

Poder Judicial de la Nación

T.O.M. N° 1. CAUSA Nro. 3435/4214/4359.

///nos Aires, 29 de mayo de 2007.

Y VISTOS:

Estos actuados que llevan el Nro. **3435** y sus acumulados Nros. **4214 y 4359** del registro del Tribunal Oral de Menores Nro. 1 de la Capital Federal integrado por los Sres. Jueces de Cámara, doctores Pablo Jantus, Pablo Gustavo Laufer y Fernando Mario Caunedo, conjuntamente con la Sra. Secretaria, doctora Beatriz Klinkovich, seguidos a **MARCOS ISRAEL ROLÓN**: argentino, soltero, nacido el 4 de abril de 1988 en la localidad de General Pacheco, Provincia de Buenos Aires, hijo de Gustavo Adolfo y de Nilda Alicia Agüero, identificado con Documento Nacional de Identidad Nro. 33.711.510, con Legajo C.M. Nro. 129.270 y Nro. 01038702 del Registro Nacional de Reincidencia, con último domicilio sito en Marcos Sastre y Libertad, manzana 11, casa 16, Barrio San Pablo, Talar de Pacheco, Provincia de Buenos Aires. Intervienen en el proceso el Sr. Fiscal General, Dr. Ricardo Mariano Farga, la Sra. Defensora Pública Oficial, Dra. Nelly Amalia Allende y la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces, Dra. María Luz de Fazio.

Y CONSIDERANDO:

A) El Dr. Pablo Jantus, dijo:

I) Por sentencia del día 17 de mayo próximo pasado, Marcos Israel Rolón fue declarado penalmente responsable de los delitos de robo simple en grado de tentativa reiterado - dos hechos - (causas n° 3435 y 4214) y robo agravado por su comisión con arma de utilería reiterado - dos hechos, uno en grado de tentativa (causa n° 4359), en calidad de autor, todos en concurso real (arts. (arts. 42, 45, 55, 164, 166 inciso 2°, párrafo tercero del Código Penal y ley 22.278).

En la misma resolución, y dado que los hechos se cometieron entre el 29 abril de 2004 y el 3 de marzo de 2006 y teniendo en cuenta que el imputado se encontraba privado de su libertad, se decidió fijar audiencia para decidir la causa en definitiva, conforme lo prescripto en el art. 4° de la ley 22.278.

II) En la audiencia celebrada al efecto, declaró en primer lugar el imputado, quien dio cuenta de distintas circunstancias de su vida, que serán evaluadas oportunamente.

Luego, depuso testimonialmente la Licenciada Beatriz Di Paola, quien estuvo a cargo del seguimiento de Rolón durante la intervención tutelar. Señaló que conoce al imputado desde que éste tenía 16 años, destacando que su vida ha estado signada por el dolor y el abandono; recordó distintos aspectos de su historia de vida, como el accidente que le produjo la quemadura de sus manos, o el incidente con el padre, a los cinco años, en el cual el encartado trataba de tomar un arma de fuego para enfrentar a su progenitor, que pegaba a su madre, y señaló que siempre la intención del encausado ha sido la de ser feliz, sin que haya encontrado un lugar donde lo quieran y lo contengan. Manifestó que no estaba de acuerdo con trasladarlo a Casa Púrpura, coligiendo que el epigrafiado había idealizado el lugar y que terminaría huyendo de allí e indicó que, según su opinión, era mejor egresarlo con su familia, ya que su hermano Leo podía ayudarlo. Recordó que a veces lo echaba de la casa el padrastro, pese a que lo conoce desde mucho antes que la madre, pues compartían la "ranchada" de Retiro. Opinó que Rolón es un "chiquito en paquete grande" y que, para ella, su edad mental es inferior a los diez años, pudiendo tener la misma noción de lo que está bien y lo que es malo que un niño de esa franja etaria, consignando que había cursado el primario en una escuela para discapacitados mentales.

Corridas las vistas pertinentes, la Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces, Dra. María Luz de Fazio dio cuenta de la historia del inculcado, de la que destacó la huida de la casa a los cinco años de edad, los distintos accidentes que tuvo, el inicio en el consumo de sustancias tóxicas a los siete años de edad. Refirió que, con relación al encartado se habían intentado diversos caminos para lograr su reinserción social y que, conforme lo sostuvo la licenciada Di Paola Derqui, no tenía sentido su alojamiento en Casa

Poder Judicial de la Nación

Púrpura, siendo lo recomendable que regresara a su hogar. Indicó que su grado de comprensión es limitado con lo que, en definitiva, sostuvo que si el Tribunal entendía que correspondía imponerle pena, ella sea la mínima posible, con la reducción prevista en el art. 4° de la ley 22.278, con el fin de que pudiese recuperar su libertad y ordenar su vida de un modo diferente, debiendo cesar la disposición tutelar.

El Sr. Fiscal General, Dr. Ricardo Farga, coincidió con la Dra. María Luz de Fazio en que correspondía condenar a Rolón con la reducción prevista en la ley de menores.

La Sra. Defensora Pública Oficial, Dra. Nelly Allende, por su parte, coincidió con los argumentos expuestos por la Sra. Asesora de Menores y refirió que, a su criterio, no había sido Rolón el que había fracasado en el tratamiento tutelar sino que su caso constituye un fracaso de la sociedad y de las instituciones que, desde muy chico, lo tuvieron a su cargo. Indicó que no sabía si médicamente estaba bien diagnosticado, manifestando que, por lo conoce, por lo menos puede verse que su capacidad de imputabilidad está francamente disminuida y que no puede creer que, para los médicos, Rolón sea una persona capaz de comprender sus actos; en este aspecto, señaló que la edad mental que mencionó la Licenciada Di Paola Derqui parecía más cerca de lo que puede verse en el imputado. Aseveró que el encausado ha sido rechazado en su casa y en las instituciones que debieron acogerlo y que él simplemente pretende integrarse a la sociedad. En mérito a ello, requirió la absolució n por aplicación del art. 4° de la ley 22.278, consignando que no se le puede seguir castigando cuando eso es lo que ha recibido durante toda su vida.

III) a) Conforme ya he tenido ocasión de expedirme en otras sentencias dictadas por el tribunal, cuando se trata de abordar la respuesta estatal frente a los delitos cometidos por menores de edad, a partir de la vigencia en nuestro país de la Convención sobre los Derechos del Niño, una correcta interpretación del alcance del art. 4° de la ley 22.278 requiere que el

intérprete no pierda de vista que, de acuerdo al art. 37 de la convención aludida, la privación de libertad es medida de último recurso y por el tiempo más breve posible y que, conforme lo establece el art. 40 el objeto del derecho sustantivo y adjetivo en la materia tiene que estar enderezado a promover Ael fomento de su sentido de la dignidad y el valor@, Ael respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros@, teniendo en cuenta la edad del niño y Ala importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad@.

Desde esta óptica se debe observar lo previsto en este aspecto por las AReglas de Beijing@ - de utilidad para la comprensión del sentido y alcance de las normas de la convención del niño - especialmente cuando el art. 17.1 señala: ALa decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: a) 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; 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; d) en el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor@.

Conforme a estos instrumentos, se hace evidente que en el derecho penal de jóvenes la respuesta punitiva es la excepción y sólo puede tener un fin preventivo especial, resultando aplicable cuando han fracasado las medidas educativas y correctivas que se adviertan necesarias en cada caso en particular.

En función de lo expuesto, resulta claro que la absolució n que prevé la norma que se analiza, no es una graciosa facultad que tienen los jueces de menores,

Poder Judicial de la Nación

sino que es un derecho que tienen los adolescentes a quienes se ha encontrado responsables de la comisión de un hecho delictivo, de ser absueltos cuando con posterioridad, demuestran con su conducta cambios positivos que hacen evidentes sus esfuerzos por asumir una función constructiva en la sociedad conforme lo exige el art. 40 de dicha normativa.

De este modo, si el tratamiento tutelar instaurado con ese fin no logra su propósito por la falta de colaboración del adolescente, que demuestra con ello desinterés o falta de motivación en producir cambios en su conducta y en su forma de interactuar socialmente, la imposición de una sanción será necesaria y en tal caso, por regla, se debe acudir a la escala penal reducida que prevé el art. 4° de la ley 22.278 habida cuenta que la prisión es medida de último recurso y por el tiempo más breve posible, conforme reza la Convención sobre los derechos del niño de jerarquía constitucional (ver sobre el particular el fallo de la Sala IV de la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa n° 6328/4, "Godoy, Ramón Alejandro s/ recurso de casación", rta. el 14 de febrero de 2005).

Cabe añadir, en el mismo sentido, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo AMaldonado@ ha sostenido que: Aen el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto@- conforme el voto de la mayoría- (CSJN 6M. 1022. XXXIX. AMaldonado,

Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado, causa N° 1174", rta. 7/12/05).

b) Situación del imputado Marcos Israel Rolón.

i) De las constancias del expediente tutelar correspondiente al menor Marcos Israel Rolón surge que el nombrado nació el 4 de abril de 1988. Tiene nueve hermanos, el padre falleció de cáncer de pulmón y su madre se encuentra unida a Carlos Alberto Núñez, ex combatiente de Malvinas, a quien el imputado conoció - mucho tiempo antes que su progenitora - en Retiro. Como bien han señalado las partes, la vida del imputado ha estado signada por el dolor y el abandono. A los cinco años de edad se escapó de su casa, según relató en la audiencia, porque su padre estaba pegando a su madre y él intentó, con su hermano Leo, tomar un arma que sabía que estaba arriba de un ropero; cuando la asió se le cayó y se disparó un tiro, que dio cerca del progenitor. Ante este incidente, se fue de la casa, tomó un tren y llegó a Retiro, donde permaneció un tiempo. En el informe de fs. 473, se menciona que la huida del hogar a esa edad se debió a que había sido violado. Más allá de la razón precisa, existen en autos pruebas suficientes de que, siendo muy pequeño ya estaba en situación de calle, a punto tal que la primera actuación judicial es un amparo del 6 de octubre de 1993 (fs. 22). Tuvo un accidente, cuando contaba alrededor de siete años, producto del cual sufrió quemaduras en su cuerpo, cuyas secuelas pueden observarse a simple vista; según el informe de fs. 473, se quemó con agua caliente y conforme relató el imputado - y existen algunas constancias sobre el particular - se produjeron al prenderse fuego con un aerosol. También tuvo un accidente automovilístico, siendo atropellado con una camioneta, en virtud del cual estuvo internado en coma 4. En el año 2001 permaneció internado un año en el Tobar García, con un diagnóstico de trastorno de doble personalidad. Ya durante la intervención tutelar de este Tribunal, estuvo un año alojado en la Clínica Nuestra Señora de

Poder Judicial de la Nación

Lujan con un diagnóstico de trastorno de la personalidad y debilidad mental. Como se señaló, cursó hasta cuarto grado de una escuela especial; señala la Licenciada Di Paola Derqui, a fs. 473 vta., que no estaba capacitado para trabajar, ya que ha pasado la mayor parte de su vida en diferentes internaciones, fugándose de su casa. Se procuró, mientras estaba en la clínica citada en último término, obtener una pensión por discapacidad y, aunque tenía los certificados pertinentes - que mencionaré seguidamente - la madre no prosiguió con los trámites necesarios.

En el informe de fs. 28 se señala que la madre, después del fallecimiento del progenitor, ocurrido alrededor del año 2001, se alejó de su casa para vivir en la zona de Retiro con su pareja, dejando a los hijos más pequeños al cuidado de los mayores. Marcos, luego de estar un tiempo en su vivienda, también se fue hacia la misma zona, que frecuenta, como quedó expuesto, desde muy pequeño. En el informe de fs. 29, se señala que proviene de una familia numerosa con características abandónicas, transita por instituciones desde los cinco años de edad, con reiteradas fugas y derivaciones. Se advirtió preponderancia del pensamiento concreto, con complicaciones para implicarse subjetivamente en sus actos, con un alto grado de vulnerabilidad. En las técnicas gráficas aparecían indicadores de psicosis, que encontraban respaldo en lo discursivo. En el informe de fs. 42 - al igual que en tantos otros - se destaca su relato impreciso e infantil, con cierto retraso madurativo, relacionado con la falta de estimulación adecuada en su primera infancia y la carencia de un marco familiar de sostén afectivo y de contención, agravada por el consumo de sustancias tóxicas desde corta edad. En el informe psicológico de fs. 79/80 se concluye que Rolón presenta un trastorno adolescente grave con compromiso mixto de las emociones y de la conducta, en el que confluyen factores psicoorgánicos, carencias integrales y adhesión a códigos marginales. En el de fs. 93 se señala que se trata de un joven con un desorden psíquico importante y un significativo debilitamiento

de las funciones yoicas que, disminuyen su grado de adaptabilidad y entorpecen el manejo de su agresión, aconsejándose su derivación a una institución acorde a sus rasgos estructurales.

En la Clínica Nuestra Señora de Lujan fue diagnosticado "trastorno antisocial de la personalidad, trastorno por consumo de sustancias, debilidad mental leve, disfunción familiar" (fs. 148). En el informe de fs. 150 se destaca que el imputado presentaba dificultades para sostener la entrevista, ya que no podía concentrarse y proporcionar por sí solo algunos datos, infiriéndose un deterioro cognitivo por su cuadro de base asociado al consumo de sustancias tóxicas y permanencia en situación de calle. A fs. 166 se explica que se encontraba parcialmente orientado, sin conciencia de enfermedad, con atención fluctuante, hipoprosexico, sin alteraciones sensoperceptivas pero con defectos en la organización y cualidad de su pensamiento, con ideas fijas de fuga pueriles; hipomnésico, su nivel de inteligencia es bajo y de escasa comprensión. A fs. 246 obra un certificado emitido por la guardia médica del hospital Borda, en el que se da cuenta de que ha presentado frecuentes alucinaciones auditivas con un diagnóstico de retraso mental leve con síntomas psicóticos; a fs. 247 se agregó copia de un certificado de discapacidad de deficiencia mental por retraso mental moderado.

Debe destacarse que, luego de haberse fugado de la Clínica Nuestra Señora de Luján - no regresó de una licencia que se le dio para asistir al casamiento de su hermana - fue nuevamente habido, habiendo sufrido un nuevo accidente de tránsito - fue atropellado por un colectivo - después de darse a la fuga del Tribunal de Menores n° 5 de San Isidro (fs. 294). En el informe de fs. 347 fue diagnosticado con un "trastorno psicótico crónico en retraso mental", siendo necesario su traslado a una clínica psiquiátrica; en el informe de fs. 385, realizado en el Instituto Belgrano (donde había tenido un intento de ahorcamiento) se destaca que "La marcada inestabilidad emocional, su inmadurez afectiva, la labilidad de los vínculos con su grupo

Poder Judicial de la Nación

familiar primario sumado a su patología de base: trastorno psicótico crónico con retraso mental e ingesta precoz de sustancias psicoactivas lo colocan en una situación de extrema vulnerabilidad pudiendo precipitarlo a cuadros de descompensación con riesgo para sí mismo". Debe consignarse, también, que el diagnóstico de la Dra. Ana Nuciforo, del Instituto Garrigós fue el de Trastorno psicótico no especificado, dependencia de varias sustancias adictivas y retraso madurativo leve (fs. 408).

Finalmente, corresponde citar el informe de fs. 564 en el que se señala que "Marcos relata episodios de violencia generados por alucinaciones de tipo auditivas, es decir que según manifiesta escucha voces que lo incitarían a cometer actos de agresión hacia otros en formas reiteradas. Describe también la presencia de alucinaciones visuales y estados confusionales. Se trata de un joven que ha pasado la mayor parte de su vida institucionalizado, su progenitora, único referente que ubica en un lugar afectivo, se ha desvinculado desde la detención de Marcos en la Unidad Penitenciaria de Marcos Paz hace aproximadamente 6 meses, tiempo desde el cual no se ha establecido contacto alguno con la misma. Refiere mantener un consumo habitual de sustancias tóxicas, sin que logre problematizar dicha cuestión. Se observan indicadores que suscitan la interconsulta con un psiquiatra. A partir de la franca situación de vulnerabilidad y profunda fragilidad en la estructuración yoica del joven, resulta necesario que cuente con una contención institucional que lo preserve de posibles auto y heteroagresiones...". El Dr. Daniel Pereyra, psiquiatra del instituto Agote, a fs. 581 refiere que por sus características infantiles y su capacidad judicativa inferior al nivel promedio era objeto de mofa por parte de sus compañeros, con lo que no aconsejaba la permanencia en ese establecimiento.

Finalmente, debe ponerse de resalto que, pese a todo lo expuesto, en los diversos informes médicos forenses obrantes en el expediente tutelar, se concluyó que Rolón no es un inimputable. Por caso, el último

realizado (ver fs. 589/93) se señaló: "1) El causante, en el momento del examen, no presenta síntomas de alteraciones psicopatológicas de tipo psicótico (no es un enajenado mental) por lo tanto desde el punto de vista psicojurídico, las facultades mentales encuadran dentro de la normalidad. 2) Reviste la forma clínica de Trastorno Disocial. Retraso mental leve. Antecedentes de abuso de sustancias y episodios psicóticos. 3) Es verosímil que Rolón Marcos Israel haya poseído autonomía psíquica como para comprender y/o dirigir su accionar en los hechos descriptos en autos..."

ii) Tal vez el médico inglés Donald Winnicott haya sido uno de los que más profundamente estudiaron, en el siglo pasado, los aspectos psicológicos de la delincuencia juvenil. En "Deprivación y Delincuencia" (Paidós, Psicología Profunda, Buenos Aires, 2003, p. 146) explica que "Una criatura se convierte en niño deprivado cuando se lo priva de ciertas características esenciales de la vida hogareña. Emerge hasta cierto punto lo que podría llamarse "complejo de deprivación". El niño manifiesta entonces una conducta antisocial en el hogar o en un ámbito más amplio. La tendencia antisocial del niño puede imponer, con el tiempo, la necesidad de considerarlo un inadaptable social y ponerlo bajo tratamiento en un albergue para niños inadaptables o llevarlo ante la justicia como un menor ingobernable. El niño, convertido ahora en delincuente, quedará en libertad condicional por orden judicial o será enviado a una escuela de readaptación social. Si el hogar de ese niño deja de cumplir alguna función importante, la ley de Menores de 1948 autoriza al Comité de Menores a tomarlo a su cargo y proporcionarle "cuidado y protección". En lo posible se buscará para él un hogar adoptivo. Si estas medidas no dan resultado, puede decirse que el joven adulto se ha convertido en psicópata; quizá la justicia lo envíe a un correccional o a la cárcel, según correspondiere por su edad. El término reincidencia designa la tendencia establecida a repetir los actos delictivos. La tendencia antisocial se caracteriza por contener un elemento que compele al ambiente a adquirir

Poder Judicial de la Nación

importancia. Mediante impulsos inconscientes, el paciente compele a alguien a ocuparse de su manejo...Los especialistas en la materia saben desde hace mucho tiempo que hay una relación directa entre la tendencia antisocial y la deprivación. En la actualidad se ha generalizado el reconocimiento de que existe una relación entre la tendencia antisocial individual y la deprivación emocional; los casos típicos se dan aproximadamente entre el año y los dos años de edad, o sea cuando la criatura deja de ser un bebé y empieza a dar sus primeros pasos. Cuando existe una tendencia antisocial ha habido una verdadera deprivación y no una simple privación. En otras palabras, el niño ha perdido algo bueno que, hasta una fecha determinada, ejerció un efecto positivo sobre su experiencia y que le ha sido quitado; el despojo ha persistido por un lapso tan prolongado, que el niño ya no puede mantener vivo el recuerdo de la experiencia vivida. Una definición completa de la deprivación incluye los sucesos tempranos y tardíos, el trauma en sí y el estado traumático sostenido, lo casi normal y lo evidentemente anormal.”.

Más adelante, añade que esta tendencia presenta siempre dos orientaciones. Una representada por el robo y la otra por la destructividad. “Mediante el primero, el niño busca algo en alguna parte y, al no encontrarlo, lo busca por otro lado si aún tiene esperanzas de hallarlo. Mediante la segunda, el niño busca el grado de estabilidad ambiental capaz de resistir la tensión provocada por su conducta impulsiva; busca un suministro ambiental perdido, una actitud humana en la que el individuo pueda confiar y que, por ende, lo deje en libertad para moverse, actuar y entusiasmarse...” (p. 149).

Por otra parte, Winnicott se ocupa del tema del castigo en los siguientes términos (pp. 234 y ss.): “No podemos apartarnos del principio de que la función primordial de la ley es expresar la venganza inconsciente de la sociedad. Es muy posible que un delincuente en particular sea perdonado y, sin embargo, exista un acervo de venganza y miedo que no podemos

permitirnos pasar por alto. No podemos pensar únicamente en el tratamiento individual de los criminales, olvidando que la sociedad también necesita un tratamiento para los agravios o daños recibidos. En la actualidad, somos muchos los que nos sentimos inclinados a ampliar cuanto sea posible la gama de delitos que se tratan como enfermedades. La esperanza en tal ampliación me induce a afirmar de plano que la ley no puede renunciar de pronto al castigo de todos los malhechores. Si los sentimientos de venganza de la sociedad fueran plenamente conscientes, ella podría tolerar que se los tratase como enfermos, pero la parte inconsciente de esos sentimientos es tan grande, que en todo momento debemos posibilitar que se mantenga (hasta cierto punto) la necesidad de castigo, aun cuando éste no sea útil para el tratamiento del delincuente..”.

Con lo que, según hemos visto hasta aquí, el trastorno antisocial en los adolescentes tiene una clara etiología, según Winnicott, discutiéndose, a partir de la comprensión de ese origen, la consecuencia jurídica que cabe dar a los jóvenes que han delinquido.

iii) Como he señalado a lo largo de este voto, la Convención sobre los Derechos del Niño constituye el marco normativo supralegal insustituible a la hora de decidir sobre la suerte de quienes han delinquido antes de cumplir los 18 años de edad y se ha convertido en la guía a través de la cual debe interpretarse la ley 22.278.

Como es sabido, la Convención no se limita a tratar la situación de los jóvenes en conflicto con la ley penal, sino que desarrolla, a lo largo de su texto, el marco valorativo que los Estados deben satisfacer en el reconocimiento de los niños y los adolescentes como sujetos de derecho. Y, más allá del principio rector del art. 3.1 que manda a que, en todas las decisiones que se tomen con relación a los sujetos comprendidos en la convención debe adoptarse siempre aquellas medidas que respeten el interés superior del niño (lo que, desde mi punto de vista necesariamente debe enlazarse con la máxima de que la detención operará como último recurso y por el tiempo más breve que proceda), el

Poder Judicial de la Nación

preámbulo contiene un párrafo que perfectamente se encastra con las enseñanzas de Winnicott: "Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión"; sin duda, el cumplimiento de estas condiciones evitará el crecimiento de niños y jóvenes deprivados, en el lenguaje de aquel autor y, consecuentemente, sin trastornos antisociales.

Los Estados se han obligado a reconocer e instaurar políticas activas para la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos que han suscriptos. En tal sentido Luigi Ferrajoli, en "Derechos y Garantías, la ley del más débil" (Editorial Trotta, España, 1999, p. 37 y ss.) opina que son "derechos fundamentales" todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por "derecho subjetivo" cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por "status" la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.". Discierne así, este autor entre los derechos humanos que son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos (derecho a la vida y a la integridad de la persona, a la libertad personal, a la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales); los derechos públicos, que son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos; los derechos civiles que son los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar y los derechos políticos que son los derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar.

La importancia de los derechos humanos,

conduce Rodolfo Vigo ("Los principios jurídicos", Editorial Depalma, Bs. As., 2000, p. 19 y 223) a asignarles la categoría de principios jurídicos fuertes, que son connaturales al hombre y existen antes que el orden jurídico. Al margen de la discusión de filosofía jurídica que subyace tras esa posición, este autor recuerda que Spaemann ha opinado que si no se los considera de ese modo y se entienden los derechos humanos de modo positivista, no serían "otra cosa que edictos de tolerancia revocables".

Y ninguna duda cabe que los derechos reconocidos por la Convención constituyen los derechos humanos de los niños. En el caso de los supuestos enunciados por Winnicott, es clara la obligación del Estado - y con él, de la sociedad - de velar por el suministro de los medios que permitan cumplir con el párrafo transcrito del preámbulo de la Convención y de sus artículos 19, 24 y 27, en cuanto permiten concebir el modo como puede aspirarse a cumplir con la meta fijada en el preámbulo.

Cabe destacar que estas pautas axiológicas no constituyen una creación novedosa de la citada Convención. Por caso, puede citarse la preclara posición de Juan Bautista Alberdi quien en el "Fragmento Preliminar al Estudio del Derecho" (citado por Francisco Laplaza en "Las Ideas Penales de Alberdi", Ediciones Arayú, Bs. As., 1954, p. 63), señalaba que, para acabar con la ignorancia y la miseria del pueblo, causas inmediatas de toda inmoralidad y de todo delito, se requiere un sistema que prefiera "Prevenir los males a tener que curarlos", destacándose que es "la sociedad, como dice Quetelet, la que prepara el crimen, y el culpable no es sino el instrumento que lo ejecuta.". La prevención, entonces "se compone del sistema entero de las leyes de un pueblo y sanciona el derecho por la civilización, por la mejora del hombre, por el desarrollo de sus facultades y de todo el sistema social...".

Es menester recordar, que Eugenio Raúl Zaffaroni, en "Criminología, aproximación desde un margen" (Temis, Bogotá, 1988, p. 25) se refería a esta

Poder Judicial de la Nación

situación que da lugar a la deprivación en los siguientes términos: "Esta comprobación en muchos criminalizados latinoamericanos de las clases subalternas o sumergidas económicamente, lejos de demostrar que esas características son "causas" del delito, están demostrando que son "causa" de la criminalización en el caso individual y que el propio sistema penal se encarga de acentuarlas, cuando no de crearlas. Más adelante veremos que uno de los resultados del sistema penal parece ser la neutralización por deterioro de la persona, acelerando o determinando un proceso de decadencia biosíquica de la misma. Nada extraño hay que en la desnutrición de la madre durante la gestación, la subalimentación en los primeros años de vida, el hacinamiento habitacional con todas sus secuelas, las infecciones, la deficiente o inexistente asistencia sanitaria, las intoxicaciones precoces del medio ambiente envenenado de los suburbios en la concentración urbana gigantesca, la escolaridad incompleta o inexistente, la inadaptación escolar, el padecimiento de la violencia o la necesidad prematura de la violencia o la astucia como único mecanismo de supervivencia, la institucionalización prematura, **el abandono en sentido psicológico con su secuela de inseguridad**, la discriminación laboral y escolar, el estigma de las primeras criminalizaciones o institucionalizaciones sin motivo real, la acción despersonalizante de las instituciones totales, la lesión a la autoestima provocada por vejámenes y torturas, configuren un cuadro que, con demasiada frecuencia, nos presenta a una persona necesitada, cadenciada, que, no obstante, suele dramatizar sus necesidades como medio de obtener mejoras circunstanciales, pero que no tiene una real comprensión de las mismas, siendo este fenómeno más frecuente y agudo cuanto mayor es el deterioro sufrido..".

Manuel Llorens en la obra "Niños con experiencia de vida en la calle, una aproximación psicológica" (Editorial Paidós, 2005, pp. 85 y ss) señala que el perfil psicológico de esta clase de niños y jóvenes incluye las siguientes características: 1)

Una estructura psíquica precaria, que se podría describir como un yo precario; 2) Carencias materiales y afectivas importantes; 3) Falta de atención de la madre y el padre, lo cual es vivido como una fantasía crónicamente insatisfecha; 4) Condiciones precarias de vida que someten a los niños a situaciones de desprotección y vulnerabilidad crónica; 5) Dificultades cognitivas. Citan una investigación que informó encontrar lesión orgánico-cerebral en el 50 % de una muestra evaluada; 6) Vivencias frecuentes de maltrato, con correlatos de estrés postraumático frecuentes, como la presencia de recuerdos intrusivos tipo flash-back; 7) Autoestima deteriorada. Vivencia de minusvalía que, con frecuencia, es compensada con fantasías omnipotentes; 8) Familia percibida como amenazante; 9) Hogar conflictivo que lleva a considerar la ida como opción; 10) Actuación en el afuera de los conflictos psicológicos internos (lo que los psicólogos denominamos tendencia al acting-out); 11) Uso de la negación y la omnipotencia como mecanismo para defenderse; 12) Construcción de nuevas identidades en la calle, asunción de nombres nuevos y fabulación de la historia personal que responde a la negación mencionada pero, al mismo tiempo, colabora en desarrollar una historia personal fragmentada; 13) Experiencia sexual temprana en la cual se reportan algunas historias de abuso...; 14) Conducta hiperactiva, con necesidad de llamar la atención; 15) Conductas agresivas, desafiantes; 16) Tendencia a relacionarse con los demás a través de la provocación; 17) Alto consumo de drogas, especialmente inhalantes...".

Si cotejamos estas características, con el informe psicológico de Rolón de fs. 80, fácilmente puede observarse que la situación de calle que el nombrado vivió desde los cinco años no ha sido gratis, puesto que claramente puede apreciarse cómo, en su patología de base, a su debilidad mental, se añadieron las carencias y los traumas que sufrió estando desde tan chico sin un mínimo de contención y afecto.

Al tratar el problema del trauma crónico, el autor señalado (op. cit. p. 127) indica con relación al

Poder Judicial de la Nación

estrés postraumático (fenómeno que comenzó a estudiarse con los veteranos de guerra, pero que se extiende a quienes sufrieron desde muy chicos situaciones de abuso sexual y maltrato) que "Esta línea de investigación ha permitido comprender, desde las adaptaciones neurobiológicas del organismo a las experiencias de violencia crónica, la aparición posterior de agresión impulsiva, desregulación emocional, anestesia, tendencia al acting-out, dificultades con la memoria y el listado de síntomas asociados al estrés postraumático...", señalando que, en esos casos la guerra, en cierto sentido, va por dentro.

Así las cosas, no podemos olvidar que Winnicott escribió mucho antes de que se sancionara la Convención sobre los Derechos del Niño, con lo que podemos aseverar que su concepción sobre el castigo ha quedado desactualizada y que debe necesariamente concebirse en el marco constitucional vigente. Y, desde esta perspectiva, ninguna duda cabe de que la sociedad, a través del Constituyente, ha optado por las pautas señaladas más arriba, en la inteligencia que es más racional reconocer las carencias que han dado lugar a las conductas disvaliosas de sujetos adolescentes - en general, sin analizar casos particulares - y procurar, una vez reconocido el problema, por todos los medios, la reinserción social de esos jóvenes, en vez de, directamente, dictar penas de prisión que poco ayudan en la recuperación de esas personas.

Desde mi punto de vista, entonces, asiste razón a la Sra. Defensora Pública Oficial en cuanto señaló que el Estado a lo largo de la vida del encartado, no ha podido concretar medidas efectivas para garantizarle su crecimiento en condiciones mínimas de contención y seguridad; ello se puede ver, de manera patente, si imaginamos un niño de cinco o siete años viviendo solo en la calle, en un sitio público, ante la inacción de los agentes del Estado que debían, ante la negligencia familiar, proporcionarle los medios para anular, en ese momento, esa situación de vulnerabilidad; asimismo, las intervenciones que se dieron tampoco permitieron brindarle el marco de paz y

armonía que garantiza la convención aludida, como tampoco se proveyeron de medios mínimos a su familia para ayudarla a tratarse y tratar al joven, para su contención. Rolón, sin duda, es el resultado de esa desidia, de esa negligencia del Estado. Ciertamente es que la mayoría de los jóvenes que pasan por el Tribunal tienen historias de vida que se acercan a la del imputado; pero ninguna tan dramática como la del encausado. De acuerdo a ello, desde mi punto de vista es acertada la reflexión de la Dra. Allende en cuanto refirió que la sociedad también es responsable, en alguna medida, de la situación en la que se encuentra el epigrafiado. Como ha quedado asentado, la falta de medidas adecuadas en la primera infancia, el desamparo y la desatención de un niño de tan corta edad, deambulando en un sitio público, sometido al maltrato, a la intemperie, al riesgo de abusos de todo tipo, constituyen elementos que, casi con seguridad, llevarán al sujeto que los sufrió a cometer hechos como los investigados. Y la negligencia del Estado, la ausencia de una política eficaz para evitar esas situaciones, además de la indiferencia de la sociedad hacia esos niños en ese contexto, constituye, sin duda, una de las causas de hechos ilícitos como los estudiados en autos.

Por todo lo expuesto, si se consideran estas circunstancias en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre todo, en cuanto a que la detención debe operar como último recurso y por el tiempo más breve que proceda, así como en lo que se refiere a los fines que gobiernan, desde ese Tratado el derecho penal juvenil. Si a ello añadimos la pobre capacidad de culpabilidad de Rolón y la escasa gravedad de los eventos analizados (cuyas características, dicho sea de paso, se compadecen con la escasa capacidad intelectual del imputado, dado que en uno de ellos ante la negativa de la víctima de darle sus bienes se quedó parado del lugar, donde fue detenido; y en el otro exhibió un arma de juguete en pleno Retiro a las dos de la tarde), coincido con la Dra. Allende en que no resulta necesario ni justo aplicarle al encartado una sanción penal, en el marco constitucional y legal

Poder Judicial de la Nación

desarrollado a lo largo de este voto.

Como bien refirió la Sra. Defensora Pública Oficial, Rolón ya ha sido bastante desatendido y castigado en su vida, como para aplicarle ahora una sanción penal que no hallaría justificación en ninguna de las teorías de la pena y, menos aún, en la de la prevención especial. Su discapacidad merecía otra atención del Estado, un trato privilegiado por su edad y su condición mental, la provisión de medios económicos para poder vivir dignamente, mediante una pensión justificada en su capacidad disminuida; y no una sanción penal cuando se ha constatado lo inevitable, la conducta que era evidente en un individuo con esa historia.

Cierto es que el imputado registra una condena, aplicada Tribunal Oral en lo Criminal n° 27, en la causa n° 2421, de fecha 20 de marzo de 2007, a la pena de nueve meses de prisión en suspenso y costas por resultar autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa y a la pena única de un año y siete meses de prisión en suspenso y costas, comprensiva de la pena mencionada precedentemente y de la pena impuesta por el Juzgado de Garantías Nro. 1 de la Ciudad de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires (fs. 175). Esta sanción como mayor de 18 años, en el panorama descrito más arriba, teniendo en cuenta las condiciones psíquicas del menor y su historia de vida, no puede operar como el único argumento para sostener que es necesario imponerle pena en las causas en las que fue declarado penalmente responsable como menor, pues ello implicaría, por una parte, sostener una concepción del derecho penal juvenil dissociado de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las normas supralegales ya consignadas; por otra, importaría manejarnos con un criterio objetivo, al margen de las características de cada caso.

En ese aspecto, cabe recordar que enseña Aristóteles en la "Ética Nicomaquea" (Editorial Alba, Madrid, España, 1998, pp. 157 y ss.) que "Se ha definido lo injusto diciendo que es lo ilegal y contrario a las reglas de la equidad o inicuo. Por

consiguiente, lo justo es lo que es legal y equitativo; y así, la primera injusticia...es la que se refiere a la ilegalidad...". Agrega que lo equitativo y lo justo son la misma cosa, aunque opina que lo primero es mejor aun: "La dificultad está en que lo equitativo siendo lo justo, no es lo justo legal, lo justo según la ley; sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La ley por esto no es menos buena; la falta no está en ella; tampoco está en el legislador que dicta la ley; está por entero en la naturaleza misma de las cosas; porque ésta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviera presente; es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata...Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido. Lo que hace también que no pueda ejecutarse todo en el Estado por medio sólo de la ley, es que para ciertas cosas es absolutamente imposible dictar una ley; y por consiguiente es preciso recurrir a un decreto especial. Tratándose de cosas indeterminadas, la ley debe permanecer indeterminada como ellas, igual que a la regla de plomo de que se sirven en la arquitectura de Lesbos; la cual, como es sabido, se amolda y se acomoda a la forma de la piedra que mide y no queda rígida;

Poder Judicial de la Nación

pues de este modo el decreto especial se acomoda a los diversos negocios que se presentan...".

Así concluye Aristóteles que el hombre equitativo es el que "prefiere por una libre elección de su razón y práctica en su conducta actos del género que acabo de indicar, que no sostiene su derecho con extremado rigor, sino que por el contrario cede de él, aun cuando tenga a su favor el apoyo de la ley...".

Coincido con Luigi Ferrajoli, en "Derecho y Razón" (Editorial Trotta, Madrid, 1998, p. 155 y ss.) en que esta explicación aristotélica es la más brillante que se ha dado sobre el concepto de equidad.

Señala el autor italiano que, sin embargo, el defecto de esta concepción radica en que acude a la equidad como un recurso extraordinario para dejar de lado la solución legal, dando lugar en la historia del pensamiento a la contraposición entre ambos términos, que ha dividido la doctrina jurídica, como se adelantó, entre formalismo y antiformalismo; iuspositivismo y iusnaturalismo.

Para Ferrajoli, estas dicotomías se han debido a una comprensión inadecuada del problema; recuerda así que para Gottlob Frege, todo signo puede estudiarse desde dos perspectivas: 1) por **denotación** ("Significar una palabra o expresión una realidad en la que coincide toda la comunidad lingüística", "Diccionario de la Real Academia Española", vigésima primera edición, Madrid, 1992) o **extensión** ("conjunto de individuos comprendidos en una idea" - quinta acepción - en el diccionario mencionado), en el que se incluyen el conjunto de los objetos a los que el signo se aplica o se refiere (el signo "hombre" comprende a Sócrates, Platón, Aristóteles, Napoleón y San Martín); 2) por **connotación** ("conllevar la palabra, además de su significado propio o específico, otro por asociación") o **intensión** ("grado de energía de un agente natural o mecánico, de una cualidad, de una expresión etc.") se implican el conjunto de propiedades evocadas por el signo y poseídas por los objetos concretos que entran en su extensión; es decir, sus notas esenciales ("hombre": animal racional).

Estos principios son aplicados por Ferrajoli al problema de la legalidad y la equidad. En tal sentido, explica que la ley connota las características esenciales o elementos constitutivos que forman la intensión de una figura o concepto legal de delito y que determinan la extensión de la clase de los casos individuales denotados (o extendidos) por el juez como aquellos en los que la figura legal es predicable según las aserciones judiciales aceptadas como verdaderas.

El juez, por su parte, connota las características accidentales y circunstancias específicas - no connotables ni denotables legalmente - que forman la intensión de los casos individuales denotados por la ley como miembros de la clase cuya extensión está determinada por el delito por ella connotada. Es decir, "la ley connota lo que el juez denota y denota lo que el juez connota; inversamente, el juez denota lo que la ley connota y connota lo que la ley denota".

Refiere Ferrajoli que al juicio de legalidad le corresponde la verificación de las características esenciales y comunes que permiten afirmar que un determinado caso individual está incluido en determinada clase de delito, connotado por la ley. Al juicio de equidad le toca la comprensión de las características accidentales y particulares del caso individual verificado y no connotadas por la ley.

De este modo, puede advertirse que las distintas connotaciones y valoraciones de los distintos hechos, forman un aspecto esencial e ineludible de la cognición judicial y permiten que todos los juicios sobre un mismo tipo de delito, aunque legalmente coextensos, es decir, igualmente verdaderos o igualmente falsos, nunca sean equitativamente coextensos, sino que cada uno es siempre nuevo y distinto del precedente.

El principio de equidad, así definido, puede ser concebido como una regla meta-judicial que prescribe que el juicio connote de la manera más precisa y penetrante los hechos denotados por la ley, comprendiendo todas las características accidentales o

Poder Judicial de la Nación

específicas o particulares. Estas características, son las circunstancias del delito, conformadas por sus agravantes y atenuantes, eximentes de culpabilidad; algunas han sido previstas por el legislador mientras que otras no - en nuestro orden normativo se encuentran previstas en los arts. 40 y 41 del Código Penal -, pero siempre son consideradas por los jueces y permiten graduar las penas a imponer, en los delitos de pena divisible, entre un mínimo y un máximo previsto en abstracto por la ley.

Esta comprensión equitativa de todas las circunstancias específicas, y tanto más si no están previstas por la ley, configuran, para el autor citado, un **poder de connotación** que se expresa en elecciones y valoraciones ampliamente discrecionales, el que, al igual que el poder de denotación de los hechos como delitos conforme al principio de legalidad, constituye un **poder intrínseco a la función judicial, que no puede ser suprimido**, porque está ligado al hecho de que el juez **no juzga el tipo de delito - que es materia legislativa - sino el delito concreto, singular e irrepetible, y por tanto debe entenderlo en su especificidad.**

Agrega Ferrajoli (op. cit. p. 162) "Por eso todos los casos de robo son iguales en el plano extensional pero distintos en el plano intensional, porque el juez, en un sistema de legalidad, connota de manera distinta lo que la ley denota y denota de manera igual lo que la ley connota", puesto que, si no cumpliera con esta última exigencia, violaría ineludiblemente el principio de legalidad.

Agrega que **"Al connotar equitativamente un hecho concreto, el juez no corrige, integra, sobrepasa y ni siquiera interpreta la ley más de lo que yo corrijo, integro, sobrepaso o interpreto el significado de la palabra mesa definido por el diccionario cuando la uso para denotar la mesa en la que estoy escribiendo y para connotar sus características específicas e irrepetibles que la hacen diferente de todas las demás mesas del mundo...La aplicación de la ley al caso concreto es una actividad cognoscitiva que requiere, a**

la vez, como dos condiciones necesarias y cada una de ellas insuficientes, tanto la verificación como la comprensión...".

Finalmente, el autor citado explica que, mientras la prueba fáctica y la verificación jurídica exigen la indiferencia y la distancia del juez respecto del caso denotado, la comprensión equitativa requiere la no indiferencia, esto es, aquella participación en la situación de hecho connotada, porque se refiere siempre al caso concreto y humanamente determinado.

Finalmente, que esta concepción de la equidad está conectada "...a los principios epistemológicos de la connotación y de la comprensión judicial, que siempre comportan la máxima adherencia del juicio a las circunstancias concretas del caso juzgado. **Una comprensión perfecta, que llegase a penetrar por completo todas las connotaciones y los condicionamientos singulares - psicológicos, materiales y sociales - del caso específico comportaría, quizá, en muchos casos, la absolución, conforme al principio *tout comprendre est tout pardonner*.**". Luego de señalar que, según su punto de vista, la ley debiera contemplar una eximente genérica que contemplara esas situaciones, recuerda que una figura de este tipo es "**la del perdón judicial prevista en el derecho penal de menores, donde es mayor el espacio concedido por la ley a la comprensión equitativa...**".

Nils Christie, en "La Industria del Control del Delito" (Editores del Puerto, Bs. As., 1993, p. 144), refiriéndose a la Tabla de Determinación de la Pena elaborada en Estados Unidos, mediante la cual, con un sistema tabulado se fija la sanción penal al condenado, describe la posición contraria, que lleva a la despersonalización del ser humano sometido al ejercicio punitivo del Estado. Señala que: "La decisión política de eliminar la preocupación por el entorno social del acusado implica mucho más que el hecho de que estas características no se tengan en cuenta a la hora de tomar decisiones sobre el dolor. A través de esta medida, el delincuente queda en gran parte excluido como persona. No tiene sentido conocer el

Poder Judicial de la Nación

entorno social, la niñez, los sueños, las derrotas, la vida social, todas esas pequeñas cosas que son esenciales para percibir al otro como a un ser humano. Con el Manual y su primer fruto, la Tabla de Determinación de la Pena, el delito se normaliza en los Niveles de Delito y la vida de una persona en el Puntaje por Antecedentes Criminales, y las decisiones sobre el reparto de dolor se reducen a encontrar el punto donde coinciden dos líneas. El dolor se convierte en una unidad monetaria...Cuando se eliminan los atributos sociales, se crea un sistema aparentemente "objetivo" e impersonal. El daño es la unidad monetaria...un daño cuyo precio es el dolor...".

Desde esta perspectiva, la comprensión de todas las circunstancias que operan en torno al imputado Rolón, así como las normas aplicables con relación a los hechos que cometió como menor de dieciocho años de edad, deben conducir, necesariamente, a la absolución que propongo, dado que una sanción penal en ese contexto, fundada solo en las condenas que registra como mayor, implicaría, sin más, apartarse de lo connotado por la ley y por el caso concreto, aplicando objetivamente, sin tener en cuenta a la persona juzgada. Y ese modo de juzgar a un menor, desde mi punto de vista, no resultaría constitucional.

Por todo lo expuesto, voto porque se absuelva al encartado, por aplicación de la citada Convención y el art. 4° de la ley 22.278.

Asimismo, en atención a lo manifestado por las partes y dado que de los informes médicos glosados a la causa no surge que sea necesaria su internación psiquiátrica, propongo egresarlo y dar noticia de lo actuado al Juzgado Civil en turno del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a fin de solicitar se inicien actuaciones sobre protección de persona respecto del nombrado, debiéndose remitir copia de los informes médicos y psicológicos agregados al expediente tutelar.

Por último, corresponde decretar el cese de la disposición tutelar que el Tribunal ha ejercido sobre el nombrado Marcos Israel Rolón (art. 2° "a

contrario sensu" de la ley 22.278).

B) El Dr. Fernando Mario Caunedo, dijo:

El prolijo relevamiento de los informes y estudios psicológicos y psiquiátricos del joven Marcos Israel Rolón, agregados al voluminoso expediente tutelar, que efectuó el doctor Jantus en su fundado voto; acreditan sin hesitación, a mi juicio, la excepcionalidad del caso. Pues si bien su historia, marcada por las carencias de todo tipo durante la niñez y el abuso de sustancias adictivas, puede resultar común a muchos de los jóvenes que registran causas en el tribunal; en el caso de Rolón han calado tan profundo, que modelaron su personalidad con significativo déficit, generando una leve debilidad mental y el consiguiente retraso madurativo.

Ha sido sumamente gráfica al respecto, en la audiencia, la licenciada De Paola Derqui, al describirlo como "un bebé en envase grande", y al ubicar su desarrollo psíquico en la edad aproximada a la primer decena, entre los diez y los trece años.

Por lo demás, el tribunal ha podido apreciar su desempeño casi infantil, en las numerosas oportunidades en que lo ha entrevistado.

Tales circunstancias me llevaron a compartir, con mis colegas, la absolución propuesta por la defensora oficial, en el pleno convencimiento de que, pese a la responsabilidad por los hechos juzgados, que de él se predicó al admitir la propuesta de juicio abreviado que formularon las partes, con sustento en los informes médico-forenses que concluyeron la normalidad de sus facultades mentales desde la perspectiva psico-jurídica; la importante reducción de la culpabilidad que surge del caso torna improcedente cualquier reproche, con la imposición de una sanción, por delitos cometidos cuando no había cumplido los dieciocho años, a la luz de la excepcionalidad de la respuesta punitiva en el derecho penal juvenil vigente, a partir de los documentos internacionales que ha citado el doctor Jantus.

Es que el marco especial conforme al cual debe juzgarse el caso, admite el juicio equitativo que

Poder Judicial de la Nación

propone mi distinguido colega, con sólido sustento en el análisis filosófico clásico de Aristóteles y, en la misma línea, en la actualidad, de Ferrajoli. Y así, la imposición de un castigo -porque el joven, con su precaria inteligencia, superaba la mínima comprensión de la ilicitud de su obrar conforme a los parámetros generales y, después de cumplir los dieciocho años, volvió a delinquir- si bien se ajustaría al orden normativo general, en el caso sería una respuesta formalmente justa, pero inequitativa para el joven, atento a su particularísima situación y a los fines que informan el derecho penal juvenil.

Y acuerdo también con el cese de la disposición tutelar, y con la remisión de fotocopias de las partes pertinentes del expediente tutelar, al juzgado civil que corresponda, con jurisdicción en el domicilio del joven, para la protección de su persona.

Con estos fundamentos, emito mi voto en el mismo sentido.

C) El Dr. Pablo Gustavo Laufer, dijo:

Acuerdo con el muy fundado voto del Dr. Pablo Jantus y con la solución propuesta a la situación procesal y tutelar que enmarca al enjuiciado Marcos Israel Rolón.

Debo reconocer, como bien señalan los vocales preopinantes, la marcada excepcionalidad que se verifica en el sub lite, donde se concilian distintos aspectos que hacen a la culpabilidad del justiciable.

No escapa al suscripto que cualquier lector del presente pronunciamiento podría preguntarse cómo puede ser que se haya responsabilizado al enjuiciado a partir del marcado retraso madurativo que presenta, que lo colocaría en los límites de la inimputabilidad (?). La respuesta encuentra tintes de realidad psiquiátrica -claramente expuestos por el Dr. Jantus-, que conjugan con la esencial simplicidad de las ilícitas conductas que se reprocharan a Marcos Israel Rolón y que nos muestran a un menor con una estructura yoica lábil que, en una actitud marcadamente infantil, ha procurado su felicidad a partir de la obtención de bienes detentados por terceros, incursionando en la comisión de hechos

ilícitos -en cuyo análisis no se ha verificado una violencia que excediera aquella exigible para el tipo penal del robo-.

Si bien la información proporcionada por los profesionales de la salud mental **no** ha presentado a Rolón como un inimputable, y que los suscriptos hemos considerado que contó al momento de los hechos pesquisados con el standard mínimo de culpabilidad, no es menos cierto que la historia de vida del justiciable, enmarcada por el constante abandono que del mismo realizara su grupo primario, la excesiva institucionalización que rigió su vida -inclusive en el ámbito psiquiátrico-, y el marcado deterioro en el desarrollo de la inteligencia que exhibe en la actualidad, permite coincidir con los señalamientos efectuados por el Dr. Jantus a partir de las citas que efectuara de Eugenio Raúl Zaffaroni ("Criminología, aproximación desde un margen", Editorial Temis, Bogotá, 1988, p. 25) y Manuel Llorens ("Niños con experiencia de vida en la calle, una aproximación psicológica", Editorial Paidós, 2005, pp. 85 y ss.) y considerar que Marcos Israel Rolón conjuga todas las miserias del sistema social y económico que nos rodea, y como derivación, lamentablemente irreversible, nos muestra a un joven que ya a sus diecinueve años de edad carece de los recursos psicológico-psiquiátricos que le permitan afrontar con mayor éxito los desafíos que la llamada "vida adulta" le depare.

Es un marcado caso de co-culpabilidad social.

Estos lineamientos permiten considerar que la aplicación a Rolón de una pena de prisión, escaparía a cualquiera de los abordajes y finalidades que en doctrina se le asigna a la sanción (retributivo, preventivo-especial, preventivo-general -positivo o negativo-, etc.), y resultaría ajeno a las premisas que subyacen de la Convención de los Derechos del Niño y, por qué no, de la propia ley 22.278 que coloca a los jueces en la difícil tarea de establecer cuándo un menor es merecedor de pena y cuándo no.

Entiendo que Marcos Israel Rolón por lo expuesto precedentemente y lo manifestado por mis

Poder Judicial de la Nación

distinguidos colegas en los votos que anteceden, **no** debe ser sancionado y **sí** debe ser auxiliado a partir de la implementación de recursos totalmente ajenos a la órbita represiva de un tribunal penal. Por ello, acuerdo en que se de intervención al Juzgado Civil en turno del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a fin de solicitar se inicien actuaciones sobre protección de persona respecto del nombrado y se remitan copia de los informes médicos y psicológicos agregados al expediente tutelar.

Así me pronuncio.

D) Por estos fundamentos, oídas que fueron las partes y atento a lo previsto en los artículos 396, 398, 399, 400, 431 bis, 403, 530, 531, 533 y concordantes del Código Procesal Penal y artículo 4° de la Ley 22.278, el Tribunal,

FALLA:

1) ABSOLVIENDO DE CULPA Y CARGO a MARCOS ISRAEL ROLÓN, cuyas demás condiciones personales fueron consignadas, en orden a los sucesos por los cuales fue declarado penalmente responsable en el punto dispositivo Nro. 1) de la resolución de fs. 176/9, **SIN COSTAS** (artículos 4° de la ley 22.278 y 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación).

2) CESANDO en la tutela que el Tribunal viene ejerciendo respecto de **MARCOS ISRAEL ROLÓN (artículo 2 Aa contrario sensu@ de la ley 22.278).**

3) ORDENANDO el egreso de MARCOS ISRAEL ROLÓN desde el Instituto Manuel Belgrano, que se hizo efectivo el 22 de mayo ppdo., al cabo de la audiencia, con el traslado a su domicilio por personal idóneo, que debía notificar a la progenitora del nombrado, Sra. Nilda Alicia Agüero, de la presente resolución así como también que ha cesado la disposición tutelar, quedando a su cargo el nombrado.

4) ORDENANDO librar oficio al Juzgado Civil en turno del Departamento Judicial de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a fin de solicitar se inicien actuaciones sobre protección de persona respecto del nombrado, debiéndose remitir copia de los

informes médicos y psicológicos agregados al expediente tutelar.

Insértese regístrese y comuníquese el resultado final del proceso a quien corresponda, levántense las medidas cautelares trabadas y no habiendo sellado de ley que reponer, archívese.