

PROCESO PENAL JUVENIL. Aplicación de pena inferior a la escala de la tentativa. Interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño y del artículo 4° de la ley 22.278.

TOM N° 3 Cap. Fed., Causa n° 4377, “FLORES, Emmanuel Ezequiel s/ robo con armas, homicidio criminis causae y homicidio criminis causae en grado de tentativa, en concurso real”, 20/08/2010.

Sumario:

“Es el objetivo primordial de la labor jurisdiccional determinar si la pena resulta o no necesaria; y tal finalidad no puede ser cumplida mediante el análisis aislado de alguno de los cuatro rubros allí consignados, sino que debe ser producto de una prudente y armónica valoración de todos y cada uno de ellos, sin poder otorgársele a ninguno preeminencia sobre los demás, pues han sido expresa y taxativamente señalados por el legislador como un sistema de compensación y complementación unos de otros. Dicha valoración, además no puede quedar sujeta a un ejercicio discrecional de las amplias facultades que ese texto confiere a los jueces de menores, sino que han de ser apreciados a la luz de los criterios rectores de la precitada Convención, que han venido a poner un saludable límite a aquella situación, pues resultan de operatividad indiscutible desde que se trata de una normativa de derechos humanos fundamentales incorporada a la Constitución Nacional (artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional, cuestión así sostenida por la Corte Suprema de Justicia la Nación en Fallos 327:3312). (del voto del Juez González Ferrari)

“La medida de la necesidad de la pena debe determinarse valorando si como consecuencia de la supervisión implementada, el joven ha fortalecido ese ámbito de autodeterminación, mejorando las condiciones vitales que favorezcan su aptitud para motivarse frente a los mandatos de la ley, y demostrando que es capaz de responder en lo sucesivo por sus actos. Ello puede evaluarse, en términos de la Convención Internacional, si se aprecia que ha fortalecido “...el respeto (...) por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros...”, pues lo que se persigue es su reintegración y que asuma responsablemente una función constructiva en la sociedad.”art. 40 inc. 1)” (del voto del Juez González Ferrari)

“Debe apreciarse un cambio sustancial en donde el esfuerzo realizado por el joven infractor cobre un papel preponderante, pues ello es la mejor medida de su intención de reinserción, al tiempo que permite abrigar razonablemente la expectativa de que los episodios en los que se vio involucrados no habrán de repetirse. Esta posición frente al denominado “tratamiento”, con eje en la noción de responsabilidad y de autonomía, es la que más se ajusta a los términos de la Convención Internacional, desde que se coloca el problema del delito cometido por los jóvenes en el ámbito del compromiso frente a los derechos de los otros y no como lo hacía la visión positivista propia de la ley 22.278.”(del voto del Juez González Ferrari)

“El respeto por los derechos humanos y los derechos de terceros aludidos por la Convención Internacional, no pueden verse nunca fortalecidos consolidando en el joven el olvido o la negación de los actos cometidos; y si el tribunal se limitara a conformarse con el mero cumplimiento por parte de él de actividades –laborales, educativas o de otra índole-, cuya intencionalidad no era otra –como quedara dicho- que la de colocarlo en una perspectiva responsable frente a lo hecho, estaría consolidando en él el peor de los mensajes: que no es necesario darse una explicación sobre la situación provocada, cuando ésta ha constituido una franca vulneración de uno de los derechos más sagrados para cualquier sociedad como es la vida de los semejantes.” (del voto del Juez González Ferrari)

“Es decir, la ley 22.278 se apropia de una lógica binaria en la que solo caben dos posibilidades: la pena de prisión –en cualquiera de sus formas, condicional o de efectivo cumplimiento- o la eximición de pena. En cuanto a la libertad vigilada, su aplicación fue pensada como una alternativa previa a la condena y no posterior, y de ella se vale el juez para decidir si la pena es o no necesaria, en tanto se conforme con lo hecho por el joven durante el lapso de observación.” (del voto del Juez González Ferrari)

“La Convención Internacional, propone otra lógica: la de la protección integral que, como quedara dicho, trabaja sobre eje de la responsabilidad del joven por sus actos, en el entendimiento de que esa es la forma más apropiada de integración social. Es decir que lo integra, obligándolo frente a otros. Y en lo que a los medios para lograr esos fines se refiere, se enrola en una propuesta que persigue imponer medidas socio-educativas en vez de penas. (...) A casi veinte años de su existencia, nuestro país aún no ha adaptado la legislación interna para dar acabado cumplimiento con sus disposiciones, y si bien su

operatividad –como dijera- es indiscutida, la labor interpretativa para integrar la ley 22.278 a sus designios, tiene también límites, por cuanto no pueden los jueces crear medidas por fuera de las reconocidas en el marco legal existente, ni tampoco imponer su regulación, labores que son del estricto resorte de los otros poderes del estado.” (del voto del Juez González Ferrari)

“En relación a la prisionización de jóvenes infractores la CIDN asume como principio el de excepcionalidad y, supletoriamente el de encierro por el menor tiempo que proceda (art. 37 inc. B), al tiempo que se enrola en la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 37 inc. A). Para la determinación del plazo de encierro se ciñe a la garantía del principio de culpabilidad y de proporcionalidad en la determinación de la pena (art. 40 inc. 4), recordando previamente que el criterio general, tal como quedara dicho, es el de la primacía del uso de otras alternativas sancionatorias (art. 40). De tal suerte, a la luz de esos mandatos, corresponde de acuerdo con la instrucción dada por nuestro más Alto Tribunal, conciliar tales principios de rango superior con las disposiciones del art. 4º de la ley 22.278, que sostiene como única pena posible la de prisión.” (del voto del Juez González Ferrari)

“La reducción establecida por la ley en su artículo 4, se ajusta a los criterios de la Convención pues permite aplicar una pena diferenciada respecto de la que pueda corresponder a una persona mayor de dieciocho años de edad en las mismas circunstancias. Sin embargo entiendo que el mandato constitucional al que estamos obligados los jueces de la especialidad de ajustar el encarcelamiento por el menor tiempo posible (art. 37 de CIDN), no puede quedar limitado a ese tope mínimo, sino que a la vez debe de ser establecido en cada caso de acuerdo con el mandato consignado en el artículo 40, inc. 4º de la normativa suprallegal, en cuanto a que la determinación de la pena o la sanción debe guardar proporción no solo con la infracción –que ya lo ha determinado el legislador- sino con las circunstancias personales del justiciable. Repárese que aún dentro de los límites reducidos fijados por la ley, puede que el monto mínimo establecido sea excesivo y que por tanto se transforme en una medida retributiva no educativa, en consecuencia cruel, y prohibida expresamente por la norma desde que no está permitido el sometimiento del joven de una manera que no sea ‘...acorde con el fomento de su dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de éste asuma una función constructiva en la sociedad’ (art. 40.1 de la CIDN).” (del voto del Juez González Ferrari)

“Que el mínimo legal no sea un límite infranqueable para el juez no es una cuestión novedosa dentro de la doctrina nacional. Al respecto se han manifestado a favor de ello autores de la talla de Luigi Ferrajoli y Eugenio Zaffaroni (confr. “Derecho y Razón...” Ed. Trotta, Madrid, 1995, p.400 y “Manual de Derecho Penal”, Ediar, 2006, p.743) en el entendimiento de que ello favorece la búsqueda de una pena más equitativa de acuerdo con los fines perseguidos por el derecho penal. Justamente el derecho de la minoridad constituye uno de los ámbitos donde el legislador se hizo eco de ese criterio, y las disposiciones del artículo 4º de la ley 22.278 son la mejor prueba de ello, acogiendo el principio de flexibilidad en la determinación de las penas, principio que, por otra parte, es característico del derecho penal de menores a nivel internacional y que ha tenido acogida en todas las legislaciones de responsabilidad penal juvenil surgidas con posterioridad a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, al ofrecer al juez alternativas sancionatorias para que adecue plásticamente a cada situación la sanción con especial consideración de las circunstancias vitales del joven infractor.” (del voto del Juez González Ferrari)

“Incluso hay quienes sostienen que tal posibilidad emerge del propio texto de la ley 22.278 pues al remitirse a las disposiciones que de la tentativa establece el Código Penal, cabe ajustar ello al otro supuesto previsto por la legislación para imponer penas por debajo del mínimo legal: el de la punición de la comisión del delito imposible (confr. “el artículo 4, la ley 22.278 y la posibilidad de imponer una pena inferior al mínimo de la escala de la tentativa”, J.P. Santoianni, “Revista de Derecho Penal y procesal Penal”, Abeledo Perrot, octubre 2009), opinión que aunque interesante, no comparto por entender que difícilmente el legislador al establecer la pauta del artículo 4º lo hubiera hecho pensando en la punición de un delito de imposible cumplimiento. Es la Convención Internacional con su nuevo paradigma y sus principios expresos en tal sentido, la que obliga a replantear la punición ajustando en cada caso que la sanción sea por el menor tiempo que proceda.” (del voto del Juez González Ferrari)

“No cabe más que concluir que el encierro no cumple función alguna en su reinserción social, y que imponerle una pena de efectivo cumplimiento constituiría obrar en términos de retribución, de venganza y nunca de reeducación, por más que se lo quiera disfrazar eufemísticamente de esa forma. Tal propuesta de nuevo encierro además supone desconocer los términos de la ley 24.660 –ley de

ejecución penal- en donde no se prevé como parte del tratamiento penitenciario la realización de ningún tratamiento psicológico a los condenados, por lo cual nunca su nueva detención coadyuvaría a garantizar la realización de su imprescindible terapia." (del voto del Juez González Ferrari)

“En cambio, la imposición de una pena de ejecución condicional a la que se le adicione el cumplimiento como regla de conducta del tratamiento sugerido por todos los equipos interdisciplinarios intervinientes, satisface plenamente los fines perseguidos por la Convención Internacional, permitiéndole asumir responsablemente su rol en la sociedad. Entiendo que ello hace a su interés superior (art. 3, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/02, punto 53), desde que entre las soluciones posibles esa es la que favorece del mejor modo el disfrute de todos los derechos considerados en la normativa internacional, permitiéndole que en libertad permanezca reinsertado socialmente, al tiempo que pueda responsablemente concluir el tratamiento sugerido, y asumir frente a todo el conjunto social una respuesta valiosa por lo cometido”." (del voto del Juez González Ferrari)

“Valoro, entonces, la solución propuesta en los votos precedentes puesto que la lógica binaria que establecía la ley 22278, de sanción plena o atenuada, por un lado, y de eximición de sanción, por el otro, no daba respuesta al aspecto central y capital que promueven hoy las más modernas tendencias en materia penal juvenil, en las que se tiende a establecer en el joven la construcción de responsabilidad y autodeterminación por los actos propios en el marco de un adecuado respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, teniendo en miras una satisfactoria reintegración social y la asunción responsable de una función constructiva en la sociedad”." (del voto del Juez Barberis)

“En suma, de adoptarse tal criterio –como en definitiva se hizo- y pese a modificarse las escalas previstas por la ley 22278 en la forma atenuada de sanción, se hacía efectiva la conciliación entre el interés superior del tutelado y el sistema punitivo con un objetivo claro de fortalecimiento de la responsabilidad de aquel, sin que tal solución pudiera ser atacada por la presunta adopción de facultades legisferantes por parte del Tribunal, ya que fácilmente podía advertirse que si los Jueces de Menores podían sancionar enteramente, reducir esa sanción y, aún, eximir de pena al joven infractor, conforme lo establecido en el art.4º de la Ley 22278, tales facultades podían expresarse, también, en la imposición de una sanción con claros objetivos socio-educativos, ello, en virtud de aquel axioma: ‘quien puede lo más, puede lo menos’." (del voto del Juez Barberis)

Fallo en Extenso:

TOM N° 3 Cap. Fed., Causa n° 4377, “FLORES, Emmanuel Ezequiel s/ robo con armas, homicidio criminis causae y homicidio criminis causae en grado de tentativa, en concurso real”, 20/08/2010.

///nos Aires, 20 de Agosto de 2010.-

Fundamentos de la sentencia definitiva s/aplicación del artículo 4º de ley 22.278, dictada en la causa n° 4377 caratulada “FLORES, Emmanuel Ezequiel s/ robo con armas, homicidio criminis causae y homicidio criminis causae en grado de tentativa, en concurso real”.-/-

El Dr. Gustavo González Ferrari dijo:

I- Con fecha 2 de julio de 2009 la Sala III de la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal resolvió declarar a Emanuel Ezequiel FLORES autor penalmente responsable de los delitos de robo calificado por el uso de arma, homicidio calificado y homicidio calificado en grado de tentativa, todos ellos en concurso real entre si (arts. 42, 44, 45, 55, 80 inc. 7º y 166 inc. 2º del Código Penal)). En consecuencia, encontrándose superada la mayoría de edad penal del joven FLORES, se dispuso la celebración del debate correspondiente a los fines de dar cumplimiento con las disposiciones del artículo 4º de la ley 22.278.-

II- Conferida la palabra al joven Emanuel Ezequiel FLORES e impuesto de que en el marco de esta audiencia no se abordaría la cuestión referida a la materialidad del hecho y a su participación en él, circunstancia que había quedado despejada plenamente a través de los fallos de fs. 375/391 y de fs. 478/489, en donde se lo declaró penalmente responsable, manifestó como síntesis de su evolución que durante los dos años y medio de internación en institutos dependientes de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia terminó sus estudios de escuela secundaria recibiendo de perito mercantil;; participó de diversos talleres de labores dados en esa dependencia; inició los trámites para ingresar al profesorado de educación física; realizó terapia y recibió acompañamiento de los profesionales de los institutos; y mantuvo un buen nivel de convivencia con los restantes internos. Al otorgársele el régimen de licencias se incorporó inmediatamente a la actividad laboral en un taller de arenado donde trabaja de

lunes a viernes de 8 a 18 hs., actividad que ha mantenido ininterrumpidamente hasta la fecha; mantuvo su residencia con su grupo familiar, viviendo con su madre y sus hermanos, sumando recientemente a él a su concubina, Srta. Jéscica Paola Montiel -han vuelto a convivir desde hace nueve meses-, con quien tienen un hijo en común de tres años; y se ha hecho cargo de otras dos hijas de su mujer, fruto de una relación anterior. Cuando fue preguntado respecto del hecho por el que fuera declarado penalmente responsable, y qué explicación podía dar frente a lo acontecido luego de todo este tiempo, tras un prolongado silencio, y ante la insistencia del Tribunal solo atinó a manifestar que no () encontraba aún respuestas sobre lo que había sucedido; que sólo había podido hablar sobre lo ocurrido con su mujer; y que no había dado mayores precisiones durante el tratamiento. Reiterado que le fue por Presidencia y a través de la intervención de ambos vocales sobre si entendía la dimensión de lo sucedido, desde que ello era relevante a los fines de la decisión que correspondía adoptar, esbozó de un modo compungido que lo que había provocado era "...tremendo..."; y que sabía que hizo "...algo grave..." frente a lo cual no sabía "...qué hacer...". Luego completó su relato destacando que en este momento resultaba fundamental para él cumplir adecuadamente el rol de padre con sus hijos, y que ello ocupaba un lugar preponderante para poder sostenerse de cara a lo sucedido.-

III- Al recibir la prueba testimonial, primeramente el Tribunal escuchó en primer lugar a la Licenciada Valeria Soledad MÜLLER, psicóloga del "Instituto Luis Agote", quien se avocó al caso prácticamente desde el inicio de la internación. Describió a FLORES como un joven que se presentó a las entrevistas con buena disposición, de modo cordial y respetuoso. Discriminó dos etapas en el vínculo profesional. Una primera en la que se mostraba desafectivizado, sin carga de angustia, ni tampoco con mucha capacidad reflexiva. Para entonces el tema central en él era la paternidad inminente y su sensación de que estaba ausente por la situación de encierro de un momento central de su vida. Con ese cuadro decidieron profesionalmente fijar como objetivos en el tratamiento profundizar en la cuestión de la paternidad, replantearse el rol de hijo, de padre, y las responsabilidades que ello acarrea. A resultados de las entrevistas y de la administración de diversas técnicas proyectivas -HTP, Bender, Persona bajo la lluvia- pudieron establecer con mayor certeza que el joven presentaba un fuerte sentimiento de vacío y soledad; que la experiencia de separación de sus padres había dejado una huella traumática en su vida; que existía una hostilidad contenida hacia su padre y registraba indicadores de impulsividad; y que recurría a la negación como principal mecanismo de defensa para preservar la estructura de su personalidad. Destacó que la figura del padre constituía una cuestión central en el joven y que aquél evidenciaba no ser consistente en el vínculo. En cuanto al segundo momento del abordaje, precisó la profesional que FLORES fue ganando claridad en su discurso, mostrando recursos para lograr gradualmente mayor apertura y confianza; que en la convivencia demostraba colaboración con las pautas fijadas sin evidenciar síntomas de violencia. Pero persistió en la desconexión frente a sus angustias y a la dificultad para expresar sus sentimientos, y no abordó la cuestión vinculada con el hecho. En cuanto a si ella había advertido en FLORES que su adaptación obedeciese a algún tipo de simulación para eludir una condena, respondió que no tenía elementos para aseverar ello, que más bien creía que su actitud reticente respondía más a una cuestión constitutiva en él.-

Luego fue escuchado el Licenciado en Psicología Jacobo Roberto CHAUFAN, también del instituto Luis Agote, quien manifestó que la primera impresión que tuvo de FLORES fue la de un joven colaborador, reservado, "...bastante callado y muy medido en todo..."; que no era un chico con el perfil de quienes suelen ser alojados en la institución, ni con aquéllos que son imputados por hechos de gravedad, pues no generaba problemas, no tenía una actitud contestataria, ni era demandante. Por el contrario, se ajustaba a las consignas dadas, siempre participaba de las actividades diseñadas, toleraba bien los límites y trabajaba en todos los proyectos institucionales que se le proponían. Denotaba mucha preocupación por su rol de padre, sostenía los vínculos con su familia, constituyendo la madre una referencia constante, ya que se mantenía introvertido en cuestiones atinentes a su causa, a la que solo se refería de un modo difuso. Destacó que se trataba de un joven que había controlado la carga de angustia que podía tener; que le costaba sumergirse en sus afectos; que había alcanzado óptimos niveles de escolarización al punto de ser abanderado en su promoción, recibiendo de perito mercantil en una emotiva ceremonia; que la separación de sus padres constituía una dura bisagra en su vida manteniéndose al respecto, como así también en relación al hecho que lo condujo a la internación, sumido en una honda reserva, al punto de no hablar sobre ello. Finalmente destacó que en los dos años que lo siguió no detectó índices de impulsividad, aunque sí una tendencia a la negación y a la hiperactividad como mecanismo de defensa para no abordar las cuestiones más angustiantes, al tiempo que precisó que FLORES contaba con recursos para ir afrontando las cuestiones conflictivas desde que "...tiene capacidad reflexiva..." y con un buen tratamiento podría desenmarañar las cuestiones hasta ahora no abordadas profundamente, pues cuenta con capacidad de escucha y asimila y acepta pautas, refiriendo que entre tales cuestiones se encontraba el abordaje de los hechos que motivaron esta causa, los cuales -repitió- nunca fueron sometidos por el joven a consideración profesional, ni se le reclamó que lo hiciera. Preciso que se recomendó su externación, ya que habían sido notorios sus avances en el

ámbito escolar, en los vínculos familiares y en sus anhelos por proyectarse laboralmente, y no había generado problemas convivenciales, por lo que sostenerlo allí carecía –a su modo de ver- de sentido.- También declaró la licenciada en trabajo social Marisa Andrea FILIPPINO, del Instituto Luis Agote, quien supervisó la evolución del joven desde su ingreso hasta su egreso en julio de 2008. Preciso que con FLORES los objetivos trazados fueron la de ahondar en el conocimiento de la situación familiar y personal y evaluar si era posible retomar una convivencia con ellos. Al igual que los restantes profesionales destacó la colaboración que siempre brindó, su apego a las pautas dadas, su capacidad de escucha y su tendencia a mantenerse en reserva, preocupándose por su familia -especialmente por su paternidad- y por su situación judicial, en tanto afectara de alguna manera el cumplimiento de ese rol. Destacó que con el paso del tiempo FLORES pudo hablar de varias cuestiones que lo angustiaban tales como la separación de sus padres, su difícil relación de pareja por la negación de su concubina a que tomara contacto con su hijito, cuestiones de paternidad y su tendencia a cargarse de actividades con sumo compromiso, no descartando que de ese modo persiguiera eludir el abordaje de los hechos que motivaron su encierro, tema respecto del cual nunca habló. Nunca lo observó violento o exaltado, por el contrario consignó que FLORES podía abordar estas cuestiones de un modo cauto y tranquilo, e incluso tomar decisiones de importancia, como cuando decidió dar por terminada la relación con su pareja. Consideró la profesional que aquél había agotado todos los objetivos trazados y que por tal motivo la internación que se había adoptado a su respecto no cumplía ninguna función, por lo que se insistió en su salida institucional para proseguir el tratamiento afuera, a través de programas de la Secretaría de Niñez.-

Para ilustrar sobre su evolución posterior, declaró la licenciada en trabajo social Yésica Soledad ROJAS, miembro de la asociación civil “Camino del Sol”, donde fue derivado el joven por recomendación de los profesionales de la SENAF. Explicó que esa institución cuenta con varios proyectos, entre los cuales se encuentra el programa de jóvenes en conflicto con la ley penal. El equipo de operadores que interviene está constituido por un psicólogo y un trabajador social, además de un operador que acompaña a los jóvenes. Relató que desde el 28 de julio de 2008 FLORES concurría semanalmente, sin excepción hasta que recientemente se le propuso que limitara su concurrencia a un modo quincenal; su asistencia además de ser perfecta, fue acompañada con buena predisposición, participación, puntualidad y comunicación. Con él fijaron objetivos referentes a sostener la actividad laboral, que se alcanzó satisfactoriamente, pues mantuvo su trabajo desde que salió del instituto, y con su relación familiar en donde -también ella destacó- su rol de padre es algo que siempre lo preocupa, pero no abordaron sus necesidades de terapia psicológica individual por cuanto el profesional que había de hacerlo, abandonó la institución y no contaron con un reemplazo, circunstancia de la que no dieron cuenta a las autoridades por cuanto no había sido esta cuestión planteada como imprescindible para el acompañamiento, agregando que de hecho nunca conocieron los motivos por los que FLORES registraba una causa penal. Calificó al joven como una persona con capacidad de superación y de escucha, y con recursos para abordar las cuestiones que se planteen profesionalmente.-

Finalmente se escuchó a la Licenciada Elvira TOBAR, del cuerpo de Asistentes Tutelares del tribunal, quien manifestó que a lo largo de la supervisión, que duró siete meses -pues concluyó con la mayoría de edad del joven- FLORES cumplió al pie de la letra todas las indicaciones impartidas, situación que llevó a la declarante a definirlo como “cumplidor”. Al respecto observó todas las derivaciones que se le efectuaron, prosiguió los tratamientos aún cesada la disposición y demostró una regularidad plena, a la vez que llamativa, según sus dichos. Preguntada que fue para que precisara a qué se refería con ello, precisó que tenía la sensación de que FLORES se había ajustado a las consignas de un modo conveniente, pero que no podía asegurar que ello obedeciera a una actitud más honda de compromiso y reflexión. Ilustró tal percepción haciendo notar que le sorprendió mucho haberse enterado que FLORES retomó la relación de pareja con la madre de su hijo –la anteriormente aludida-, cuando a lo largo del seguimiento ésta había sido una cuestión que tenía cerrada por el daño que le había ocasionado a él, no solo en la relación con el hijo en común, sino también en relación a los hechos que motivaron esta causa. Sin embargo, culminó diciendo que esto era una decisión personal del joven, en la que ella no podía entrometerse, especialmente si se tenía en cuenta que era una elección tomada fenecido el tratamiento.-

IV- Concluido el debate, el Tribunal pasó a deliberar, considerando necesario la producción de una nueva medida de prueba, conforme autoriza el artículo 397 del Código Procesal Penal de la Nación. Así se dispuso la reapertura del debate para ordenar la realización de una pericia médica forense a cargo de los Dres. Andrés Alberto MEGA, Javier Osvaldo CABELLO y José Luis COVELLI, del cuerpo dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quienes en el marco de la junta médica evaluaron al joven FLORES. Concluyeron, luego de numerosas entrevistas que el nombrado presenta indicadores de un trastorno de personalidad de base esquizoide, con rasgos narcisistas y proclividad a conductas inadecuadas; que ello no implica anormalidad psicojurídica; que si bien evidenciaba potencial peligrosidad, ella podía ser controlada con un tratamiento psiquiátrico y psicológico ambulatorio con supervisión judicial estricta y reevaluación psiquiátrico forense cada seis meses; que el

grado de conciencia, reflexión y autocrítica real sobre sus acciones es muy reducido; que cuenta con notable capacidad para impresionar a sus interlocutores sobre lo contrario; que el tratamiento que recibió durante la supervisión tutelar fue el indicado; que existen signos de alarma sobre una falta real de conciencia por parte del joven; y que si bien era encomiable el trabajo realizado por el Tribunal y sus colaboradores, este caso en particular revestía condiciones tan especiales que los medios más idóneos de evaluación y control se veían superados, razón por la cual el tratamiento propuesto resultaba imprescindible (confr. fs. 531/534).-

En el marco de ese estudio también se pronunció la Licenciada en psicología Adela ORGATTI, también del Cuerpo Médico Forense, quien luego de mantener entrevistas y administrar con el joven diversas técnicas proyectivas y clínicas, dictaminó de modo saliente que: no presentaba alteraciones ideativas ni de lenguaje, sin perjuicio de precisar que se trata de una persona de rendimiento cognitivo simple; que sus relatos carecen de afectividad, delineando un estilo esquizoide; que no presentaba problemas neurológicos; que evidenciaba una tendencia a la expansión, baja tolerancia a la frustración e inestabilidad emocional, oscilando entre el retraimiento y la impulsividad; que cuenta con un precario repertorio defensivo para afrontar situaciones de tensión o presión, con prevalencia de torpeza e inoperancia social. Destacó que FLORES presenta un cuadro de sobrecarga emocional crónica, con pocos recursos para afrontar esa situación resultando proclive a conductas impulsivas inadecuadas; que prevalecen en él sentimientos de resentimiento, de agresión con conductas desafiantes, sin evidencias de interés por otros; y que ello lo conduce a asumir conductas evitativas, con características infantiles, dificultades en la comunicación y en la expresión de la agresión. Recalcó la falta de recursos defensivos manifestado que cuando los intentos de racionalización resultan inadecuados por presentársele una situación adversa, recurre a la desmentida; que es poseedor de una baja autoestima; y que cognitivamente demuestra predominio de pensamiento práctico, con estilo omnipotente, ambicioso y con ideales por sobre sus recursos. Además puntualizó que a través de sus respuestas intenta ofrecer una imagen favorable de si mismo, mostrándose convencional y bien adaptado a los valores sociales; y aunque registra tener problemas, no consigue expresarlos "...en forma abierta ya que esto distorsionaría su imagen y reduciría la aceptación social que necesita, al mismo tiempo que no se siente capaz de enfrentar sus conflictos por si mismo y pretende minimizarlos, aparentemente a través de su búsqueda de ajuste social, recurriendo a la negación y represión, como mecanismos defensivos. (...) son sujetos que presentan tendencias egoístas, narcisistas y autocentramiento, con poca capacidad de insight respecto de las causas de sus síntomas y en relación a sus propias necesidades y conflictos. Puede presentar sentimientos de depresión. (...) Los problemas que presenta son por naturaleza de larga data, más que situacionales o transitorios". Surge como relevante de sus conclusiones que a través de las técnicas proyectivas administradas, el sobre control de la hostilidad la orienta en el sentido de la tendencia a expresar sus sentimientos de enojo, viéndose a si mismo libre de sentimientos de tensión y de conflictos internos, con acumulación de resentimiento e indica un potencial para conductas explosivas cuando fallan los controles. Al igual que los profesionales psiquiatras, recomendó un abordaje terapéutico, con periódica certificación de su cumplimiento.-

V- A la hora de efectuar alegatos, en primer término, se otorgó la palabra a la Sra. Defensora Pública de Menores Dra. Matilde BENZI DE PAREJA. Comenzó destacando la actitud asumida por el joven a lo largo de todo el proceso, rescatando las palabras dichas por FLORES cuando señaló sumido en angustia y llanto que nunca podría olvidar lo que había hecho y que éste quebrantamiento resultaba a su modo de ver honesto. "FLORES se siente culpable y reflexionó sobre lo hecho", así se pronunció la Sra. Defensora, quien agregó que no es fácil efectuar un reconocimiento como el que el joven había efectuado. Luego de pasar revista sobre el tratamiento implementado consideró que adoleció de deficiencias, pero no imputables a su asistido, sino al sistema que favorece la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, cuando propone abordar todos los casos del mismo modo sin ahondar en la gravedad que cada uno de ellos presenta. Manifestó que con FLORES se había hecho lo mínimo e imprescindible, sin ir más allá, sin "demasiada preocupación por lo hecho por el joven". Luego de reseñar las declaraciones escuchadas en la sala de audiencia, insistió en que las pautas que le fueron fijadas de acuerdo con los lineamientos de política criminal de la infancia trazada por la SENAF fueron satisfechas por él, pese a reiterar en que a su modo de ver –y siempre con lo escuchado- nunca se trabajó sólida y seriamente con las causas que pudieron haber conducido al joven a actuar del modo en que lo hizo. Destacó como muy valioso el hecho de que el joven se impuso continuar el tratamiento propuesto aún cuando ya había alcanzado la mayoría legal de edad; y descalificó en duros términos lo declarado por la asistente tutelar del caso –Sra. Elvira TOBAR- al sostener que no podía ella a esta altura venir a afirmar tan tajantemente como lo hizo, que FLORES era un simulador que mediante el cumplimiento formal pretendía eludir su responsabilidad. Si esa era su apreciación –sostuvo la Dra. BENZI- hubiera correspondido que en su rol de supervisión delegada por el Tribunal, entre otras cosas, diera aviso de ello, además de indagar adecuadamente sobre si el lugar de derivación resultaba el acertado para permitir que FLORES ahondara en su tratamiento, o si se trataba –como parecía ser de acuerdo con lo declarado por la Lic. ROJAS- de un lugar de simple contención para que transcurriera el

tiempo de observación. Recordó la Sra. Defensora de Menores que las líneas que se trazan a la hora de diseñar un tratamiento en los términos de la ley 22.278 se apunta a trabajar en cuatro áreas: educación, trabajo, vinculación con su entorno familiar y abordaje terapéutico. Las tres primeras fueron plenamente cumplidos ya que FLORES terminó su escolarización primaria y secundaria con óptimo rendimiento; realizó todo tipo de talleres y cuando se le concedió licencia para evaluarse su desempeño en libertad, se insertó laboralmente al día siguiente manteniendo ocupación útil hasta la fecha; y en cuanto a los vínculos familiares, no sólo se reintegró a su hogar sino que constituyó el propio haciéndose cargo de su hijo, e incluso de los hijos de su concubina. Si existía una deuda de parte del joven con el tratamiento, ésta era la del abordaje terapéutico que evidentemente no fue el adecuado, insistió, no por no contarse con su colaboración, sino fundamentalmente por no habersele dado recursos, carga que correspondía al área administrativa proveer a través de la SENAF. Por tanto no cabía arribar a otra conclusión más que la de que el trabajo tutelar había sido exitoso puesto que los objetivos de reinserción social perseguidos por la Convención Internacional de los Derechos del Niño estaban cumplidos. Recordó la Magistrado de la Defensa que la Corte Suprema de Justicia en el precedente “Maldonado”, resuelto el 7 de diciembre de 2005, había sostenido que con los jóvenes en conflicto con la ley penal debían los tribunales correr un riesgo para evaluarlos en libertad y que este Tribunal, valientemente, lo tomó al concederle licencia para evaluarlo en el medio libre, obteniéndose como resultado que FLORES, a casi cinco años de los graves acontecimientos que lo llevaron a juicio, estuviera reinsertado en la sociedad. De tal suerte, ahora que corresponde resolver en definitiva, abogó para que el Tribunal actuara con los criterios de especialidad que supo demostrar y no como jueces de mayores, ajustando la decisión a los principios convencionales entre los cuales destacó el interés superior del niño y la no privación de libertad, medida a la que sólo cabía recurrir como último recurso (arts. 3, 37 y 40 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño). Por tanto propició que FLORES resulte absuelto en los términos del artículo 4º de la ley 22.278, no por no haber sido responsable de lo sucedido –ya tal cuestión fue dirimida al declarárselo penalmente responsable- sino por haber demostrado la enmienda perseguida con el tratamiento tutelar implementado, propuesta que respaldó en diversos precedentes jurisprudenciales tales como el citado “Maldonado” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y “Silber” y “Arias” de la Excma. Cámara de Casación Penal. Reabierto el debate quien alegó sobre la nueva prueba producida fue la Dra. Claudia LOPEZ RETA – su antecesora se jubiló- y ratificó lo antedicho, a la vez que sostuvo que la pericia no hacía más que reafirmar las carencias del sistema no imputables a FLORES, al tiempo de relativizar lo apuntado por los Sres. Médicos Forenses en orden a la capacidad simulativa del joven, pues a su modo de ver cuesta creer que alguien con recursos tan precarios como el joven FLORES, pudiese desplegar una compleja puesta en escena. Así, respaldó la absolución-

Conferida la palabra al Sr. Fiscal General, Dr. Claudio DI PAOLA DERQUI, adelantó que no estaba de acuerdo con tal propuesta, fundamentalmente por cuanto la innegable magnitud que presentaban los hechos impedía –a su modo de ver- que el Tribunal decidiera en términos de la absolución prevista por la ley 22.278. Sostuvo ese Magistrado que asistía razón a la Sra. Defensora en cuanto a que el precedente “Maldonado” de la Corte Suprema de Justicia establecía que la gravedad del hecho no era dirimente para definir la concesión del beneficio absolutorio, pero no por ello no debía de ser considerada. Pasando revista a lo escuchado en las audiencias y a los informes producidos en el expediente tutelar y en los autos principales valoró favorablemente que el joven no registrase ningún otro antecedente penal; los esfuerzos demostrados dentro del Instituto de detención, ámbito donde completó sus estudios y acató las consignas impartidas; y su comportamiento fuera de él al otorgársele licencia. Pero estimó que ello no era suficiente para compensar lo que había hecho el joven –matar a una persona e intentar matar a otra-, fundamentalmente por cuanto no había demostrado arrepentimiento frente a los graves episodios que protagonizó, poniendo en evidencia que los resultados del abordaje psicológico fueron meramente formales, superficiales, y hasta inexistentes, cuestión que por otra parte vino a ratificar las conclusiones del sólido dictamen médico forense. Respaldando tal consideración en el testimonio de la Licenciada en Trabajo Social Elvira TOBAR, afirmó que él como aquella no apreciaba ninguna instancia reflexiva en el joven que permitiera sostener que estaba recuperado para la sociedad, por lo que correspondía que se le aplicara una sanción, a modo educativo, con la reducción prevista por el artículo 4º de la ley 22.278. Fue así que propuso que se le impusiese a FLORES una pena privativa de libertad de quince años de prisión, accesorias legales y costas, solución que conllevaría su necesario encarcelamiento.-

Finalmente la Defensa Técnica de FLORES, adhirió a lo argumentado por la Dra. BENZI, señalando en réplica a la Fiscalía que el joven es un muchacho con dificultades para abrirse afectivamente, tal como lo resaltaron los profesionales que lo atendieron, pero que ello en modo alguno permitía afirmar que no tuviese capacidad reflexiva. Asintió esa parte en cuanto a que resulta imprescindible que FLORES prosiga un tratamiento psicológico profundo y comprometido, pero que ello no debía lograrse a través del encierro, pues la pena privativa de libertad efectiva, en los términos de la Convención Internacional, resulta ser la “última ratio”, el último recurso al que echar mano, que carecía de sentido en su caso.

Concluyó que luego de escuchar los testimonios recibidos por el Tribunal a los profesionales a quienes se confió el tratamiento de FLORES, "...evidentemente algo falta en el sistema para hacerlo eficiente", pero que si consideramos que el Derecho Penal apunta a ser una herramienta para lograr la reinserción del infractor y no su castigo por el castigo mismo, en el caso en estudio ese fin fue alcanzado y no había otra cosa más que absolver a FLORES, tal como lo impone la ley 22.278 en su artículo 4º, pues –sostuvo- "...ha cumplido pese a las fallas para tratar cuestiones personales...".-

VI- Dispone la precitada ley 22.278 bajo la cual se conduce este proceso en razón de la minoridad de FLORES al momento de cometer los hechos por los que fuera penalmente responsabilizado a fs 375/791 y 478/489 que satisfechos los requisitos objetivos de la edad del justiciable –dieciocho años-, la existencia de una sentencia de responsabilidad a su respecto, y la realización de un tratamiento tuitivo implementado por no menos de un año y prorrogable hasta los veintiuno, "...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, así lo resolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2º". A estar a ese texto legal, es el objetivo primordial de la labor jurisdiccional determinar si la pena resulta o no necesaria; y tal finalidad no puede ser cumplida mediante el análisis aislado de alguno de los cuatro rubros allí consignados, sino que debe ser producto de una prudente y armónica valoración de todos y cada uno de ellos, sin poder otorgársele a ninguno preeminencia sobre los demás, pues han sido expresa y taxativamente señalados por el legislador como un sistema de compensación y complementación unos de otros. Dicha valoración, además no puede quedar sujeta a un ejercicio discrecional de las amplias facultades que ese texto confiere a los jueces de menores, sino que han de ser apreciados a la luz de los criterios rectores de la precitada Convención, que han venido a poner un saludable límite a aquélla situación, pues resultan de operatividad indiscutible desde que se trata de una normativa de derechos humanos fundamentales incorporada a la Constitución Nacional (artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional, cuestión así sostenida por la Corte Suprema de Justicia la Nación en Fallos 327:3312).-

VII- Así como la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma; y tal culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación con que contó para ejercer su conciencia moral de acuerdo con las situaciones que lo rodearon (Fallos 331:636); puede sucederse lógicamente de ello que la medida de la necesidad de la pena debe determinarse valorando si como consecuencia de la supervisión implementada, el joven ha fortalecido ese ámbito de autodeterminación, mejorando las condiciones vitales que favorezcan su aptitud para motivarse frente a los mandatos de la ley, y demostrando que es capaz de responder en lo sucesivo por sus actos. Ello puede evaluarse, en términos de la Convención Internacional, si se aprecia que ha fortalecido "...el respeto (...) por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros...", pues lo que se persigue es su reintegración y que asuma responsablemente una función constructiva en la sociedad (art. 40 inc. 1).-

VIII- Los elementos de juicio para apreciar tal cuestión son aportados por el tratamiento al que hace alusión la ley 22.278, que varían según cada caso y se expresan fundamentalmente en los distintos desempeños que haya demostrado el joven infractor en los diversos ámbitos de inserción social a lo largo del tiempo que dura la supervisión. A tal fin pueden ser evaluados como indicadores de construcción de responsabilidad y autonomía los avances que el joven evidencie a nivel de escolaridad, su inserción laboral, la generación y el sostenimiento de vínculos duraderos, la repetición o no de actos disvaliosos, la capacidad de responder respetuosamente frente a límites en la convivencia, la asunción de una actitud crítica frente a los propios actos, por nombrar solo algunos. Es decir que entre las circunstancias que rodeaban la autodeterminación y capacidad de motivación frente a la ley antes del hecho cometido y las existentes luego de la intervención judicial a raíz de ello, debe apreciarse un cambio sustancial en donde el esfuerzo realizado por el joven infractor cobre un papel preponderante, pues ello es la mejor medida de su intención de reinserción, al tiempo que permite abrigar razonablemente la expectativa de que los episodios en los que se vio involucrados no habrán de repetirse. Esta posición frente al denominado "tratamiento", con eje en la noción de responsabilidad y de autonomía, es la que más se ajusta a los términos de la Convención Internacional, desde que se coloca el problema del delito cometido por los jóvenes en el ámbito del compromiso frente a los derechos de los otros y no como lo hacía la visión positivista propia de la ley 22.278, en la enmienda de su peligrosidad a través del mero cumplimiento de actividades. Se pretende ahora "...la restauración de las condiciones que permiten construir responsabilidad en el seno de una cultura de derechos, y no como hace el positivismo, en la readaptación del infractor" (confr. "Hacia un nuevo Sistema de Justicia Juvenil", Luis González Plasencia, en "Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes", Programa de Cooperación sobre DDHH México-Comisión Europea, pág. 407).-

IX- En este orden de ideas, parece pertinente resaltar que si bien ni la gravedad del hecho ni la peligrosidad evidenciada son correlato necesario de la necesidad o no de pena (Fallos 332:512), pues de haberlo querido así el legislador hubiese clausurado la posibilidad de disponer una absolución en tales

casos, y no lo hizo, sí influyen aquéllas junto con los antecedentes personales del joven para trazar los objetivos del tratamiento y las medidas que se adopten en el marco de una injerencia autorizada por la ley por mediar una imputación delictiva (ver Opinión consultiva 17/02 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). No parece razonable en términos de equidad reclamar del mismo modo a quien con sus actos ha quebrantado violentamente la paz social al punto de transgredir la protección de bienes jurídicos más valiosos, que a quien obró con menor contenido de injusto; como tampoco cabe medirlos con la misma vara, en uno u otro supuesto sin considerar los distintos niveles de vulnerabilidad social que presentan los infractores de acuerdo con sus respectivas historias vitales.-

X- En el caso en análisis surge de los antecedentes personales de Emmanuel Ezequiel FLORES que proviene de un hogar bien constituido, conformado por su padre, su madre y seis hermanos, que se vio desintegrado con la separación del matrimonio cuando aquél contaba con once años de edad; que se trata de un grupo trabajador afincado en la localidad de Gregorio de Laferrere, Buenos Aires, lugar donde transcurrió la mayor parte de su infancia. Completó un nivel de educación primaria que no prosiguió por incorporarse al mundo del trabajo junto con su padre en actividades vinculadas a la construcción. No padeció enfermedades de gravedad ni adicciones a los estupefacientes de importancia. En cuanto a sus características de personalidad siempre denotó ser un joven responsable, respetuoso y reservado, actitud que no solo fue apreciada por los profesionales que intervinieron una vez sucedido el hecho que aquí nos convoca, sino incluso por lo propios familiares de las víctimas. A nivel afectivo al momento en que se inició la causa, se encontraba en relación de pareja con una joven, Srta. Montiel, con quien tuvo un hijo.-

XI- Respecto a la modalidad de los hechos que motivaron la formación de este proceso han sido materia de un puntilloso análisis tanto por el Tribunal como por el Superior en sendos pronunciamientos obrantes a fs. 375/391 y 478/489, respectivamente. Se erigen como datos salientes que el joven dio muerte al señor Gumersindo DIAZ, de ochenta años de edad, con un fuerte golpe en su cabeza, que le infringió con una pesada herramienta, que tal lesión le provocó la muerte luego de desangrarse en el patio de su casa, donde fue abandonado por aquél aún con vida; que ello tuvo lugar en circunstancias en que FLORES concurría al domicilio de la víctima para realizar labores de albañilería, manteniendo con el anciano y su familia un vínculo de confianza, desde que éstos no solo trataban asiduamente con él, sino también con su padre, que actuaba como contratista; que el golpe con el que le abrió la cabeza a la víctima fue luego de haber mantenido con éste una lucha; que el móvil de esa conducta obedeció a la sustracción por parte de FLORES de una suma de dinero, para asegurar ese resultado y lograr su impunidad; que además golpeó del mismo modo y con la misma ferocidad a la esposa de DIAZ, Sra. Estrella GUTIERREZ, en aquél entonces de 73 años de edad, a quien también dejó abandonada en la terraza del domicilio, con pérdida de conocimiento, luego de que – aparentemente- también la diera por muerta; y que inmediatamente de ello se marchó de la casa, si retornar a su hogar, resultando detenido un día después merced a los datos aportados por su padre para dar con él.-

XII- De acuerdo con los antecedentes personales y del episodio que protagonizara, se dispuso respecto de FLORES su internación en institutos dependientes del SENAF, situación en la que permaneció a lo largo de dos años y medio, aproximadamente. En tal situación completó su escolaridad secundaria con resultados óptimos (ver fs. 239/240 y 264/267 del expediente de disposición tutelar nro 3105 formado respecto del joven encausado), realizó diversos talleres formativos (ver fs. 82/84, 110, 123, 142, 150, 198/199, 208/210 del referido disposicional), acató satisfactoriamente las consignas dadas por las autoridades sin registrar sanciones de ningún tipo (conforme se colige de las constancias obrantes en dicho expediente –cuestión ésta consignada en el auto de fs. 292/293 como uno de sus fundamentos-, tales como los informes glosados a fs. 24/25, 27/28, 123/124, 150/151, 209, entre otros, de los que surge que en el espacio convivencial el joven no presentó problemas para con sus compañeros ni para con los adultos responsables de su cuidado, acudiendo a la palabra como medio resolutivo de conflictos) y asistió a las entrevistas con los profesionales del área de servicio social y psicología donde pudo abordar temas vinculados con su paternidad, proyectos laborales y de estudio terciario, y vinculación familiar, aunque sin abordar con tales profesionales los hechos que lo condujeron al encierro. Cuando aquéllos evaluaron que los objetivos mínimos trazados estaban alcanzados, y estimaron que el encierro ya no aportaba ninguna circunstancia favorable para su evolución, sugirieron su externación para ser evaluado en libertad. Así fue dispuesto por el Tribunal prosiguiéndose su supervisión durante la cual se insertó laboralmente de modo inmediato –como operario de un taller de arenado, “Arenado en General”-, retornó al hogar de su madre, asumió su rol de padre con su hijo de, en ese entonces, 2 años de edad, reanudó su relación de pareja con Jéssica Montiel, haciéndose cargo de los hijos de ésta, y concurrió sin falta al lugar al cual sugirieron las autoridades de la Secretaría de Niñez y Adolescencia que debía asistir, para realizar tratamiento psicológico, labor que no fue desarrollada adecuadamente de acuerdo con lo oído en el marco de las audiencias celebradas, por cuanto allí se brindaba básicamente acompañamiento con operadores y no seguimiento terapéutico.-

XIII- Como quedara dicho anteriormente, lo que corresponde valorar de la supervisión a la que fuera sometido FLORES, es si éste ha logrado conjurar las circunstancias vitales que pudieron haber limitado su ámbito de autodeterminación o no, y si se ha generado en él aptitud para responder por sus actos. No se advierte que la constelación situacional en la que se encontraba inmerso con anterioridad a los graves episodios que protagonizara, ni sus capacidades personales para entonces, difieran de las logradas durante el tratamiento. Me refiero a que no pueden constituir indicadores dirimientes para hablar de una apropiación de la noción de responsabilidad por lo cometido por parte de aquél, pues a estar a los testimonios recogidos y ya consignados previamente, tanto antes como después del tratamiento es posible constatar que FLORES era y sigue siendo un joven afecto al trabajo, con contención familiar, capaz de generar y mantener vínculos afectivos, y con recursos cognitivos como para poder proyectarse. Tampoco puede afirmarse que las variadas actividades que realizó durante su situación de encierro –participación de talleres, obtención del título secundario, respeto por pautas convivenciales- hablen por sí de que constituyan signos claros y concretos de un aumento en su capacidad de respuesta respetuosa frente a terceros. Ello ya también eran conductas que habitualmente exhibía poseer antes de su internación pues demostraba ser responsable en sus trabajos y podía obligarse con otros, como por ejemplo lo demuestra su vínculo de pareja. Incluso su capacidad de reflexionar sobre el rol de padre, y su preocupación por abordar el tema en el marco de las entrevistas psicológicas y sociales en el instituto, hablan a las claras –como sostuvo el Lic. CHAUFAN- que le interesa asumir responsabilidades de modo comprometido. Sin embargo el único aspecto que no quiso abordar ni en situación de encierro, ni luego en libertad, pese a esa capacidad reflexiva apreciada por todos los profesionales oídos por el Tribunal, ha sido el vinculado con los graves hechos que motivaron la causa, que ha preferido callar, negándolos. Este mecanismo advertido por las Licenciados MULLER y CHAUFAN –quienes refirieron que el joven tendía a la hiperactividad y a la demostración de sumisión como recurso evasivo- no fue desmantelado durante la observación, a estar a las sólidas conclusiones producidas por los señores médicos forenses en junta médica y por la Licenciada ORGATTI, de ese mismo organismo, y constituye un núcleo central para poder hablar de que ha superado siquiera mínimamente los obstáculos personales para su integración social. Por tanto la imposición de una sanción deviene necesaria.-

XIV- El respeto por los derechos humanos y los derechos de terceros aludidos por la Convención Internacional, no pueden verse nunca fortalecidos consolidando en el joven el olvido o la negación de los actos cometidos; y si el tribunal se limitara a conformarse con el mero cumplimiento por parte de él de actividades –laborales, educativas o de otra índole-, cuya intencionalidad no era otra –como quedara dicho- que la de colocarlo en una perspectiva responsable frente a lo hecho, estaría consolidando en él el peor de los mensajes: que no es necesario darse una explicación sobre la situación provocada, cuando ésta ha constituido una franca vulneración de uno de los derechos más sagrados para cualquier sociedad como es la vida de los semejantes. Y con ello, la noción de impunidad impropia en un estado de derecho en donde debe ser reinsertado. Al respecto señala Mary Beloff que “...la idea de responsabilidad en los adolescentes es central desde la perspectiva de su integración social, porque difícilmente alguien puede constituirse como ciudadano pleno si no logra vincularse de alguna manera con sus actos y comprender el significado disvalioso que los delitos que comete tienen para la comunidad en la que vive...” (confr. “Los jóvenes y el delito: la responsabilidad es la clave”, en Bien Común, año XI, núm. 124, abril de 2005, pp.35-37).-

XV- Me resta señalar dos cuestiones. Una contestando a la Defensa Pública y a la técnica, en cuanto a que la falta de abordaje del tema de los homicidios –consumado y tentado- protagonizados por FLORES, ha sido consecuencia de una negligente intervención por parte de los profesionales de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia; y la otra sobre la impresión causada por el joven, cuestión que resulta de importancia por constituir una de los cuatro rubros que debe tener en cuenta el juez a la hora de decidir sobre la necesidad de la sanción. Ambas guardan relación entre sí, como de seguido se verá. En punto de la primera, absolutamente todas las partes fueron contestes en que este aspecto era central y no fue satisfecho por el tratamiento. Más allá de cualquier reproche que se pueda hacer respecto a la deficiente intervención de los profesionales –que será materia de consideración más adelante-, no puede negarse que el espacio terapéutico para que FLORES asumiera su responsabilidad existió, y éste lo tomó para tratar otras problemáticas que le resultaron de más importancia abordar. Podrá decirse que tal vez eso fue lo que psicológicamente podía hacer desde que no contaba con recursos para tratar la otra cuestión. Pero no parece ser así a estar a la actitud elusiva asumida a través de su hiperactividad; a la impresión que todos los profesionales se forjaron de él en cuanto a que es una persona capaz para tratarla pese a su reservada personalidad, con posibilidades cognitivas y de trato para abordar sus problemas; y a su aptitud para manipular el vínculo terapéutico y de acompañamiento, apreciación ésta que se desprende del dictamen forense realizado por tres especialistas psiquiatras y una psicóloga y que converge con la impresión de la Asistente Tutelar del Tribunal. Es que en realidad FLORES nunca se sintió obligado a dar una respuesta por lo hecho y esa percepción aún persiste en él. Enseña el profesor y filósofo de la Universidad de Oxford John R Lucas que “...el núcleo del concepto

responsabilidad es que se me pueda formular la pregunta “por qué lo hiciste” y sentirme obligado a dar una respuesta...” (confr. “Responsability”, Oxford: Clarendon Press, 1993, pág.5). A estar a lo apreciado en el marco de la audiencia de visu, donde sin intermediación de profesionales, ni por dichos de otros operadores, concediéndosele la palabra tal como lo dispone el artículo 12 de la Convención Internacional, FLORES fue preguntado en esos términos y dio cuenta de que nunca le preocupó la razón de su encierro, sino solamente que éste se prolongara. Es decir no se ha sentido obligado porque no ha asumido ninguna responsabilidad.-

Por todo ello habré de proponer a mis distinguidos colegas la imposición de una sanción respecto de FLORES, en el entendimiento de que resulta necesario recurrir aún a la adopción de una medida que permita satisfacer los fines perseguidos por la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Y en este sentido la propia sentencia, a través de su fundamentación y decisión, puede constituir un eficaz acto pedagógico, una invitación a la memoria, que le permita a FLORES asumir su responsabilidad y construir de un modo más integral su subjetividad –

XVI- Como quedara dicho anteriormente, la ley 22.278 establece como parámetro de sanción solamente el encierro, pues de acuerdo con una lógica ajustada a los tiempos en que aquélla cobró vida, el legislador optó con hacer valer la especialidad de la minoridad mediante el criterio de una pena igual a la que correspondería a un adulto cuando no hubiese signos de enmienda en el joven, o a lo sumo de una pena cuantitativamente reducida a la mitad, de acuerdo a las disposiciones que rigen la tentativa, cuando la evolución fuese apenas satisfactoria (art. 4º). Es decir se apropia de una lógica binaria en la que solo caben dos posibilidades: la pena de prisión –en cualquiera de sus formas, condicional o de efectivo cumplimiento- o la eximición de pena. En cuanto a la libertad vigilada, su aplicación fue pensada como una alternativa previa a la condena y no posterior, y de ella se vale el juez para decidir si la pena es o no necesaria, en tanto se conforme con lo hecho por el joven durante el lapso de observación.-

XVII- La Convención Internacional, propone otra lógica: la de la protección integral que, como quedara dicho, trabaja sobre eje de la responsabilidad del joven por sus actos, en el entendimiento de que esa es la forma más apropiada de integración social. Es decir que lo integra, obligándolo frente a otros. Y en lo que a los medios para lograr esos fines se refiere, se enrola en una propuesta que persigue imponer medidas socio-educativas en vez de penas. Así dispone en su artículo 40 inc. 4º “...se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y suspensión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de una manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”. A casi veinte años de su existencia, nuestro país aún no ha adaptado la legislación interna para dar acabado cumplimiento con sus disposiciones, y si bien su operatividad –como dijera- es indiscutida, la labor interpretativa para integrar la ley 22.278 a sus designios, tiene también límites, por cuanto no pueden los jueces crear medidas por fuera de las reconocidas en el marco legal existente, ni tampoco imponer su regulación, labores que son del estricto resorte de los otros poderes del estado. Esto obliga a transitar por un delicado límite que sería loable que se viera vencido de una vez por todas, con la sanción de una ley de responsabilidad penal juvenil, por cierto demorada. En este sentido cabe destacar también que no hay motivos para tildar de inconstitucional la ley 22.278, pues pese a que se trata de una ley sancionada durante gobierno de facto, el pertinente control de su contenido fue efectuado por el Congreso Nacional a través de la ley 23.077 de “Protección del orden constitucional y la vida democrática”, no integrando el lote de normas derogadas; y en ocasión de poder expedirse sobre sus contenidos, contando ya para entonces la Convención Internacional de los Derechos del Niño rango de normativa supralegal complementaria de derechos y garantías constitucionales –art. 75 de la Constitución Nacional-, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su condición de intérprete supremo de las normas aplicables en suelo nacional (Fallos 332:1488), no la consideró contraria a ésta sino tan solo en lo atinente a la disposición definitiva de menores de edad sin causa penal, refiriéndose a aquélla ponderativamente como una “... pieza jurídica fundamental nacional en la materia” que debe ser conjugada con la Convención (CSJN in re “Maldonado, Daniel”, M 1022. XXXIX, puntos 24 y 35).-

XVIII- En relación a la prisionización de jóvenes infractores la CIDN asume como principio el de excepcionalidad y, supletoriamente el de encierro por el menor tiempo que proceda (art. 37 inc. B), al tiempo que se enrola en la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 37 inc. A). Para la determinación del plazo de encierro se ciñe a la garantía del principio de culpabilidad y de proporcionalidad en la determinación de la pena (art. 40 inc. 4), recordando previamente que el criterio general, tal como quedara dicho, es el de la primacía del uso de otras alternativas sancionatorias (art. 40). De tal suerte, a la luz de esos mandatos, corresponde de acuerdo con la instrucción dada por nuestro más Alto Tribunal, conciliar tales principios de rango superior con las disposiciones del art. 4º de la ley 22.278, que sostiene como única pena posible la de prisión. -

XIX- La primera consideración que cabe efectuar es que la reducción establecida por la ley en su artículo 4, se ajusta a los criterios de la Convención pues permite aplicar una pena diferenciada respecto de la que pueda corresponder a una persona mayor de dieciocho años de edad en las mismas circunstancias. Sin embargo entiendo que el mandato constitucional al que estamos obligados los jueces de la especialidad de ajustar el encarcelamiento por el menor tiempo posible (art. 37 de CIDN), no puede quedar limitado a ese tope mínimo, sino que a la vez debe de ser establecido en cada caso de acuerdo con el mandato consignado en el artículo 40, inc. 4º de la normativa supralegal, en cuanto a que la determinación de la pena o la sanción debe guardar proporción no solo con la infracción –que ya lo ha determinado el legislador- sino con las circunstancias personales del justiciable. Repárese que aún dentro de los límites reducidos fijados por la ley, puede que el monto mínimo establecido sea excesivo y que por tanto se transforme en una medida retributiva no educativa, en consecuencia cruel, y prohibida expresamente por la norma desde que no está permitido el sometimiento del joven de una manera que no sea “...acorde con el fomento de su dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de éste asuma una función constructiva en la sociedad” (art. 40.1 de la CIDN).-

XX- Que el mínimo legal no sea un límite infranqueable para el juez no es una cuestión novedosa dentro de la doctrina nacional. Al respecto se han manifestado a favor de ello autores de la talla de Luigi Ferrajoli y Eugenio Zaffaroni (confr. “Derecho y Razón...” Ed. Trotta, Madrid, 1995, p.400 y “Manual de Derecho Penal”, Ediar, 2006, p.743) en el entendimiento de que ello favorece la búsqueda de una pena más equitativa de acuerdo con los fines perseguidos por el derecho penal. Justamente el derecho de la minoridad constituye uno de los ámbitos donde el legislador se hizo eco de ese criterio, y las disposiciones del artículo 4º de la ley 22.278 son la mejor prueba de ello, acogiendo el principio de flexibilidad en la determinación de las penas, principio que, por otra parte, es característico del derecho penal de menores a nivel internacional y que ha tenido acogida en todas las legislaciones de responsabilidad penal juvenil surgidas con posterioridad a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, al ofrecer al juez alternativas sancionatorias para que adecue plásticamente a cada situación la sanción con especial consideración de las circunstancias vitales del joven infractor (ver sobre el tema “Las Penas”, Fleming y Viñals, Ed. Rubinzal, Buenos Aires, 2009, pag. 298-301 y “Sobre la posibilidad de aplicar las penas por debajo de los mínimos legales”, Pablo Irribarren, LL supl. Penal, agosto 2007, pag 26 y siguientes). Incluso hay quienes sostienen que tal posibilidad emerge del propio texto de la ley 22.278 pues al remitirse a las disposiciones que de la tentativa establece el Código Penal, cabe ajustar ello al otro supuesto previsto por la legislación para imponer penas por debajo del mínimo legal: el de la punición de la comisión del delito imposible (confr. “el artículo 4, la ley 22.278 y la posibilidad de imponer una pena inferior al mínimo de la escala de la tentativa”, J.P. Santoianni, “Revista de Derecho Penal y procesal Penal”, Abeledo Perrot, octubre 2009), opinión que aunque interesante, no comparto por entender que difícilmente el legislador al establecer la pauta del artículo 4º lo hubiera hecho pensando en la punición de un delito de imposible cumplimiento. Es la Convención Internacional con su nuevo paradigma y sus principios expresos en tal sentido, la que obliga a replantear la punición ajustando en cada caso que la sanción sea por el menor tiempo que proceda.-

XXI- La segunda consideración es la relativa a la posibilidad de recurrir directamente a la imposición de una sanción educativa y no a la de una pena privativa de libertad, para tornar operativo el mandato del artículo 40. 4 de la Convención Internacional. En nuestro derecho la norma que parece ajustarse más saludablemente a ello, es la prevista en el artículo 27 bis del Código Penal -las reglas de conducta-. Pero no se trata de una pena principal, sino que su aplicación es accesoria a la pena de prisión de ejecución condicional. Al respecto señala con acierto José Daniel Cesano que “...dentro del sistema establecido en el código Penal, los hechos antijurídicos y las consiguientes culpabilidades están rigurosamente catalogadas a los efectos de que puedan ser sancionadas con las penas correspondientes, que serán siempre las creadas por el artículo 5 del mismo cuerpo legal. Al ser esto así, no pueden quedar dudas de que, si el legislador hubiera pretendido ampliar el cuadro represivo del código, incorporando una nueva pena principal (...), tal decisión debió quedar reflejada en el referido artículo 5º” (confr. “Las reglas de conducta del artículo 27 bis y la condena de ejecución condicional”, Alveroni ediciones, 1996, pág. 22-23). De otro lado nuestro más Alto Tribunal ha determinado que las únicas penas fijadas por el Código Penal son las establecidas por el artículo 5 de esa normativa (CSJN in re “Martinez de Perón 8-IV-1980, LL 1980 B, Pág. 447). Por tanto aplicar de modo directo medidas educativas y no una pena, implicaría asumir pretorianamente una función legisferante impropia de un sistema republicano de gobierno (Fallos 321:92).-

XXII- Pasando ya al caso concreto, parece claro que imponer una pena de efectivo cumplimiento a FLORES, aunque procedente por una literal interpretación de la ley 22.278, sería inapropiada de acuerdo con los mandatos constitucionales fijados por la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Los profesionales que previnieron en su internación transcurridos dos años y medio de encierro, entendieron suficiente ese lapso a los fines del tratamiento, al punto que sugirieron su inmediata

externación, propuesta de la que el Tribunal se hizo eco, tal como la Corte Suprema lo ha establecido como criterio para casos análogos (in re “Maldonado” punto 9); y los Sres. Médicos Forenses afirmaron de modo categórico que el tratamiento implementado había sido el indicado para la situación de FLORES, al tiempo que señalaron del mismo modo que lo que resultaba imprescindible era ahondar en su terapia para que pudiera abarcar adecuadamente lo sucedido. De todo ello no cabe más que concluir que el encierro no cumple función alguna en su reinserción social, y que imponerle una pena de efectivo cumplimiento constituiría obrar en términos de retribución, de venganza y nunca de reeducación, por más que se lo quiera disfrazar eufemísticamente de esa forma. Tal propuesta de nuevo encierro además supone desconocer los términos de la ley 24.660 –ley de ejecución penal- en donde no se prevé como parte del tratamiento penitenciario la realización de ningún tratamiento psicológico a los condenados, por lo cual nunca su nueva detención coadyuvaría a garantizar la realización de su imprescindible terapia.-

XXIII- En cambio, la imposición de una pena de ejecución condicional a la que se le adicione el cumplimiento como regla de conducta del tratamiento sugerido por todos los equipos interdisciplinarios intervinientes, satisface plenamente los fines perseguidos por la Convención Internacional, permitiéndole asumir responsablemente su rol en la sociedad. Entiendo que ello hace a su interés superior (art. 3, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/02, punto 53), desde que entre las soluciones posibles esa es la que favorece del mejor modo el disfrute de todos los derechos considerados en la normativa internacional, permitiéndole que en libertad permanezca reinsertado socialmente, al tiempo que pueda responsablemente concluir el tratamiento sugerido, y asumir frente a todo el conjunto social una respuesta valiosa por lo cometido.-

XXIV- Para graduar la pena a imponer, conforme a las pautas previstas por los artículos 40 y 41 del Código Penal de la Nación, propongo tener en cuenta su falta de antecedentes, su juventud, que se trata de un padre de familia que ha constituido su grupo propio haciéndose cargo de otros hijos pequeños, que trabaja ininterrumpidamente desde que fue puesto en libertad por el tribunal, que ha mostrado siempre colaboración al punto de concurrir a todas y cada una de las audiencias o estudios que le fueron ordenados, motivos todos ellos que aunados a su condición de menor de edad al momento de cometer el hecho objeto del proceso y a los argumentos ya vertidos precedentemente sobre la inconveniencia de una condena en situación de encierro, justifican que la pena sea de ejecución condicional. La gravedad del hecho conduce necesariamente a que el monto que se fije sea el más alto de los permitidos para la concesión de esta condena en los términos fijados por el artículo 26 del Código Penal, es decir tres años de prisión; y que sea condenado al pago de las costas, para afrontar los gastos devengados por el proceso. En cuanto a las reglas de conducta parece razonable fijar especialmente dos: una que garantice su arraigo para poder ejercer sobre él un control de su situación de integración social a través del patronato de liberados que corresponda; la otra, necesariamente debe ser realizar el tratamiento terapéutico sugerido para poder poner un cierre –si cabe la expresión- a lo acontecido, permitiéndole a él poder comprender sus acciones y asumir un rol social pleno. El plazo de esa medida –sin perjuicio de que eventualmente resulte innecesario su prolongación- debe fijarse por el mayor tiempo que autoriza la norma, es decir cuatro años; realizarse en un establecimiento público; y ser supervisado por los Sres. Médicos Forenses que lo evaluaron cada cuatro meses, circunstancia que le permitirá a FLORES contar con un acompañamiento severo, para no repetir así la inconsistente y ambigua intervención de la Secretaria de Niñez, Adolescencia y Familia.-

Tal es mi voto y es todo lo que propongo a mis distinguidos colegas.-

Voto del Dr. Sergio Real:

Llegado el momento de pronunciarme acerca de la situación del menor EMANUEL EZEQUIEL FLORES, en principio he de coincidir en lo sustancial con los conceptos vertidos por mi colega preopinante, como así también con la solución legal a la que se arribara.-

No obstante lo cual considero poner de resalto que la Ley de Menores exige dos requisitos fundamentales para determinar si cabe la posibilidad de aplicar una sanción al menor que fue declarado penalmente responsable o para eximirlo de penalidad, ellos son uno de carácter objetivo: que se hayan cumplido los objetivos fijados durante la observación tutelar, y otro subjetivo: que se afince en la modificación estructural de la personalidad del joven para evitar que vuelva a incurrir en conductas de riesgo, que en este caso se cristalizaron en un hecho criminoso por demás violento.-

Para no abundar sobre el tema he de manifestar que de conformidad con los resultados expuestos por los distintos operadores que intervinieron a lo largo del tratamiento tuitivo –educadores, psicólogos, psiquiatras, asistentes sociales, delegados inspectores-, se encontrarían plenamente reunidos los requisitos objetivos a los que aludí anteriormente, pero hete aquí que, como expusiera el Dr. González Ferrari, nada hay en la conducta del joven FLORES desarrollada durante el marco de pautas impartidas que salga de los parámetros normales esperados para su normal desarrollo en la vida diaria, cierto es que ha estudiado, que ha trabajado y que ha formado una familia asumiendo su paternidad. Ahora bien, estos aspectos formales deben ser complementados con aquello que se ha producido internamente en el

causante luego de haber acontecido este accidente criminoso en el derrotero de su vida que lo ha tenido como único protagonista, para lo cual fue necesario contar con la peritación psiquiátrica a efectos de despejar cualquier duda atinente al impacto que necesariamente debió haber causado en la psiquis de FLORES.-Los galenos de la especialidad concluyeron que el joven causante presenta indicadores de un trastorno de la personalidad a base esquizoide, con rasgos narcisistas y proclividad a conductas inadecuadas, esto no implica anormalidad psicojurídica y su potencial peligrosidad puede ser controlada con un tratamiento psiquiátrico psicológico ambulatorio con supervisión judicial estricta y reevaluación psiquiátrica forense cada seis meses. Por otro lado sostuvieron que el grado de conciencia, reflexión y autocrítica real sobre sus acciones es muy reducido, pero cuenta con notable capacidad para impresionar a sus interlocutores sobre lo contrario. En cuanto al tratamiento recibido durante la supervisión tutelar afirmaron que ha sido el indicado, aclarando que los reportes en los mismos apuntan a signos de alarma sobre una falla real de conciencia de enfermedad, haciendo notar a su vez que este caso en particular reviste condiciones tan especiales que superan los medios más idóneos de evaluación y control, de ahí la sugerencia de tratamiento aludida anteriormente.-

Lo apuntado precedentemente me lleva a la plena convicción de la necesidad de imponer una sanción al joven FLORES, toda vez que no se han cumplido los requisitos mínimos que permitan determinar su verdadera reinserción social, aparentemente todo indicaría que se encuentra en condiciones de asumir su rol de ciudadano, mas la peritación médica sobre el estado de sus facultades mentales nos advierte sobre la desestabilización producida en el seno interno del menor causante. Ello evidencia la imperiosa necesidad de realizar un tratamiento que permita asimilar acabadamente el suceso criminoso en el que se viera involucrado, el cual no ha sido debidamente tratado en el ámbito institucional, apuntado preferentemente a una contención para evitar desbordes de cualquier índole que provoquen malestar en la población y operadores de turno, ello ha quedado evidenciado principalmente por el psicólogo actuante en el caso Lic. Chaufán. Este mero detalle deriva en el insuficiente abordaje de la problemática de personalidad del menor, a la que aluden los médicos forenses en el mencionado dictamen, que no fue debidamente tratada, de ahí que resulte necesario pronunciarse en tal aspecto.-

Baste recordar los designios de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, fundamentalmente la letra del artículo 37 en lo que hace a las medidas privativas de libertad, corolario de la sanción que se aplicó al encartado FLORES, en cuanto a que la misma “se llevará de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve”. De ahí que el lapso temporal escogido si bien no resulta ser el mínimo previsto para el delito más gravoso por los cuales se responsabilizara al menor, resulta aplicable la letra de la Ley de Menores en cuanto prevé la reducción de la penalidad, toda vez que se deben tener en cuenta las características especiales del joven FLORES, que proviene de una familia deshecha por la separación de los padres, ha estudiado, ha trabajado, se ha responsabilizado como progenitor y posee planes futuros para desarrollar juntamente con sus familiares que resultan un adecuado marco de contención afectiva y emocional, como asimismo no registra antecedentes penales.-

Tal como quedara expuesto por mi colega preopinante, ante la carencia de otro baremo sancionatorio como lo prevén los distintos proyectos de Ley de Menores, en estudio en la sede legislativa, no siendo tarea del juzgador ejercer funciones legisferantes, hemos de echar mano de la normativa nacional e internacional, para determinar el quantum punitivo aplicable en materia de hechos donde resulte parte imputada y responsabilizada una persona que al momento del acontecer delictivo era menor de edad.-

Por otra parte, la aludida Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 40, inciso 4, establece las medidas que deben adoptarse para aquellos menores que hayan infringido la ley penal o sean declarados culpables de haber infringido esas leyes, tales como “el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada, para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.-

En el juego armónico de las normas legales del derecho procesal penal genérico, las normas específicas del derecho de menores y la Convención de las Naciones Unidas en dicha materia, convence al suscripto de la necesidad de aplicar un tratamiento médico psicológico y psiquiátrico como el sugerido por los galenos de la especialidad. Es preciso recordar el principio educativo del derecho penal juvenil, en cuanto “las consecuencias jurídicas que devienen de la responsabilidad de sus actos siempre deberán tener un fin socioeducativo. Esto significa que su objetivo será promover la capacidad de responsabilización del adolescente, incorporando mecanismos que le permitan el manejo cognitivo y emocional de los factores que inciden en su conducta y la previsión de las consecuencias de la misma”, agregando que “debe ser una reacción punitiva de la sociedad al delito cometido por el adolescente y, al mismo tiempo, debe contribuir a su desarrollo como persona y como ciudadano” (Derechos de niños, niñas y adolescentes, seguimiento de la aplicación sobre los derechos del niño, publicado por la Dirección Nacional de Asistencia directa a Personas y Grupos Vulnerables de la Secretaría de Derechos

Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación con la colaboración del Fondo de las Naciones Unidas para la infancia –UNICEF-, noviembre 2007).-

Asimismo resulta indispensable determinar el tipo de sanción a imponer, no viene al caso pronunciarse con una condenación que lleve nuevamente a permanecer privado de libertad al joven FLORES, ello más que ayudar a su rehabilitación y reinserción social tendería a provocar un grave perjuicio en su personalidad, sin desmedro de considerar que intramuros no podría recibir el adecuado tratamiento psicológico y psiquiátrico acorde al cuadro presentado por los Sres. Médicos Forenses y que estos aconsejan la realización del mismo en forma ambulatoria. De ahí que al no contar con otras normas legales del derecho de menores en el ámbito local, habrá de echarse mano a las normas genéricas en su combinación armónica con la Convención de los Derechos del Niño. Resultando ajustado a derecho una condenación de orden condicional que permita al encartado continuar gozando de su libertad, pero al mismo tiempo imponer la medida curativa que hará a su total formación para el futuro.-

Es menester recordar que en el ámbito de la intervención judicial respecto del accionar juvenil existe el modelo reeducativo, que “se caracteriza por un acercamiento de los aspectos clínicos y psicosociales, cuyo objeto es el menor, considera al hecho como una expresión patológica, su propósito es la recuperación, la clave se encuentra en lo psicosocial y su contexto es paternalista” (D’Antonio, El menor ante el delito, 3ª. Edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, 2009, pág 36).-

Justamente de eso se trata en el presente caso, de reeducar al menor FLORES para que no vuelvan a producirse nuevos sucesos criminosos, toda vez que no puede pasar inadvertido para cualquier persona que pretenda comportarse como un ciudadano un hecho tan gravoso como el que protagonizara el nombrado. La única solución aplicable será amén de la pena mínima de privación de libertad que permita continuar en su actual estado de libertad al encausado, la realización del tratamiento psicológico y psiquiátrico aconsejado por los especialistas de la medicina. Bueno es recordar lo afirmado por Azzacconi en cuanto “el nuevo proceso penal minoril constituye una especial forma innovativa de reeducación psicológica y social del comportamiento del adolescente que ha cometido un delito y que por esta particular finalidad, se diferencia de la normativa anterior, que inicialmente se basaba en la punición. Es decir que la función prioritaria tiene por objeto la recuperación, antes que la punición o la permisividad” (D’Antonio, obra citada pág. 39).-

La solución apuntada es la más razonable y la que mejor cuadra al tratamiento de menores en conflicto con la ley penal, siendo responsabilidad del juez de menores velar por la total recuperación del sujeto sometido a proceso, no solo de su juzgamiento sino de su tratamiento integral, así se ha entendido no solo en nuestro país sino en otras latitudes al establecerse que “Le juge des enfants peut alors statuer dès la première audience sur la culpabilité du mineur et prononcer une mesure éducative” –El juez de menores puede entonces estatuir desde la primer audiencia sobre la culpabilidad del menor y pronunciar una medida educativa-(Catherine Bletier, La Délinquance des mineurs, l’enfant, le psychologue, le droit, Ed. Presses Universitaires de Grenoble, 1999), esa es la función primordial devolver a la sociedad una persona totalmente formada para afrontar los devenires de la vida.-

Comparto en un todo la pena de tres años de prisión en suspenso en orden a los ilícitos por los que fuera responsabilizado el joven FLORES y la imposición por el término de cuatro años de las reglas de conducta que consisten en fijar residencia y someterse al control del patronato de liberados y de realizar el tratamiento psiquiátrico y psicológico en forma ambulatoria con estricto control del Cuerpo Médico Forenses, entendiendo como más aconsejable el plazo de cuatro meses para la supervisión del mismo, tal como lo analizara mi colega preopinante.-

Así lo voto.-

El Dr. Horacio Barberis dijo:

He de coincidir en un todo con el contenido de los votos en que se han expresado mis colegas preopinantes en relación a la decisión adoptada respecto de la imposición de sanción al joven Emanuel Ezequiel Flores.-

Tal coincidencia comprende tanto el análisis que efectuaran sobre la conducta de Flores a lo largo de la observación tutelar –comportamiento que no merece reproches, sin dudas-, las reservas que efectuaran en punto a la evolución de Flores en su readaptación al medio familiar y social al que pertenece, evolución que necesariamente debía acompañarse de un tratamiento psiquiátrico y psicológico ambulatorio con supervisión por un tiempo determinado y, finalmente, con el encuadre legal que propusieran, armonizando los principios rectores de la ley 22278 y los emergentes de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.-

Resultó claro, del meduloso análisis llevado a cabo por los colegas que me precedieran en el voto, que sigue ausente en Flores un registro psíquico preciso de los gravísimos hechos de los que fuera brazo ejecutor, y sobre los que evitó avanzar durante todo el tiempo de la observación tutelar con una actividad intensa y ajustada a las pautas que le fueran impuestas, y gracias a una notable capacidad para impresionar a sus interlocutores sobre una presunta y efectiva conciencia, reflexiva y autocrítica, sobre sus acciones, aspectos que, en verdad, se encuentran muy reducidos en él.-

Ante tal panorama y ausente su necesario abordaje durante la observación tutelar, achacable a deficiencias conceptuales y metodológicas del sistema penal juvenil, con la consiguiente pérdida de tiempo preciosos que habrían podido fortalecer la capacidad de análisis y reflexión de Flores sobre su actuación en los hechos que se le imputaban, fuerza resultó analizar a fondo la mejor solución que conjugara el correcto desempeño que evidenciara Flores aún durante su etapa de encierro a lo largo del proceso tuitivo, con sus notorias carencias para generar una conciencia clara sobre su conducta dañosa hacia terceros, a lo que debió sumarse la inestabilidad emocional y la proclividad a conductas impulsivas inadecuadas que fueran detectadas por los profesionales que intervinieran en los últimos exámenes realizados a Flores.-

Valoro, entonces, la solución propuesta en los votos precedentes puesto que la lógica binaria que establecía la ley 22278, de sanción plena o atenuada, por un lado, y de eximición de sanción, por el otro, no daba respuesta al aspecto central y capital que promueven hoy las más modernas tendencias en materia penal juvenil, en las que se tiende a establecer en el joven la construcción de responsabilidad y autodeterminación por los actos propios en el marco de un adecuado respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, teniendo en miras una satisfactoria reintegración social y la asunción responsable de una función constructiva en la sociedad.-

De tal modo, si de lo que se trata es de fortalecer la asunción de responsabilidad por parte de Flores en relación al atroz hecho cometido, con el objeto de aventar para lo futuro la reiteración de conductas de similar gravedad, ningún aporte significativo habría resultado para el supuesto de no imponerle sanción alguna, pues, como es fácil de advertir, se habría consolidado una contradicción insalvable: Flores, ajustando su conducta a las pautas impartidas a lo largo de la observación tutelar – contando, para ello, con su natural tendencia a maniobras evitativas para afrontar el conflicto- habría logrado borrar todo registro de lo sucedido cuando, en realidad, se trata de lograr precisamente el efecto contrario: fijar ese registro a partir de una sanción que guardando el principio de proporcionalidad con el daño producido y el objetivo que se pretende alcanzar permita a Flores reflexionar sobre tal suceso, con el auxilio de un adecuado tratamiento de apoyo.-

Claro está que esa sanción no podía adoptar la forma de encierro pues ello ninguna consecuencia valiosa podría aportar desde que el propio sistema de supervisión de la conducta de Flores durante la internación institucional habían aconsejado en cierto momento su egreso, cosa que dispuso este Tribunal con buen resultado.-

Por tanto, correspondía hacer efectivo dos principios de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: la de procurar la mejor situación actual del niño en toda decisión que se adopte a su respecto y, para el supuesto que deba privarse de la libertad, que ello fuera por el menor tiempo que proceda.-

En suma, de adoptarse tal criterio –como en definitiva se hizo- y pese a modificarse las escalas previstas por la ley 22278 en la forma atenuada de sanción, se hacía efectiva la conciliación entre el interés superior del tutelado y el sistema punitivo con un objetivo claro de fortalecimiento de la responsabilidad de aquel, sin que tal solución pudiera ser atacada por la presunta adopción de facultades legisferantes por parte del Tribunal, ya que fácilmente podía advertirse que si los Jueces de Menores podían sancionar enteramente, reducir esa sanción y, aún, eximir de pena al joven infractor, conforme lo establecido en el art.4º de la Ley 22278, tales facultades podían expresarse, también, en la imposición de una sanción con claros objetivos socio-educativos, ello, en virtud de aquel axioma:”quien puede lo más, puede lo menos”.-

Reitero, una vez más, mi coincidencia con las propuestas de mis colegas preopinantes, haciendo expreso mi deseo de una pronta creación legislativa que recoja los esfuerzos interpretativos a que obliga, precisamente, la falta de una ley penal juvenil adecuada a las más avanzadas concepciones en la materia.-

Tal es mi voto.//-