio de mala justificación.- - - - -

----- “En la última audiencia celebrada se le preguntó a P. cómo se sentía y de qué manera vivía el tratamiento efectuado, a lo que contestó que lo hace bien, pero que era injusto porque no cometió error alguno, que para él el tratamiento era algo impuesto e injusto. El Dr. Kees, en un denodado esfuerzo de revertir las afirmaciones de su defendido que ya habían sido analizadas en el alegato del Sr. Fiscal, adujo que todo lo dicho por M. se debía a sus consejos y asesoramientos jurídicos, ya que cualquier cosa que dijera su cliente pondría en riesgo la casación que ya fuera planteada oportunamente, asimismo, dejó entrever que la pregunta del tribunal podía traer esa consecuencia no querida por los jueces. Por obvio que parezca, a fin de la tranquilidad que merece la defensa, por Presidencia destacué al distinguido letrado que de ninguna manera se trataba de una indagatoria, nada debe agregar este Tribunal sobre la declaración de responsabilidad dictada en el mes de mayo y, el objetivo de la última audiencia celebrada era la imposición o la no imposición de pena.- - - - -

----- “La habilidad de la defensa en el ejercicio de su constitucional Ministerio no enerva lo categórico de todos los informes agregados al incidente tutelar, en ninguno de ellos existe tan solo una referencia al tema, evidentemente, no pudo ser abordado el sentimiento de M. ante el grave hecho en el cual tuvo activa participación, nada se abordó porque existe una negación de su parte, destaco nuevamente el informe psicológico de fs. 286. A lo largo del

///34.- tratamiento tutelar P. no demostró el mínimo esfuerzo para canalizar positivamente el hecho cometido y, no existe indicio alguno de variar esa postura, en este sentido comparto lo afirmado por el Sr. Defensor en el sentido que el tratamiento se encuentra agotado, seguramente el otro año se reciba con buenas notas, el vínculo con su madre se afianzará cada vez más, pero si no se aplica una sanción volverá a manejar la moto, volverá a portar un arma y podrá existir una nueva víctima, total todo ocurre fuera de él y los jueces actuamos injustamente frente a su inocencia, es de toda necesidad imponerle sanción pues no advierto rehabilitación ni readaptación pese a ciertos logros obtenidos” (fs. 202/203).- - - - -

----- También el a quo trató este aspecto en otro tramo de su argumentación, al sostener que “[d]ebo ponderar la impresión directa causada, ello no es solamente la visión de M. durante los tres días de debate y la del martes ppdo., además de dicha observación, que implica lo personal y lo gestual, también pondero su actitud demostrada ante el

Tribunal. No advierto arrepentimiento alguno en M. y ningún informe de los tantos que obran agregados habla del tema” (fs. 207).-----

----- Por otra parte, sostuvo la Cámara que “[l]as dos últimas pautas que deben valorarse son: los antecedentes del menor -inexistentes en el caso- y la modalidad del hecho. P. y M. transitaban una tarde de verano en una motocicleta con un arma cargada y en condiciones de uso, me pregunto el por qué de tal actitud. Si los menores hubieran tenido un fin delictivo al salir para el canal, sea de ida o

///35.- de vuelta, si la portación del arma implicara una intención delictiva previa, se entendería la existencia del arma en su poder, pero nada de ello existió, es totalmente injustificada la portación del arma, que como dije precedentemente ambos conocían. La única explicación que encuentro es que el arma estaba lista para lo que surgiera y por desgracia así de absurdo, como calificué varias veces este hecho, surgió la oportunidad para utilizar el arma. Y se utilizó con total desprecio del máximo bien jurídico protegido por el Código Penal, el derecho a la vida.- - -

----- “La culpabilidad esta acreditada en la sentencia, el hecho es grave, muy grave, es absurdo, es cruelmente absurdo, demuestra el desparpajo de ambos involucrados en cuanto a la utilización de armas, hecho que conmueve a la sociedad toda por el innegable peligro creado a la vida de sus semejantes. Resultó pasmoso escuchar a los imputados hablar sobre el arma y la tranquilidad de su portación en un simple paseo por el canal para refrescarse en una tarde de diciembre. Pero no tengo solamente el peligro creado por la portación de un arma, tengo el resultado de la pérdida de la vida de un joven de 20 años que fue prácticamente fusilado sin posibilidad alguna de defenderse ante lo inesperado e impensado de un disparo sin ningún sentido” (fs. 205/206).-

-----11.3.- Cabe destacar que el a quo, además de efectuar el análisis impuesto por la ley respecto de las pautas ya tratadas, fundamentó su sentencia en diversos conceptos normativos y teóricos que deben tenerse en cuenta en materia de imposición de pena a personas que delinquieron cuando eran menores de edad.-----

///36.-- Así, sostuvo en un tramo de la sentencia: “... [R]especto al sistema legal de los menores [...] la postura que entiendo más apropiada es la que describe González del Solar, en su obra *Delincuencia y Derechos de Menores* pág. 177: ‘Estimamos que la fogosidad de los años juveniles y cierta inexperiencia frente a las dificultades propias de la existencia, justifican la instauración de un auténtico derecho penal juvenil para los menores de esta categoría, evitando su indiscriminada equiparación con los adultos para las consecuencias de sus ilícitos penales. El restablecimiento del orden jurídico

vulnerado no puede obviar la diferencia que existe entre el adulto que actúa según su proyecto de vida y el joven que obra en momentos en que aún trata de perfilar su futuro. Es necesario brindar al juez la facultad de morigerar las penas a los infractores primarios, y aún de eximirlos de ellas cuando cometan hechos de mínima significación jurídico-penal. Tales alternativas contemplan la trayectoria de inserción del hombre en la sociedad a la que pertenece y traen un mejor remedio que el que actualmente usan los magistrados para subsanar la desproporción emergente de esos supuestos, es decir, la paralización de las actuaciones hasta la extinción de las acciones por prescripción.”.- -

----- Agregó además: “El sistema de la justicia penal juvenil tiende a que la aplicación de la pena sea la última opción posible y que se asiente en la valoración negativa respecto a la prevención especial”, con cita de jurisprudencia de este Superior Tribunal que establece que no solo deben ponderarse los resultados del tratamiento

///37.- tutelar sino todos los elementos mencionados en el artículo antes citado (Se. 176/03 STJRNSP).-----

----- El juzgador citó también los lineamientos del fallo “MALDONADO” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto a que el reproche y la reacción punitiva estatal no pueden tener la misma entidad que los que corresponderían, en iguales circunstancias, respecto de un adulto, y sostuvo, asimismo, que “[l]a doctrina es conteste que respecto del imputado menor rigen todas las prerrogativas del juicio de adultos, pero también juega el fin último de la readaptación del menor a la vida en sociedad como fundamento de la pena [...]” (fs. 204/205).-----

----- También aludió al art. 17 de las Reglas de Beijin, relativo a los principios rectores de la sentencia y la resolución, que dice que “[l]a decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:-----

-----“I. La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad;-----

----- “II. Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;-----

----- “III. Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada”.-----

-----11.4.- A partir de lo que surgía del análisis ya

///38.- citado, el sentenciante sostuvo: “[a l]a prevención general no la contemplo por ser menor, tampoco pongo énfasis alguno en el art. 41 C.P., en virtud del artículo 4 de la ley 22278 pondero exclusivamente la prevención especial. En este tema decisivo entiendo necesario se aplique una sanción cuyo fin sea la resocialización de M., tengo en cuenta que los informes psicológicos omiten todo dato sobre su sentimiento ante el hecho que cometió, hay una negación implícita durante todo el tratamiento y explícita cuando habla de ello. Me refiero a sanción porque la relación pena-menor \\'son términos absolutamente irreconciliables, concluyendo que las motivaciones y finalidades vigentes en el ámbito del derecho penal común -con sus connotaciones de resarcimiento, venganza y enmienda- resultan totalmente extrañas en el campo del comportamiento juvenil desviado\ (Daniel Hugo D\'Antonio, El Menor ante el Delito, Ed. Astrea, pág. 91 y s.s.).-----

----- “Sanción que debe ser proporcionada a su edad y su situación particular que ya fuera analizada. Sanción que hasta que quede firme la sentencia continuará cumpliéndola en el mismo lugar en que se encuentra, entiendo las dificultades de la madre para visitarlo en dicho establecimiento pero, de acuerdo a la generalidad de los informes, sería totalmente nocivo para P. el acercamiento al entorno de su padre.- - - -

----- “En el tema recobra virtualidad la gravedad de las modalidades del hecho, sería un errático accionar del Estado eximir de sanción ante las condiciones ya expuestas, lo que redundaría en perjuicio de quien el propio Estado tiene el

///39.- deber de velar en su etapa de crecimiento hacia la adultez.- - - - -

----- “Los jueces debemos aplicar la pena exacta, es decir ajustada a la culpabilidad del sujeto, en este caso menor de edad al momento del ilícito.- - - - -

----- “La pena se justifica por las ponderaciones efectuadas precedentemente y en su mensuración hay un espacio de juego o margen de libertad en el cual el juez valora entre un mínimo y un máximo. El mínimo, es la pena ya adecuada a la culpabilidad investigada, por el contrario el máximo, será la pena aún adecuada a esa culpabilidad; ese es el margen de libertad que utiliza el juez.- - - - -

----- “Así como no encontré la rehabilitación, la readaptación, ni arrepentimiento alguno de parte de M. que me hubiera permitido incluso absolverlo, tampoco encuentro motivo alguno en su actitud para reducir la pena como para el grado de tentativa. Sostuve que el

tratamiento tutelar fue beneficioso en muchos aspectos para M., pero ello no implica por sí mismo idea cierta de estar rehabilitado, tomo en cuenta todos los informes acompañados que ya fueron mencionados” (conf. fs. 206/207).-

----- El último párrafo citado demuestra que, contrariamente a lo alegado por la Defensa, el juzgador sí explicitó las razones que lo llevaron a descartar la aplicación de la escala de la tentativa en el presente caso.- - - - -

----- Tuvo en cuenta además otros elementos relevantes para el análisis del caso, y expresó: “Si bien M. actuó como partícipe de un hecho ajeno no puedo prescindir de su actitud desde el inicio del altercado. Fue quien comenzó la

///40.- agresión al tirar la moto que conducía sobre la moto en que circulaban los hermanos Oliva. La sentencia destacó que no existe certeza respecto de donde salió el arma antes del disparo pues hay contradicción entre los dichos de P. y el testigo Pincheira, pese a esa falta de certeza del lugar exacto donde salió el arma se tuvo por acreditado que M. llevaba el arma, sea en la parte delantera o trasera de la cintura. Fue el que discutió con la víctima y cuando advirtió que no se amilanaba grito '\tirale... tirale\' a su acompañante P.. Su actitud posterior fue de acudir ante su familia y ocultar la moto utilizada y el arma. El artículo 45 C.P. prevé que al cómplice primario o necesario se le aplique la misma pena que al autor del hecho, pese a la misma escala penal, bien podría aplicarse una pena menor que la del autor que fue el que ejecutó el hecho, sin embargo, M. tuvo una participación tal que no puede caberle ningún atenuante respecto de la pena aplicada al autor...” (fs. 208/209).- - - - -

- -

-----12.- A partir de todo lo expuesto es dable concluir que la Cámara arribó a la decisión de imponerle pena a M. –y al monto de sanción aludido- a partir de un análisis pormenorizado y razonado de las circunstancias de la causa y de la normativa aplicable en la materia.- - - - -

----- Resulta pertinente referir lo argumentado por este Superior Tribunal al analizar la razonabilidad de la pena impuesta a su consorte de causa, donde hemos señalado que el juzgador “tuvo en cuenta los parámetros fijados en la ley (evolución del tratamiento tutelar, modalidad del hecho cometido, [falta de] antecedentes, impresión causada

///41.- personalmente por el nombrado), y los principios que rigen en materia de derechos de los niños y jóvenes en conflicto con la ley penal, tales como que durante el juicio siempre se les deben garantizar –al menos- los mismos derechos que a los adultos; que se tiende a que la aplicación de la pena sea la última opción posible; que el

juez puede morigerar e incluso eximir de pena cuando se trate de la comisión de hechos de mínima relevancia jurídico-penal; que el fundamento de la pena que eventualmente se les imponga debe ser la readaptación del joven a la vida en sociedad, por lo que prevalece el fin de prevención especial; que el reproche a estos siempre será proporcionado a la culpabilidad pero también inferior al que le correspondería a un adulto en iguales circunstancias.- -

----- “A partir de dicho análisis y de las pautas valoradas, el juzgador estimó adecuado imponerle... [al joven] una sanción equivalente al mínimo legal de la escala aplicable al delito cometido por el joven cuando era menor de edad, es decir, seleccionó una pena de diez años y ocho meses de prisión dentro de una escala que va desde dicho monto hasta el máximo de 25 años (conf. art. 79 y 41 bis C.P.). Al así decidir fundamentó su postura respecto de por qué no correspondía aplicarle la escala de la tentativa, lo cual

-destaco- constituye una facultad que el juzgador puede utilizar si el caso lo amerita y no un imperativo obligatorio para la generalidad de las situaciones, tal como claramente surge del texto legal que reza: ‘... pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa’ (art. 4 Ley 22278, anteúltimo párrafo)” (conf. considerando 7.4).- -

///42.-- También se agregó la siguiente argumentación -que resulta enteramente aplicable al caso-: “7.5.- Por otra parte, el análisis que efectúa el a quo se ajusta a la doctrina legal de este Superior Tribunal, así como también de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y respeta además la normativa internacional que rige el punto. Así, tiene dicho este Cuerpo ‘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 de 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 sentido, es de especial significación la argumentación expuesta sobre los criterios de valoración del 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. Todos 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

///43.- 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 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

///44.- 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, 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

///45.- 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: 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 internacionalización 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

///46.- 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 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

///47.- 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\’ (Se. 190/05 STJRNSP, citada también en Se. 90/06 STJRNSP).- - - - -

-----“7.6.- Además, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo \’MARTEAU\’ (dictado el 17/03/09, expte. M. 2477. XLII) ha reiterado la vigencia de la doctrina legal emergente del precedente \’MALDONADO\’, con particular énfasis en los requisitos que deben tenerse en cuenta al fundar la imposición de penas a quienes cometieron hechos siendo menores de edad.- - - - -

----- Así, el máximo tribunal de la Nación cuestionó que \’el a quo [al casar la sentencia absolutoria] sólo tuvo en cuenta para justificar la aplicación de la pena las modalidades

del hecho pero soslayó que los jueces de la causa habían evaluado como elementos dirimientes para no sancionarlo los antecedentes favorables del menor, el resultado positivo del tratamiento tutelar y la impresión directa por ellos recogida durante el debate.- - - - -

----- “\Que esta Corte ha establecido «Que la \necesidad de
///48.- la pena\ a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a \gravedad del hecho\ o a \peligrosidad\ como parece entenderlo el a quo. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a \la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad (art. 40, inc. 1º)\» («Maldonado, Daniel E. y otro», considerando 22, Fallos: 328:4343).- - - - -

----- “[...] Que el a quo tampoco ajustó su decisión a la regla establecida por esta Corte en el precedente señalado sobre la necesidad de tomar conocimiento de visu del sentenciado antes de determinar la pena. Se dijo allí que el artículo 4º de la ley 22.278 era aún más categórico que el artículo 41 del Código Penal, en tanto establece que la necesidad misma de aplicación de una sanción al menor declarado responsable presupone la valoración de la «impresión directa recogida por el juez». Se imponía entonces la audiencia para escuchar al imputado, sobre todo, cuando los jueces de la causa habían valorado especialmente como circunstancia favorable su impresión personal de quien ya era una persona adulta. Al no hacerlo, el tribunal de casación incumplió con la regla claramente destinada a garantizar el derecho del imputado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta

///49.- trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de intermediación («Maldonado», considerando 19).- -

----- “[... S]e advierte que en la sentencia en recurso no se han respetado las exigencias derivadas de las normas legales y constitucionales aplicables al caso. En efecto, la decisión de la Cámara no exhibe argumento alguno que permita entender por qué se consideró eximida de la obligación de fundar la «necesidad de pena» en los antecedentes del menor, en el resultado del tratamiento tutelar y en la impresión directa de aquél, tal como lo exige el artículo 4º de la ley 22.278, según el fin claramente resocializador que se reconoce a la pena impuesta por hechos cometidos por jóvenes

menores de edad' (CSJN, in re 'MARTEAU', antes citada, considerandos 6, 7, 9 y 11).-----

-----“7.7.- Asimismo, cabe recordar que, si bien es cierto que los estándares internacionales vigentes en materia de justicia penal juvenil desalientan la aplicación de penas privativas de la libertad a personas que hayan delinquido cuando eran menores de edad, no la descartan ni prohíben para ciertos casos de gravedad y siempre que se acuda a dicha sanción como medida de último recurso.-----

----- “Así, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que a estos '[n]o se [les] impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación' y que '[l]a 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' (conf. art. 37 inc. a y b).-----

///50.-“Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño, al interpretar dicho artículo en su Observación General N° 10 titulada 'Los derechos del niño en la justicia de menores', insta a los estados a tener en cuenta otras reglas originadas con anterioridad en el ámbito de Naciones Unidas respecto de la temática (documento CRC/C/GC/10, del 25/04/07, párrafo 88).-----

----- “Menciona en primer lugar las 'Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad' (también denominadas 'Reglas de La Habana', aprobadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14/12/90), que entre sus perspectivas fundamentales destaca que 'el encarcelamiento deberá usarse como último recurso' y que 'la privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo' (artículos I.1 y I.2).-----

----- “Alude asimismo a las 'Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores', denominadas comúnmente 'Reglas de Beijing' (adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28/11/85), cuyos 'Principios rectores de la sentencia y la resolución' fueron citados expresamente por el juzgador, como ya lo referí, y que –reitero- establecen que 'a) [l]a respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las

///51.- necesidades de la sociedad; b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible; c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada; [...] Los delitos cometidos por menores no se sancionarán en ningún caso con la pena capital' (conf. principios 17.1 y 17.2).- - - - -

----- “Es dable aclarar que el Comité aludido cita también las ‘Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos’ (adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C –XXIV- de 31 de julio de 1957 y 2076 –LXII- de 13 de mayo de 1977) que no contienen normas particulares respecto de la duración de la pena impuesta a quienes fueran menores al cometer los hechos delictivos que las motivaran.- - - - -

----- “Por otra parte, en el año 2010 dicho Comité, al analizar la situación de nuestro país respecto de la observancia y el respeto de los derechos contemplados en la Convención sobre los Derechos del Niño (en las observaciones finales del 21/06/10, CRC/C/ARG/CO/3-4), expresó que ‘celebra[ba] que desde 2002 no se hayan pronunciado condenas a cadena perpetua, pero insta[ba] al Estado parte a abstenerse de condenar a niños a esa u otras penas de duración equivalente’ y le recomendó además que ‘[a]dopte

///52.- todas las medidas necesarias, incluido el reforzamiento de la política de sanciones alternativas y medidas de reintegración para los menores infractores, a fin de garantizar que los niños sean privados de libertad únicamente como último recurso y durante el menor tiempo posible’ (párrafos 39 y 80.d).- - - - -

----- “A partir de los lineamientos que emanan de las normas supranacionales aludidas, se observa entonces que la decisión de imponer pena en el caso sub exámine ha respetado los estándares vigentes, al haber fundado en forma adecuada, y luego de un cuidadoso estudio de las circunstancias de la causa, la necesidad de aplicarle una pena privativa de libertad a quien cometió siendo menor de edad un acto grave y violento que acabó con la vida de otro joven, al no existir otra respuesta adecuada –puesto que el tratamiento tuitivo no logró la finalidad de rehabilitación- y con la consecuente adecuación del monto punitivo al mínimo previsto legalmente, en conformidad con tales parámetros” (considerandos 7.5 a 7.7).- - - - -

-----13.- De los argumentos desarrollados hasta aquí se colige que quedan desvirtuados los agravios invocados por la defensa, en tanto pretende que la motivación de la sentencia es contradictoria, dado que quedó evidenciado cuál fue el alcance de la ponderación del tratamiento tutelar, y que precisamente la necesidad de pena –que, cabe destacar, no es de la misma naturaleza de aquel, como parece entenderlo el recurrente- se fundamentó entre otros parámetros en la insuficiencia de los logros alcanzados durante aquel, lo que no permitió que la Cámara lo considerara totalmente

///53 rehabilitado.-----

----- También quedó claro que el juzgador –contrariamente a lo alegado por la parte- tuvo en cuenta en su análisis la totalidad de las circunstancias antes reseñadas (gravedad del hecho, impresión personal causada, [falta de] antecedentes y resultado del tratamiento tuitivo), y no solo la falta de arrepentimiento demostrada por el joven. - - -

-----14.- Con respecto a la crítica del recurrente respecto de que se habría vulnerado el derecho de defensa, porque se le estaría exigiendo el desistimiento tácito del recurso de casación interpuesto contra la sentencia que declaró la responsabilidad de su pupilo, además de que la Cámara ya contestó debidamente el planteo –tal como lo reseñó precedentemente-, lo cierto es que debe desestimarse por cuanto constituye en definitiva una mera opinión, dado que el casacionista no plantea –ni lo hizo oportunamente- la inconstitucionalidad del régimen vigente que critica. - - -

----- Por otra parte, se advierte lo infundado del agravio, dado que nada impide que en esta instancia puedan analizarse en primer término las críticas que eventualmente suscite la fundamentación de la declaración de responsabilidad y luego las de la pena impuesta, planteos estos últimos que -claro está- resultan subsidiarios para el supuesto caso de que no se haga lugar a los primeros. Ello es precisamente lo que ocurre cotidianamente respecto del régimen procesal penal vigente para las personas adultas y tal regulación no resulta –ni ha resultado- objeto de mayores reparos en el universo de casos en trámite.-----

----- Todo ello sin dejar de considerar las acertadas

///54.- razones invocadas por la Cámara al decidir el diferimiento del tratamiento del recurso de casación interpuesto contra la declaración de responsabilidad del joven, oportunidad en que el tribunal sostuvo que “[e]lementales razones de economía procesal nos llevan a acoger la petición del Sr. Fiscal de Cámara, ya que de esta manera se integrará acabadamente la sentencia originaria, como dijimos al iniciar el párrafo atenernos exclusivamente al estudio del recurso constituiría un grave dispendio procesal

y la prolongación innecesaria respecto a la resolución definitiva del imputado” (conf. copia obrante a fs. 155 del presente legajo).- - - - -

-----15.- También resulta notoriamente infundado –y en rigor no puede ser considerado un agravio serio- el planteo defensorista respecto de que debe tenerse en cuenta el interés superior del niño y que la pena debe tender a la recuperación del joven, precisamente cuando estos argumentos –entre otros- fueron particularmente contemplados por el juzgador en su extenso análisis, sin que la defensa refute en modo alguno los fundamentos desarrollados al respecto.- -

-----16.- Por último, tampoco puede tener acogida favorable la crítica relativa a que el distanciamiento del joven respecto de su familia constituiría un agravamiento de sus condiciones de detención, en virtud de que –como ya se mencionó- M. fue traslado interinamente a otro lugar de alojamiento teniendo en vista su posterior internación en la provincia de La Pampa, lo cual acortará significativamente las distancias, modificación que además fue consentida por el recurrente, lo cual torna abstracto el

///55.- planteo.- - - - -

-----17.- Conclusión:- - - - -

----- Por las razones que anteceden, una mejor administración de justicia aconseja negar la instancia de los recursos intentados, pues manifiestamente no pueden prosperar, lo que también atiende a las previsiones del art. 18 de la Constitución Nacional, que manda a terminar en el menor tiempo posible con la situación de incertidumbre que todo proceso penal abierto conlleva.- - - - -

----- En razón de ello, propongo al Acuerdo declarar inadmisibles los recursos de casación deducidos en las presentes actuaciones, con costas en el caso de la defensa particular. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderro Nievas dijo:- - - -

----- Adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- El señor Juez doctor Jorge Bustamante dijo:- - - - -

-

----- Atento a la coincidencia manifestada entre 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: Declarar formalmente inadmisibles los recursos de

----- casación deducido a fs. 221/227 de las presentes actuaciones por la señora Defensora de Menores doctora Susana Alicia Merino en representación de P.M..-

Segundo: Declarar formalmente inadmisibles los recursos de

----- casación interpuestos a fs. 98/112 y 231/246 de

///56.- autos por el doctor Juan Manuel Kees a favor de P.M., con costas.- - - - -

- - - - Tercero: Atento a su revisión integral, confirmar en todas

----- sus partes las Sentencias N° 10/10 y 49/10 de la Cámara Segunda en lo Criminal de Cipolletti.- - - - - Cuarto: Registrar, notificar y oportunamente devolver los

----- autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 10

SENTENCIA: 134

FOLIOS: 1819/1874

SECRETARÍA: 2