

Reg. n° 165/2015

/// la Ciudad de Buenos Aires, a los 17 días del mes de junio del año dos mil quince, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los señores jueces Pablo Jantus, Carlos A. Mahiques y Horacio L. Días, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en la causa CCC 852/2014/TO1/CNC1, caratulada “J., L. E. H. s/ robo con armas”, de la que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral de Menores n° 2, mediante sentencia del 4 de noviembre de 2014 –cuyos fundamentos fueron dados a conocer el día 11–, condenó a L. E. H. J. a la pena de tres años y dos meses de prisión, accesorias legales y costas, con relación a los delitos por los cuales fue declarado penalmente responsable en las sentencias dictadas el 29 de agosto de 2014 (causas n° 7194/7374, 7626, 7764, como coautor de los delitos de robo, robo con arma de utilería y robo tentado y encubrimiento) y el 21 de octubre de 2014 (causa n° 7878 como autor de robo con arma de fuego tentado y portación de arma de de fuego de uso civil sin la debida autorización).

Para resolver en el sentido indicado, con relación a la necesidad de imponer la pena en los términos del art. 4° de la Ley n° 22.278, el *a quo* señaló centralmente que consideraba las características de los hechos por los que fue oportunamente declarado responsable y, con cita del fallo “Maldonado” de la C.S.J.N., el resultado del tratamiento tutelar implementado y la impresión causada por el imputado. En este sentido, se evaluó su historia, vinculada desde temprana edad al consumo de estupefacientes, la falta de contención familiar y su inclusión en el régimen penal de menores, concluyendo que las diversas alternativas instrumentadas desde los distintos operadores no tuvieron resultado apropiado, y que las incursiones delictivas fueron numerosas y con creciente nivel de violencia, especialmente en uno de los hechos. Se ponderó a su favor la edad que tenía en el momento de comisión de los ilícitos, su nivel de escolarización primario, medio social, falta de

contención y adicciones, así como también que las causas se resolvieron a través del procedimiento de juicio abreviado (fs. 208 y 210/215).

II. Contra dicha resolución, el doctor Damián R. Muñoz, Defensor Público Oficial a cargo de la Defensoría n° 2 ante los Tribunales Orales de Menores, interpuso recurso de casación (fs. 216/222), agraviándose por errónea interpretación de la ley sustantiva – Ley n° 22278, art. 4°– y arbitrariedad (arts. 456, incisos 1° y 2°, del Código Procesal Penal de la Nación).

El recurrente sostuvo que la Ley n° 22.278 debe ser interpretada conforme a la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las Reglas de Beijing, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para protección de jóvenes privados de la libertad y las Directrices de Riad, que determinan la aplicación ultra restrictiva de la privación de la libertad, su imposición por el tiempo más breve que proceda y la garantía del derecho de los jóvenes en punto a su reintegración y asunción de una función constructiva en la sociedad.

Afirmó que la gravedad del hecho no puede por sí misma justificar la imposición de la pena y que el resultado del tratamiento tutelar fue incorrectamente evaluado al no considerar sus circunstancias particulares –ya que finalizó los estudios primarios, sus docentes resaltaron su dedicación y compromiso, se registraron cambios positivos en su comportamiento y participó de los talleres–, ni el hecho de que éste no es de exclusiva responsabilidad del menor.

Al concluir, señaló que el Tribunal Oral de Menores debió arribar a una solución más provechosa, concordante con la petición formulada por las defensas durante la audiencia, pues mediante una condena de ejecución condicional, que habría posibilitado que J. recuperase su libertad, se habría arribado a un resultado más ajustado al concepto de “interés superior” del niño propugnado por la citada convención.

III. La Sala de Turno de esta Cámara analizó la admisibilidad del recurso presentado y resolvió darle trámite en los términos del art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 233).

IV. En término de oficina, el doctor Gabriel Ignacio Anitua, Defensor Público Oficial designado al frente de la Unidad de Actuación n° 1 ante esta Cámara, presentó un escrito apoyando los argumentos del recurso y, como nuevo agravio, sostuvo que los delitos de robo con armas y portación ilegítima de arma de fuego por los que recayó condena, concurren en forma aparente y no real como se consignó en la resolución. En subsidio, solicitó la libertad condicional de su asistido (fs. 238/246).

V. El 28 de mayo de 2015, se celebró la audiencia prevista por el art. 468 del C.P.P.N., a la que compareció el letrado mencionado en el párrafo anterior, de todo lo cual se dejó constancia en el expediente.

Reiteró el defensor los fundamentos vinculados a los agravios expuestos, relativos a la arbitrariedad y la errónea aplicación de la ley; solicitó la absolución de J. o, en subsidio, la imposición de una pena de tres años de prisión. En este sentido, sostuvo que la absolución es la regla obligatoria, salvo que se funde la necesidad de la condena, lo que no ocurrió en la sentencia ni se indicó por qué razón la pena debe ser mayor al mínimo legal. Con remisión a los informes agregados al expediente, sostuvo que la sanción no se justifica, que no es necesaria, ni se premiaron los esfuerzos del joven, quien se encuentra detenido desde enero de 2014 y mantiene buena relación con sus pares, participando de actividades y talleres.

V. Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizada la audiencia, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Pablo Jantus dijo:

a) Por veredicto del 4 de noviembre de 2014, cuyos fundamentos se dieron a conocer el 11 de noviembre siguiente, el Tribunal Oral de Menores n° 2 condenó a L. E. H. J. a la pena de tres años y dos meses de prisión, accesorias legales y costas, con relación a los delitos por los que fue declarado penalmente responsable en las causas n° 7194/7374, 7626, 7764 y 7878 de ese tribunal, de robo, robo agravado por su comisión con arma de utilería, robo en grado de tentativa y encubrimiento y robo

agravado por su comisión con arma de fuego en grado de tentativa en concurso real con portación ilegítima de arma de fuego de uso civil (arts. 42, 44, 45, 164, 166 incisos 2º, segundo y último párrafo, 277 inciso 1º, apartado c) y 189 bis, inciso 2º, párrafo tercero del Código Penal y art. 4º de la Ley n° 22.278).

Surge del acta agregada a fs. 206/207, que en la audiencia celebrada a los efectos de determinar la decisión sobre las causas que registraba el menor J., tanto la defensora pública de menores como el defensor público oficial entendieron que del comportamiento del imputado a lo largo del tratamiento tutelar podía concluirse que la solución adecuada era la imposición de una sanción, pero que no debía superar los tres años de prisión en suspenso, lo que le permitía recuperar su libertad. Previamente, la representante del Ministerio Público Fiscal había impetrado la pena de tres años y dos meses de prisión ya que entendió que “aún le falta recorrer camino para convertirse en una persona de bien para sí y la sociedad”, entendiendo que esa pena reducida era la adecuada.

Aunque durante la audiencia que se celebró para decidir la situación de J. en los términos del art. 4º de la Ley n° 22.278, no formó parte del debate la posibilidad de no imponer pena al nombrado, como lo autoriza dicha norma en determinados supuestos; el distinguido letrado del joven, Dr. Muñoz, cuestionó los fundamentos del tribunal por los que se entendió que, efectivamente, era necesario aplicarla. Y, así, reforzó la petición inicial que había efectuado de que esa sanción debía ser de tres años de prisión condicional. Sobre esa base, el Dr. Anitua, en términos de oficina, impetró la absolución del imputado o, subsidiariamente, la pena que había requerido el Dr. Muñoz. Por otra parte, cuestionó un aspecto de la calificación legal adoptada en una de las causas.

En la medida en que el motivo del recurso estuvo ceñido a la decisión adoptada con relación al art. 4º de la Ley n° 22.278 y que no fue motivo de agravio la calificación legal del hecho tratado en la sentencia de declaración de responsabilidad de fs. 200/204, no corresponde en esta resolución tratar la cuestión de calificación introducida por el Sr. Defensor ante esta cámara. El tribunal, por ende, debe examinar si ha

sido correcta la decisión de aplicar una sanción al imputado J., por los delitos cometidos como menor de dieciocho años y, en su caso, si el monto de la pena resulta adecuado a los parámetros que deben ponderarse en el sistema penal juvenil.

b) 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. 4º de la Ley n° 22.278 requiere que no se pierda de vista que, de acuerdo al art. 37 de la convención aludida, la privación de libertad debe operar como 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 “el fomento de su sentido de la dignidad y el valor”, “el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros”, teniendo en cuenta la edad del joven y “la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.

Ello es así, dado que la redacción del art. 4º de la ley citada, desprovisto del marco prescriptivo supranacional, claramente conduciría a la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma, puesto que, además de equiparar la situación de los jóvenes involucrados en causas penales con la de los mayores –cuestión que, materialmente, se contrapone abiertamente con los paradigmas del derecho penal juvenil ideado por los convencionales– el mencionado artículo 4º resultaría contrario a la Constitución Nacional y a la Convención específica. En efecto, la norma que comento, luego de establecer los requisitos formales para la imposición de una pena –que el joven haya cumplido los 18 años de edad, que haya sido declarada su responsabilidad penal y que haya sido sometido a un tratamiento tutelar no inferior a un año– textualmente reza: “Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa...”. Como puede apreciarse, la norma deja en manos del juez,

con indicaciones vagas e imprecisas la enorme decisión de aplicar una sanción, sin describir adecuadamente cuál es el contenido material que autoriza a esa grave decisión estatal en el ámbito de libertad garantizado por el art. 19 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, como adelanté, es posible determinar racionalmente los alcances del poder estatal en el derecho penal juvenil, si esa norma es interpretada desde los parámetros consignados en la Convención del Niño y los documentos internacionales relacionados con la materia. Desde esta óptica se debe observar lo previsto por las “Reglas 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: *“La 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”*.

El Comité sobre los Derechos del Niño, en la Observación General n° 10, del 25 de abril de 2007, ha señalado sobre el concepto del interés superior del niño, reconocido en el art. 3 de la Convención que:

10. En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños.

La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores

delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública.

Más adelante, y cuando se refiere concretamente a la respuesta estatal a la comisión de delitos por jóvenes alcanzados por el sistema penal juvenil, y cuando se ha decidido judicializar el conflicto, se señala:

23. Los niños que tienen conflictos con la justicia, incluidos los reincidentes, tienen derecho a recibir un trato que promueva su reintegración y el desempeño de una función constructiva en la sociedad (artículos 40 1 de la Convención). La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se utilizarán tan sólo como medida de último recurso (art. 37 b)). Por tanto, es necesario desarrollar y aplicar, en el marco de una política general de justicia de menores, diversas medidas que aseguren que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción cometida. Tales medidas comprenden el cuidado, la orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones (art. 40 4)...

*28. Cuando la autoridad competente (por lo general la fiscalía) inicia un procedimiento judicial, deben aplicarse los principios de un juicio imparcial y equitativo. Al mismo tiempo, el sistema de la justicia de menores debe ofrecer amplias oportunidades para tratar a los niños que tienen conflictos con la justicia con medidas sociales y/o educativas, y limitar de manera estricta el recurso a la privación de libertad, en particular la detención preventiva, como medida de último recurso. **En la fase decisoria del procedimiento, la privación de libertad deberá ser exclusivamente una medida de último recurso y que dure el período más breve que proceda (art. 37 b)). Esto significa que los Estados Partes deben tener un servicio competente de libertad vigilada que permita recurrir en la mayor medida y con la mayor eficacia posibles a medidas como las órdenes de orientación y supervisión, la libertad vigilada, el seguimiento comunitario o los centros de presentación diaria obligatoria, y la posibilidad de una puesta anticipada en libertad.***

*29. El Comité recuerda a los Estados Partes que, de conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención, **la reintegración requiere que no se adopten medidas que puedan dificultar la plena***

participación del niño en su comunidad, por ejemplo la estigmatización, el aislamiento social o una publicidad negativa.

Para que el trato de un niño que tenga conflictos con la justicia promueva su reintegración se requiere que todas las medidas propicien que el niño se convierta en un miembro de pleno derecho de la sociedad a la que pertenece y desempeñe una función constructiva en ella.

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 eximición de pena que prevé la norma que se analiza, no es una graciosa facultad que tienen los jueces de menores, 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, se debe acudir a la escala penal reducida que prevé el art. 4º de la Ley n° 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.

Cabe añadir, en el mismo sentido, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Maldonado” ha sostenido que: *“en 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– (C.S.J.N. M. 1022. XXXIX. Recurso de hecho, “Maldonado, 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).

c) Ahora bien, examinando la cuestión sometida a conocimiento de este órgano colegiado, sobre la base enunciada en el apartado anterior, entiendo que la decisión del Tribunal Oral de Menores de imponer una sanción al imputado J. por los delitos cometidos como menor de dieciocho años resulta adecuada. En la sentencia puesta en crisis se ha realizado una prolija descripción de los sucesos importantes del expediente tutelar del imputado y se ha concluido, acertadamente, que no ha respondido a las pautas con las que se procuró que encarara un proceso de reinserción social conforme a las consignas del art. 40 de la Convención del Niño. La sucesiva comisión de hechos ilícitos, por los que fue declarado penalmente responsable, implicaron el incumplimiento de las medidas correctivas mediante las cuales los magistrados judiciales procuraron que iniciara un proceso de reinserción social en libertad, y constituye una prueba cabal de que el imputado no respondió positivamente a esas medidas, ya que es evidente que, pese a que se persistió en un abordaje de esas características, J. no adecuó su conducta a las normas de convivencia. A ello debe añadirse, como bien se puso de resalto en el voto del distinguido colega, Dr. Fernando García, las constantes fugas del imputado de las residencias educativas donde era derivado, habiendo protagonizado una de ellas, inclusive, durante un traslado al Cuerpo Médico Forense. Puede concluirse, en suma, que la conducta del encausado no demuestra un propósito de superar los conflictos que ha tenido con la ley penal de manera constructiva, ni que estaba dispuesto a respetar los derechos fundamentales de terceros, sino que, por el contrario, aquellas constantes infracciones revelan justamente

lo contrario y, por ende, justifican la imposición en el caso de una sanción penal.

d) Ahora bien, a la hora de ponderar si la pena discernida por el Tribunal Oral de Menores resulta adecuada, deben considerarse especialmente las particulares características del sistema penal juvenil. Como quedó expuesto, desde la especialidad, la privación de libertad debe aplicarse como último recurso y por el lapso más breve, asociado con las posibilidades de reinserción social del joven involucrado en cada caso en particular. Ello es así, porque desde la perspectiva de la Convención del Niño, la responsabilidad penal que cabe atribuir a los adolescentes de la franja etaria en la que la ley reconoce la vigencia de este sistema especial, resulta marcadamente limitada por las notas evolutivas de las personas que atraviesan esa etapa. La impulsividad, por caso, característica general de la adolescencia, así como la acentuada vulnerabilidad, constituyen circunstancias que aconsejan, por vigencia del principio del interés superior del niño consagrado en el art. 3 de la Convención (sobre su contenido ver Augusto Diez Ojeda, *El interés superior del niño. Necesidad de su regulación legal*, L.L. 1999-C, p. 238), que la respuesta estatal a las infracciones penales se correspondan con las vivencias de esa peculiar etapa de la vida de las personas, conforme ha sido reconocido por los documentos expuestos precedentemente y por la Corte Suprema de Justicia en el mencionado caso “Maldonado”.

Máxime en supuestos como el de autos, en el que se trata la situación de un adolescente con una larga historia de situación de calle, en la que ha vivido desde los diez años de edad, en forma alternada con la casa donde residen la madre y siete hermanos; con una extensa historia de adicción a los estupefacientes, educación básica precaria e incompleta; con su padre detenido por una larga condena, al igual que su hermano, a quien, conforme surge del expediente tutelar, pudo visitar en el Complejo Penitenciario Federal de Marcos Paz antes de que fuera trasladado a una prisión en el sur de nuestro país.

Claramente, la situación de vulnerabilidad y escasa normativización del imputado, son circunstancias que se han visto reflejadas en las actitudes que dan cuenta los informes agregados al expediente tutelar, y

resultan elementos que deben ser ponderados a la hora de fijar la sanción a imponer, una vez que se ha concluido que esa medida, como en el caso, resulta adecuada. Porque si bien es cierto que no se ha encontrado una respuesta positiva a las directivas que el tribunal le exigió para lograr la eximición de pena, lo que permite sostener que, a su respecto, no se han cumplido los objetivos enunciados del proceso penal juvenil, no lo es menos que –establecida la necesidad de aplicar sanción– las circunstancias de vida del imputado resultan elementos esenciales a la hora de fijar una adecuada respuesta estatal.

El comportamiento intramuros también constituye un guarismo a considerar para la mensuración punitiva aludida. Y, en ese aspecto, observo que en general ha guardado un buen comportamiento y se ha comprometido con la oferta educativa del instituto donde se encuentra alojado, habiendo completado, por ejemplo, los cursos de carpintería e introducción al trabajo y participado de los de panificación y pintura decorativa. Con relación a ello y con algunas dificultades que presentó en el respeto de las normas de convivencia, en el informe de fs. 298/301, citado en la sentencia, se consigna que: *“El principal inconveniente de la conducta de Leandro es su falta de adaptación a ciertas normas institucionales como respetar el clima de trabajo necesario para que un taller o curso de la escuela funcione convenientemente (...) tiene dificultades para aceptar estos requerimientos mostrándose hostil y reticente o sarcástico”*; sin embargo en el mismo informe se brinda la opinión profesional sobre las razones de esas actitudes que, sin duda, explica en parte el comportamiento del imputado: *“Desde el equipo se considera que estas situaciones podrían tener relación con características infantiles de su personalidad como se dijo anteriormente; éstas estarían relacionadas con una demanda de acompañamiento continuo de un referente. Se trabajará junto con el joven para poder controlar esta demanda en vía de lograr mayores niveles de autonomía...”*.

Ciertamente, en la tarea de fijar la sanción penal adecuada, deben tomarse en cuenta las circunstancias expuestas precedentemente y, claro está, las características y gravedad de los hechos por los que fue declarado penalmente responsable; en el caso de autos, uno de ellos, sobre todo, reviste una mayor gravedad. Pero deben sopesarse todos esos parámetros, en el marco valorativo que, por imperio de las normas

emergentes del tratado de derechos humanos mencionado, que ha sido integrado al art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, rige en el derecho penal juvenil.

Advierto que la sanción discernida por el tribunal oral no resulta adecuada a dicho contexto axiológico. En sus fundamentos, se consignó que el monto de la sanción y su modo de cumplimiento estaba motivado en el entendimiento de que *“pese a la favorable evolución lograda por J., ésta no ha alcanzado la etapa que le permita recuperar su libertad, primordialmente para que la resocialización que tiene como fundamento la pena, opere favorablemente en el lapso restante. A tal efecto he tenido en consideración tanto el tiempo de privación de libertad hasta ahora cumplido, como las distintas alternativas legales en que pueda estar incurso conforme dicho lapso de detención y/o detención, y la implicancia que ello pueda tener para recuperar su libertad antes del vencimiento de la pena, según las condiciones que exija el instituto que correspondiera ventilar...”*.

Como puede observarse, la mensuración no ha tomado en cuenta la diferente capacidad de culpabilidad de los adolescentes, que justifica la vigencia de un sistema penal para los jóvenes diferente al de adultos y, aunque se ha enunciado la vigencia de esas pautas, no se han concretado en la aplicación de la respuesta estatal, puesto que se impuso una pena que, lejos de permitir un proceso que favorezca la reinserción social en el medio libre, con el control de los operadores judiciales, se ha optado por un monto punitivo que significaría para el imputado un largo período de aislamiento social, en contra del mandato de la Convención del Niño de que la detención debe operar como último recurso.

A mi modo de ver, el fundamento dado en la sentencia de que, mediante esa sanción penal se permitiría que el joven condenado continúe detenido para culminar en un proceso de reinserción social, no resulta ajustado a las normas ya consignadas de los arts. 37 y 40 de la Convención del Niño.

De tal forma, es claro que la escala penal en juego permite, con la reducción del art. 4° de la Ley n° 22.278, imponer a J. una pena en suspenso, que resulta adecuada para propender a una reinserción social eficaz, con el control del patronato de liberados. Así, la pena que habían solicitado las defensas pública oficial y de menores, resultaba claramente

proporcionada a la gravedad de los hechos, la historia del joven y a las normas que rigen el derecho penal juvenil. Como señalé, en mi opinión, no es posible sostener que una sanción mayor, que obligaría a permanecer un período más extenso al joven en prisión –con la posibilidad de ser trasladado a una cárcel común de mayores– pueda corresponderse con los principios de interés superior del niño y detención como último recurso.

A ello debo añadir que una cabal aplicación de esas normas superiores, incluye la consideración de que la regla del art. 26 del Código Penal, de que el juez debe justificar la pena en suspenso, debe invertirse, porque de acuerdo a las normas citadas, cuando la legislación interna lo permite y el juez ha decidido condenar a una persona por un delito cometido como menor de 18 años, debe optarse por la ejecución condicional, con las pautas del art. 27 *bis* que se consideren adecuadas en cada caso concreto, porque ese es el modo de poner en acto el mandato convencional.

Entiendo, entonces, que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar la sentencia recurrida y condenar a L. E. H. J., por los delitos por los que fue declarado penalmente responsable, a la pena de tres años de prisión en suspenso, con la obligación de fijar residencia y someterse al control del patronato de liberados correspondiente a su domicilio por el mismo lapso, de acuerdo a lo prescripto por los arts. 26 y 27 *bis*, inc. 1º, de la ley de fondo.

Asimismo, de acuerdo a lo resuelto, corresponde que el Tribunal Oral de Menores disponga de las medidas necesarias para ordenar la inmediata libertad del joven J.

El señor juez doctor Carlos A. Mahiques dijo:

Que adhería al sentido y fundamentos expresados por el señor juez Pablo Jantus precedentemente.

El señor juez Horacio Días dijo:

Que por compartir sustancialmente los argumentos expuestos en el voto del señor juez Pablo Jantus emitía el suyo en el mismo sentido.

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

RESUELVE:

I. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa a fs. 216/222, **CASAR** la sentencia de fs. 208 y 210/215 y **CONDENAR** a L. E. H. J., de las demás condiciones personales obrantes en autos, en orden a los delitos por los que fue declarado penalmente responsable en las causas n° 7194/7374, 7626, 7764 y 7878 del Tribunal Oral de Menores n° 2 (robo, robo agravado por su comisión con arma de utilería, robo en grado de tentativa, encubrimiento, robo agravado por su comisión con arma de fuego en grado de tentativa y portación ilegítima de arma de fuego de uso civil), a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional y costas, imponiéndose como regla de conducta el deber de fijar residencia y someterse al control del patronato de liberados correspondiente a su domicilio por el lapso de la condena (arts. 5, 26, 27 *bis* inc. 1°, 29 inciso 3°, 42, 44, 45, 55, 164, 166 inc. 2°, párrafos segundo y último, 277 inc. 1°, apartado c., y 189 *bis*, inciso 2°, párrafo tercero, del Código Penal; arts. 456, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación y art. 4° de la Ley n° 22.278).

II. REMITIR la causa al Tribunal de procedencia, con carácter urgente, para que disponga las medidas necesarias para ordenar la inmediata libertad del condenado L. E. H. J.

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y cúmplase la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

PABLO JANTUS

CARLOS A. MAHIQUES

HORACIO DÍAS

Ante mí: