

Organismo SECRETARÍA PENAL STJ Nº2 Sentencia 103 - 03/09/2019 - DEFINITIVA Expediente 1VI-18526-P2016. - MOLINA, NESTOR RAMON Y OTRO (N.A.P.) S / HOMICIDIO AGRAVADO Y PORTACION DE ARMA DE FUEGO SIN LA DEBIDA AUTORIZACION LEGAL S / JUICIO S / CASACION Sumarios No posee sumarios. Texto Sentencia ///MA, 3 de septiembre de 2019.

Reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, doctores Sergio M. Barotto, Enrique J. Mansilla, Liliana L. Piccinini, Ricardo A. Apcarian y Adriana C. Zaratiegui, según surge del acta de audiencia obrante a fs. 188/189 vta., con la presencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, para el tratamiento de los autos caratulados "MOLINA, Néstor Ramón y Otro (N.A.P.) s/ Homicidio agravado y portación de arma de fuego sin la debida autorización legal s/ Juicio s/Casación" (Expte. Nº 29841/18 STJ), elevados por la Sala B de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial con asiento de funciones en Viedma, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, en conformidad con el orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ª ¿Es fundado el recurso?

2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión el señor Juez doctor Sergio M. Barotto dijo:

1. Antecedentes de la causa

Mediante Sentencia Nº 28/18 la Sala B de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial resolvió condenar al señor N.A.P. a la pena de cinco (5) años y cuatro (4) meses de prisión efectiva, en razón de que por sentencia del 5 de junio de 2017 se lo había considerado autor material y penalmente responsable del delito de homicidio calificado, por haber sido cometido con arma de fuego, en concurso ideal con portación ilegítima de arma de uso civil, hecho cometido cuando el nombrado contaba con dieciséis años de edad (cf. fs. 87/90).

Contra lo decidido, la Defensa Pública del condenado interpuso recurso de casación, que fue declarado formalmente admisible por aquella Cámara (cf. fs. 113/114) y admitido luego por este Cuerpo (cf. fs. 126 y vta.), por lo que se dispuso que el expediente quedara por diez días en la Oficina, para su examen por parte del Ministerio Público de la Defensa.

A fs. 133/138 se glosa el escrito de sostenimiento de la señora Defensora General subrogante y, posteriormente, se agregan otros antecedentes que acompaña la Defensa técnica del señor P. (cf. fs. 148/167).

Realizada la audiencia prevista en los arts. 435 y 438 del Código Procesal Penal de aplicación al caso, con la presencia de la señora Defensora General subrogante, la señora Defensora de Menores e Incapaces y el señor Fiscal General -que acompaña un escrito de breves notas-, los autos se encuentran en condiciones de tratamiento para el dictado de sentencia definitiva.

2. Agravios del recurso de casación

2.1. La recurrente funda su reclamo en la errónea interpretación del art. 4º de la Ley 22278, como asimismo en la transgresión al plexo internacional de los derechos humanos de la infancia, plasmados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas mínimas de Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Directrices de Raid, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la protección de Menores Privados de Libertad, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Alega también que, al dictarse la sentencia objetada, se ha violentado el art. 73 de la Ley 4109 y no se ha respetado la jurisprudencia que surge de los fallos "Maldonado", de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y "Mendoza", de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Agrega que el sistema de protección integral de los derechos de niños y adolescentes se nutre de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de otros instrumentos internacionales que hoy son parte de nuestra Constitución, y afirma que dicho cuerpo normativo establece que el encarcelamiento de los menores de edad habrá de ser excepcional, como último recurso y cuando no pueda adoptarse otra medida sustitutiva.

Específicamente, cita el art. 37 inc. b de la Convención de los Derechos del Niño, que prevé: "La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda". A ello suma que las Normas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) expresan: "a) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible; b) Sólo se impondrá la privación de la libertad personal siempre y cuando no haya otra respuesta adecuada [(art. 17.1)...] La autoridad competente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible [(art. 18.1)...] El confinamiento de menores en establecimiento penitenciario se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible [(art. 19.1)]".

De lo anterior la recurrente concluye que la facultad de los jueces de no imponer pena no es una concesión sino un derecho de los jóvenes infractores, cuando "después del hecho produzcan cambios positivos que redunden en esfuerzos para desarrollar esa función constructiva en la sociedad".

Asimismo, la parte entiende que el tribunal sentenciante ha incurrido en una errónea interpretación del art. 4º de la Ley 22278, ya que ha circunscripto su ponderación decisoria al hecho cometido por el entonces menor y que resulta aparente la valoración armónica de los cuatro criterios previstos en la norma señalada precedentemente.

Luego de detallar el marco legal del régimen penal de menores, refiere jurisprudencia sobre la interpretación de dicha disposición legal, según la cual se posibilita una amplia disociación entre la cuestión de la medida del injusto, la culpabilidad y la cuestión de la necesidad de la pena y, en su caso, de la obligación de ejecutarla, además de la existencia de criterios adicionales para su imposición.

La Defensa puntualiza que la Cámara en lo Criminal no consideró el resultado del tratamiento tutelar de su pupilo. En tal sentido, detalla el período de intervención, las actividades educativas, recreativas y de culto que desarrolla el señor P., la observancia a las pautas de conducta

establecidas oportunamente por el Tribunal que decretó su responsabilidad penal, sus vínculos familiares y los informes de las áreas técnicas que trabajaron con él; y destaca que ello es lo que el art. 40 de la Convención Internacional de Derechos del Niño define como "asumir una función constructiva en la sociedad". Añade que su pupilo no ha repetido conductas disvaliosas, respeta los límites de convivencia y muestra que ha logrado ser responsable y autónomo.

A continuación señala la contradicción en que habría incurrido la Cámara al citar doctrina referida a la aplicación de pena basada en forma íntima y exclusiva en el resultado del tratamiento tutelar, y luego resolver de manera diferente a tales conceptualizaciones.

Argumenta que se ha minimizado el resultado del tratamiento tutelar y se sostuvo de manera arbitraria que el señor P. "no desplegó conductas antagónicas a las desplegadas".

En la descripción de los supuestos yerros en la sentencia recurrida, la señora Defensora plantea que no se ha respetado el sentido de las normas internacionales ni se ha observado la Ley 4109. De acuerdo con la interpretación de dicho plexo, prosigue, en el ámbito de la justicia penal juvenil la respuesta estatal ha de ser aquella que no impida la resocialización. Insiste, además, que en la instancia anterior solamente se ha merituado la gravedad del hecho delictual cometido, sin advertir que el tratamiento tutelar arrojaba un resultado positivo respecto de su autor.

En cuanto al análisis sobre la necesidad de aplicar pena, la recurrente invoca la falta de consideración de los efectos nocivos que, en su opinión, producirá el encarcelamiento de su pupilo, criterio sostenido en el fallo "Maldonado", con el consecuente incumplimiento de la obligación de fundar el punto.

Para concluir, sostiene que no se ha realizado una valoración armónica y conjunta de los cuatro criterios impuestos por el art. 4 de la Ley 22278, sino que aquella ha resultado sesgada, con exclusiva referencia a la gravedad del delito cometido, por lo que la sentencia que recurre es arbitraria en los términos del art. 200 de la Constitución Provincial.

En razón de lo expuesto, solicita que este Superior Tribunal de Justicia case el fallo atacado y lo revoque.

2.2. A su turno, la señora Defensora General subrogante sostiene el recurso de casación reseñado y comparte sus fundamentos. Entre otros conceptos, señala que la sentencia impugnada ha ignorado los informes que daban acabada cuenta de la rehabilitación, el compromiso y el avance en aspectos laborales, escolares, deportivos y religiosos del señor N.A.P., y ha aplicado una pena severa a modo de retribución.

Agrega conceptos similares a los del recurso en tratamiento y hace referencia a la doctrina legal sentada en el precedente STJRNS2 Se. 190/05, atento al cual el ámbito de autodeterminación de los niños, niñas y adolescentes no es igual al de las personas adultas, debido a su inmadurez emocional, por lo que la culpabilidad de sus actos es de entidad menor. Asimismo menciona el fallo STJRNS2 Se. 46/15 vinculado a la necesidad de garantizar el debido proceso legal, con más el plus protectorio de culpabilidad disminuida y encierro como última ratio de la función penal, en relación a los procesos penales dirigidos contra un joven menor de edad.

Por las razones desarrolladas, pide que se haga lugar al recurso y se deje sin efecto la resolución impugnada.

3. Breves notas:

La Fiscalía General acompaña unas breves notas de resumen de su alegato en audiencia, que se agregan a fs. 169/187 y vta.

4. Audiencia de casación:

En la audiencia de casación las partes invocan argumentos a favor de sus posturas, de todo lo cual queda constancia en el acta respectiva, a la cual se remite.

5. Análisis y solución del caso:

5.1. En autos se ha dispuesto la condena de N.A.P., menor punible al momento del delito cometido, luego de la respectiva audiencia de imposición de pena, en los términos y alcances del art. 4º de la Ley Nº 22.278.

Dicho artículo supedita la imposición de una pena a una persona menor de edad al previo análisis valorativo, por parte del magistrado, de los asuntos siguientes: las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez.

Tal normativa establece que el mérito adecuado de aquellos requisitos es imprescindible, no solo pues así lo exigió el legislador, sino porque, en virtud de la circunstancia especial aportada por la minoridad penalmente responsable de quien cometió el delito, faculta a -eventualmente- no imponer sanción; a prescindir de ella por innecesaria.

En razón de las obligaciones que determina la manda en análisis, este Superior Tribunal de Justicia tiene decidido, para casos sustancialmente análogos, que "[l]a primera decisión absolutamente relevante para el caso es justamente la vinculada con la necesidad de imponer una pena, puesto que recién luego, y en caso de superar el primer ítem, el juzgador se encuentra habilitado para pasar a la temática de su extensión, modalidades de ejecución o aplicación de medidas alternativas" (cf. STJRS2 Se. 165/18).

5.2. Acometida la tarea de controlar la calidad con que la Cámara actuante ha evaluado las pautas decisorias antes reseñadas, se advierte lo siguiente:

a. La modalidad del hecho:

Tal pauta, al igual que las demás de igual origen normativo, admiten alguna amplitud de análisis y, entonces, su alcance o influencia final en la decisión del juez es siempre relativo, pues el art. 4º de la Ley Nº 22278 no tasa la extensión interpretativa que de ellas se haga en juicio.

Ahora bien, previo a ingresar en lo que específicamente implica la naturaleza de la acción (la modalidad del delito, los medios empleados para consumarlo y la extensión del daño), el primer aspecto de ineludible referencia es que el sentenciante debe abordar su tarea de individualización, adecuando la pena a lo que de modo abstracto determinó en su resolución de adjudicación de responsabilidad penal; y aquí ya se observa un apartamiento arbitrario de dicho límite. En efecto,

aunque en algunas consideraciones aparece el análisis de una única conducta, la Cámara también sostiene que respecto "de la modalidad del hecho, el mismo [sic] estriba en el objeto base de la acusación por el que P. fue declarado responsable, ello es por haber sido autor del delito de homicidio calificado por haber sido cometido con arma de fuego en concurso ideal con portación ilegítima de arma de uso civil, se trata entonces de dos acciones disvaliosas previstas en los Artículos 41 bis, 79 y 189 bis inciso segundo, 4° párrafo".

De acuerdo con lo reseñado en el párrafo anterior, no queda claro en ese examen si el juzgador valoró lo ocurrido como si el derecho de fondo abarcara lo acontecido en un hecho o en dos de ellos, confundiendo así el concurso real de delitos con el concurso ideal. Y no parece tratarse de un mero error material, dado que la sentencia en crisis menciona expresamente la existencia de dos acciones (una de matar con un arma y otra de portarla de modo ilegítimo), cuando conceptualmente el concurso ideal implica la existencia de una sola, en tanto se trata siempre de la misma manifestación de voluntad que realiza dos tipos penales.

Los tipos penales adjudicados en autos pueden relacionarse con la modalidad del concurso real (dos acciones, dos manifestaciones de voluntad) en los supuestos en que la portación del arma excede temporalmente lo relativo al homicidio, lo que había sido expresamente descartado por el propio sentenciante al sostener que, en este caso, tener el arma para perpetrar otro delito y con esa sola finalidad... (se) trata de un solo plan, de una unidad de acción con pluralidad típica, produciéndose en forma simultánea, material y temporalmente. Es por lo dicho que debe considerarse que el homicidio y la portación de arma de fuego concursan idealmente entre sí? (Sentencia del 05/06/2017).

La consideración de dos acciones disvaliosas, cada una de las cuales resulta apta para conformar hechos independientes, implica un agravamiento indebido de la materialidad reprochada, lo que no puede ser confirmado en esta instancia de casación.

b. Los antecedentes del menor:

En la ya citada STJRS2 Se. 165/18 también se determinó que, "[d]e entre las múltiples enseñanzas que trajo para lo que nos ocupa el conocido leading case 'Maldonado', de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (sentencia del 07/12/05), extraigo una regla bastante simple y es la de que, si algún efecto ha de asignársele a la Convención del Niño, este es sin lugar a dudas que a ellos les alcanza el amparo de las garantías básicas del proceso penal (considerando 11 de dicho fallo). Entonces, para la solución del caso... interesa destacar la regla de que los menores no pueden quedar en una situación de inferioridad en relación con los mayores de edad".

Entonces, para la imposición de pena únicamente podría ingresar, como antecedente de N.A.P., alguna causa en la que hubiera recaído sentencia condenatoria.

Sin embargo, al llegar a este punto y luego de finalizar con las consideraciones acerca de la modalidad del hecho, la Cámara expresó que, respecto "de los informes producidos en el marco del abordaje tutelar, se observa que los mismos se inician con anterioridad a la circunstancia que dio lugar al presente proceso, precisamente por hechos anteriores... su situación exhibe características que imponen una fuerte preocupación. Reiteradamente y desde temprana edad se lo observó en situación de conflicto con la ley, pese al seguimiento tutelar que se había impuesto...".

A lo anterior, el señor Juez votante en primer término añadió que "[en] relación a los antecedentes y la impresión recogida en la audiencia respecto de P., subrayo a favor suyo la adecuada conducta posterior al hecho, en torno a ello vale decir que no se lo observa envuelto en otras transgresiones a la ley".

Como se advierte sin mayor esfuerzo, se trata de menciones absolutamente inespecíficas, referidas a informes que no encuentran ninguna relación con la exigencia de un antecedente apto para caracterizar la sujeción a derecho del menor, y que sea útil respecto del hecho concreto que se quiere evaluar. Así, este otro requisito legal tampoco ha sido abordado conforme a derecho.

c. El resultado del tratamiento tutelar:

Aquí el análisis aparece confundido con la temática anterior, pues se cotejó la existencia de diversos informes y en la sentencia recurrida se manifestó que "[en] abono de ello [en referencia a informes no especificados en donde destaca 'cierta inoperancia en los referentes adultos para conducirlo o guiarlo en su conducta' y 'comportamientos que lo tuvieron como protagonista'] encuentro alguno de los informes elevados por el área técnica a cargo del abordaje, ello sin perjuicio de lo manifestado en el último informe, el cual resulta más acorde al tratamiento que se implementó y a la conducta que se espera del joven, más entiendo no resulta suficiente para eximirlo de la aplicación de una pena, por el contrario, en relación al pavoroso hecho que lo tuvo como protagonista, no ha podido desplegar conductas antagónicas a las desplegadas y que posean una magnitud tal que demuestren en definitiva un entendimiento más allá de las palabras respecto del accionar disvalioso que desplegó y dio lugar a este proceso judicial...".

En lo que aquí interesa, no hay ninguna referencia puntual a los informes que llevaron al tribunal de grado a su conclusión respecto del resultado de tratamiento, ya que solo puede ser identificado (por ser el que se menciona como último) el realizado el 8 de febrero de 2018 y que consta a fs. 62/65 del expediente, donde -luego de su evaluación- la profesional actuante destaca la continuidad y el compromiso del joven con las actividades que venía desarrollando, tanto para su formación laboral como en los aspectos religioso y deportivo. En el mismo informe se añade la observancia de acciones concretas que dan cuenta de los esfuerzos del señor P. para mejorar humanamente, a lo que suma la obtención de un contrato en la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia para trabajar en el área de mantenimiento de ese organismo. Asimismo, detecta en el nombrado una actitud previsor para planificar, gestionar y conseguir recursos, y para desarrollar microemprendimientos laborales mediante los que logró obtener un mínimo sustento diario.

Aquello no trajo aparejada ninguna reflexión del juez más que aludir a su insuficiencia pues, según la sentencia en tratamiento, no llevaron al joven a alguna conducta antagónica a la reprochada, curiosa frase que, insertada a fs. 89 in fine, no permite comprender en qué consistiría tal acción pretendida, respecto de un caso de homicidio (¿salvar una vida?), ni por qué ello debería ser el resultado que debe procurar el incidente. En consecuencia, no cabe sino concluir que es fundamento aparente lo señalado en la cuestión.

d. La impresión directa recogida por el juez:

Sobre la impresión personal que le causó el señor P., la Cámara señaló que, "después de oírlo en relación a sus actividades actuales y su posicionamiento en la audiencia practicada de suma

trascendencia para su vida a futuro, no pude confirmar una actitud franca que dimensionara realmente la relevancia de los actos que lo llevaron hasta el estrado judicial".

Así formulada, la conclusión aparece como propia de una circunstancia de inmediatez y por tanto no censurable en casación. No obstante, también afirmó haber arribado a esa conclusión -entre otras premisas- después de escuchar al joven respecto de sus "actividades actuales", lo que sí podría haber sido objeto de valoración crítica, por tratarse de una inferencia racional examinable. Nuevamente, la ausencia de desarrollo de esta cuestión le quita motivación a lo decidido.

5.3. La Fiscalía General, en la sección final de su alegato -con complemento en las breves notas acompañadas- y luego de propiciar la confirmación de la condena impuesta, en el entendimiento de que la necesidad de aplicar pena y su monto no fueron decididos de modo arbitrario, plantea que debe analizarse la modalidad de ejecución de aquella y propone entonces una discusión al respecto, "de modo que no soslayan los avances logrados gracias al esfuerzo del joven, como así también en la reivindicación de todos los esfuerzos económicos y humanos que el propio Estado ha puesto a su disposición".

Luego, vincula el tiempo transcurrido desde el hecho y los plazos del tratamiento del joven -en los que estuvo sometido a diversas pautas de control-, y propicia, además, ciertas reducciones temporales por estímulo educativo en virtud de sus progresos, aceptando procesalmente las constancias documentales agregadas por la Defensa luego de la interposición del recurso que aquí se resuelve. Finalmente, sostiene que debe disponerse la ejecución condicional del tiempo restante de pena (un año, nueve meses y diez días, según su propio cómputo).

En definitiva, la titularidad del Ministerio Público Fiscal pide que se confirme la sentencia impugnada, mas impulsa que se modifique la modalidad de ejecución de la pena allí determinada, postura que merecerá respuesta en los párrafos venideros.

6. Conclusión:

Se observan errores en la actividad argumentativa desplegada por el tribunal de la anterior instancia al momento de analizar los requisitos legales que delimitan el ámbito jurisdiccional de imposición de pena a un menor penalmente responsable, por lo que lo decidido debe ser anulado, atento al incumplimiento de dicha exigencia formal (art. 200 C.Prov.).

Lo anterior torna abstracta la propuesta del señor Fiscal General -descrita en el anterior punto 5.3.- dado que, en un derrotero lógico y armónico de las actuaciones, primero debe dirimirse correctamente la necesidad de la pena y luego su monto, especie y modalidad de ejecución.

Como fue indicado, el señor Fiscal General propone que este Cuerpo se ocupe ahora de la modalidad de ejecución de la pena que pide se confirme, atendiendo a los indicadores de resocialización que señala en relación con el señor P.

No obstante que lo así solicitado resulta evidentemente beneficioso para el condenado, es contradictorio con los planteos iniciales orientados a la confirmación de lo decidido en la Sentencia Nº 28/18, en virtud de que, por imperativo legal, una pena superior a los tres años de prisión siempre deberá ser de cumplimiento efectivo y porque será el Juez de Ejecución y no este

Cuerpo el que tenga competencia para evaluar las alternativas que propongan las partes para su eventual desarrollo en el medio libre.

En razón que los mayores esfuerzos argumentativos del recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública estuvieron dirigidos a demostrar que "el a quo debió dar fundamentos pertinentes y ajustados a la ley y pese a lo sostenido en el pronunciamiento no ha realizado una valoración armónica y conjunta de los cuatro criterios del art. 4, sino una valoración sesgada con exclusiva ponderación de la gravedad del injusto [... lo que] torna a la sentencia en arbitraria en los términos del art. 200 de la Constitución provincial" -déficit a la postre comprobado-, la solución que en consecuencia aparece como aconsejable es la de la nulidad y el reenvío.

Finalmente, tampoco puede hacerse lugar al pedido de casación positiva efectuado en audiencia por parte del Ministerio Público de la Defensa, en tanto ello implicaría una tarea de evaluación probatoria por parte de este Cuerpo que no fue asumida por la propia impugnante, en tanto su recurso -que motiva lo aquí actuado- se limitó a reclamar por defectos en la motivación de la sentencia. Además, la imposición de pena es la materia propia del Tribunal de juicio, criterio que, en principio, debe mantenerse en resguardo de la garantía del doble conforme. ASÍ VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:

Adhiero al criterio sustentado por el vocal preopinante y VOTO EN IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión la señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini dijo:

1. Antecedentes de la causa:

Adhiero a la reseña de antecedentes realizada por el señor Juez de primer voto, en tanto refleja fielmente el trámite del expediente, y adelanto que coincido con su criterio para resolver la primera cuestión, por mis propios fundamentos.

2. Análisis y solución del caso:

2.1. Tal como se ha enfatizado precedentemente, este Cuerpo tiene dicho: "... la primera decisión absolutamente relevante para el caso es justamente la vinculada con la necesidad de imponer una pena, puesto que recién luego, y en caso de superar el primer ítem, el juzgador se encuentra habilitado para pasar a la temática de su extensión, modalidades de ejecución o aplicación de medidas alternativas" (ver STJRNS2 Se. 165/18).

En el fallo en crisis se advierte que el sentenciante ha plasmado de modo confuso las premisas sobre las que luego asentó la justificación de su argumentación, puesto que reseñó someramente la base convencional supra e infralegal sobre la que habría de decidir; luego acotó que en materia penal juvenil se dan dos decisiones, una de ellas "que abreva en el razonamiento de la necesidad o innecesariedad de aplicar una condena y otra atinente a la precisión cualitativa y cuantitativa de aquél castigo, si es que se decide imponer...", y a partir de allí se produjo el desvío del razonamiento, dado que de inmediato citó el art. 4º de la Ley 22278, expresando que en él se establecen las pautas para "fijar" la pena. Para mayor confusión, hizo una cita de José H. González en la que se remarca el doble veredicto de responsabilidad o culpabilidad del menor, y otra complementaria, en la que se reconoce la íntima y casi exclusiva dependencia del comportamiento

o respuesta del menor al tratamiento tutelar ensayado para la imposición o no de una pena, cita que, o no se ha comprendido, o no se ha querido seguir.

2.2. Puntualizo que la letra del art. 4º refiere a "la naturaleza de la acción", aunque en rigor el análisis se extiende a la modalidad del hecho. La naturaleza de la acción atañe a su mayor o menor gravedad, a la índole del injusto en orden al daño causado, mas no resulta necesario en esta segunda etapa del juicio invocar y reponderar todas y cada una de las circunstancias fácticas que dieron marco a dicha acción, por la que ya ha sido declarado responsable. Tal como se expuso en el voto ponente, el sentenciante ha incurrido en yerros fundados al desarrollar su argumentación, mencionando dos acciones. Esta inobservancia sustantiva posee mayor densidad toda vez que es sobre este tópico (uno de los cuatro) sobre el que el a quo efectuó en exclusividad su ponderación, soslayando que ya por sentencia había recaído en cabeza del joven la responsabilidad por esa acción, con esa modalidad, con esos medios empleados y con el resultado dañoso y deletéreo. Claro está que corresponde considerar la índole del injusto o la naturaleza de la acción, pues la gravedad de la conducta integra el análisis, pero no es el único ítem a considerar en pos de decidir si resulta necesario imponer o no pena. Aledaño a ello, cabe remarcar que los cuatro aspectos o circunstancias que prescribe el aún vigente art. 4º de la Ley 22278 deben ser evaluados de modo concordante y armónico. Ninguno prevalece ni anula a lo demás y, en esa faena jurisdiccional tan delicada, entran en juego los valores y principios convencionales y su acogimiento constitucional, tarea que observo incumplida.

2.3. Los antecedentes del menor:

Nuevamente coincido con el señalamiento del distinguido colega de primer voto en tanto recuerda que, "[d]e entre las múltiples enseñanzas que trajo para lo que nos ocupa el conocido leading case 'Maldonado', de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (sentencia del 07/12/05), extraigo una regla bastante simple y es la de que, si algún efecto ha de asignársele a la Convención del Niño, este es sin lugar a dudas que a ellos les alcanza el amparo de las garantías básicas del proceso penal (considerando 11 de dicho fallo). Entonces, para la solución del caso... interesa destacar la regla de que los menores no pueden quedar en una situación de inferioridad en relación con los mayores de edad", tal como se expuso en el precedente STJRNS2 Se. 165/18, ya citado, con voto de la señora Jueza doctora Adriana Zaratiegui, sin disidencias. Esta directriz surge prístinamente de la interpretación conforme de la normativa convencional e infraconstitucional (Ley 26061) y con mayor énfasis en la Ley Provincial 4109, que establece que los niños y adolescentes tendrán un proceso penal que contemple -como mínimo- las mismas garantías que se prevén para el adulto.

En autos, además del yerro del sentenciante al ponderar transgresiones anteriores del joven en tanto era menor de edad, respecto de las cuales no ha recaído sentencia condenatoria (inexistencia de antecedente computable, tanto para mayores como para menores), se ha ignorado o se ha soslayado que la vetusta Ley 22278 en su art. 5º también prohíbe computar antecedentes condenatorios para los fines de la reincidencia. Por consiguiente, "los antecedentes? que se deben reseñar, analizar, sopesar y ponderar para discernir si corresponde o no aplicar pena, en un todo armónico con los demás aspectos o ítems del art. 4º de la ley fonal, han sido inobservados o desinterpretados. Los antecedentes del menor que el juzgador debe explorar para otorgar completitud al examen son aquellos que refieren a su historia de vida al momento de

cometer transgresiones al orden; esto es, en qué contexto sociocultural o subcultural se estaba formando, qué oportunidades tenía en su formación para obrar de modo distinto, de qué contención socioeducativa y familiar gozaba, quiénes eran sus referentes, cuál su axiología, para luego desmenuzar y dimensionar los logros del tratamiento que el Juez oportunamente ordenó y el Estado llevó adelante.

Sin embargo, como ya se explicitó, el sentenciante expresó que, respecto "de los informes producidos en el marco del abordaje tutelar, se observa que los mismos se inician con anterioridad a la circunstancia que dio lugar al presente proceso, precisamente por hechos anteriores... su situación exhibe características que imponen una fuerte preocupación. Reiteradamente y desde temprana edad se lo observó en situación de conflicto con la ley, pese al seguimiento tutelar que se había impuesto...", a lo que añadió: "[en] relación a los antecedentes y la impresión recogida en la audiencia respecto de P., subrayo a favor suyo la adecuada conducta posterior al hecho, en torno a ello vale decir que no se lo observa envuelto en otras transgresiones a la ley".

Así como advierte mi colega del voto ponente, se trata de menciones absolutamente inespecíficas, vinculadas con informes que no encuentran ninguna relación con la exigencia de un antecedente apto para fundar la imposición de una pena. Por ende, continúan evidenciándose los yerros sentenciales.

2.4. El resultado del tratamiento tutelar:

En punto a la valoración del tratamiento, que decididamente aparece confundido con la temática anterior, se observan argumentos encontrados y contradictorios, sin señalamiento de las constancias o informes en los que se asientan las conclusiones del juzgador, y hasta se advierte la omisión de valorar informes o constancias favorables y pormenorizados, de los que sin mayor esfuerzo se extraen logros reveladores de cambios positivos que redundarán en una función constructiva en la sociedad. Así, sin referencia alguna a las constancias e informes, destaca "cierta inoperancia en los referentes adultos para conducirlo o guiarlo en su conducta" y "comportamientos que lo tuvieron como protagonista", y agregó: "encuentro alguno de los informes elevados por el área técnica a cargo del abordaje, ello sin perjuicio de lo manifestado en el último informe, el cual resulta más acorde al tratamiento que se implementó y a la conducta que se espera del joven, más entiendo no resulta suficiente para eximirlo de la aplicación de una pena, por el contrario, en relación al pavoroso hecho que lo tuvo como protagonista, no ha podido desplegar conductas antagónicas a las desplegadas y que posean una magnitud tal que demuestren en definitiva un entendimiento más allá de las palabras respecto del accionar disvalioso que desplegó y dio lugar a este proceso judicial".

De tal modo, no hay ninguna referencia puntual a los informes que llevaron al juzgador a su conclusión respecto del resultado del tratamiento, salvo aquel que mencionó como "el último", aludiendo entonces al del 8 de febrero de 2018, que consta a fs. 62/65 de este expediente, donde se destacan los logros positivos evidenciados en la continuidad y el compromiso del joven con las actividades que venía desarrollando, tanto para su formación laboral como en los aspectos religioso y deportivo. En el mismo informe se incluye la observancia de acciones concretas que dan cuenta de los esfuerzos de P. para mejorar, a lo que se agrega la obtención de un contrato en el Área de Niñez, Adolescencia y Familia para trabajar en el área de mantenimiento. Asimismo, se detecta en el joven una actitud previsor para planificar, gestionar y conseguir recursos, y para

desarrollar microemprendimientos laborales mediante los que logró obtener un mínimo sustento diario.

Ciertamente el mérito de tal información suponía aludir a algo distinto que a su insuficiencia y al frente -una vez más- con la gravedad, que ya a esta altura del discurso trocó en el argumento central, sin valorar en tramo alguno la culpabilidad disminuida por la inmadurez (16 años al momento del hecho) y la vulnerabilidad. Y como si ello no quedara claro, sumó como aspecto negativo y portador de merecida pena el que no haya desplegado alguna "conducta antagónica a la reprochada".

El voto al que adhiero en este primer interrogante propuesto en la deliberación alude a una curiosa frase que no permite comprender en qué consistiría tal acción antagónica y se pregunta: "¿salvar una vida?", para concluir que se trata de un fundamento aparente. A tal apreciación agregó que -justamente- esa apariencia de razón es la que pone de relieve que no se ha analizado el caso a la luz del plexo normativo que rige estos supuestos, sino que se lo ha inobservado en toda su extensión.

El tratamiento o seguimiento tutelar, que deberíamos comenzar a considerar como la aplicación de medidas socioeducativas en pos de encontrarle justificación constitucional a la disposición jurisdiccional que lo ordena, alejándola del sistema de la situación irregular, tiene como objetivo principal y exclusivo el de reintegrar socialmente y permitir que ese sujeto en formación (adolescente) realice esfuerzos demostrativos de auto-redención, merced a conductas positivas que evidencien cambios que redunden en una función constructiva en la sociedad.

Si así no fuera, ¿qué sentido habrían tenido la internación en el Hogar Pagano, el seguimiento y su presentación periódica ante la Cámara, la formación en oficios, la superación en el deporte, la realización de tareas sociales y religiosas, su integración positiva al medio? ¿Será acaso el solo dejar transcurrir el tiempo a la espera de que cumpla la mayoría de edad para finalmente aplicar el encierro, rememorando la gravedad y esgrimiendo razones no muy claras de prevención, que mucho se acercan a la general y se alejan de la especial? ¿Qué sentido tiene que se le haya impuesto al Juez la obligación de evaluar la conveniencia o inconveniencia de aplicar una pena de encierro, si no existe una mínima reflexión sobre los efectos nocivos de ese encierro?

2.5. La impresión de visu:

La impresión personal que causó el joven al Juez que lleva el voto ponente de la Cámara se tradujo en los siguientes términos: "después de oírlo en relación a sus actividades actuales y su posicionamiento en la audiencia practicada de suma trascendencia para su vida a futuro, no pude confirmar una actitud franca que dimensionara realmente la relevancia de los actos que lo llevaron hasta el estrado judicial". Tal consideración aparece como propia de una circunstancia de inmediación en bloque, lo que ciertamente no es censurable en casación, dado que no se cuenta con lo que es susceptible de ser revisado (léase: la impresión en el fuero íntimo de los Jueces). En cambio, sí lo es que al tribunal, luego de oír al joven, se le presentó la imposibilidad de confirmar (inexistencia de certeza) si se trataba de una actitud franca, puesto que así lo expuso, lo cual se traduce en haber dudado sobre la franqueza plasmada en la audiencia respecto de la comprensión de su obrar contrario a derecho, o que "dimensionara realmente la relevancia de los actos que lo llevaron hasta el estrado del Tribunal". Por consiguiente, haber ponderado esa duda en desmedro

o en perjuicio del joven pone en crisis la exigencia de un tratamiento igualitario, como mínimo, respecto del proceso de los adultos, en el que toda duda debe beneficiar y nunca perjudicar (art.4º CPP, in dubio pro reo, cf. STJRNS2 Se. 165/18).

3. Conclusión:

Hasta aquí, como adelanté, adhiero al voto ponente en cuanto propicia la revocación del acto sentencial en orden a los errores del que es portador y lo descalifica como obra jurisdiccional válida. MI VOTO.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Ricardo A. Aparian y Adriana C. Zaratiegui dijeron:

Adherimos al criterio sustentado por los señores Jueces que nos preceden en orden de votación y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

A la segunda cuestión el señor Juez doctor Sergio M. Barotto dijo:

Por lo expuesto al tratar la primera cuestión, propicio al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación deducido por la Defensa del señor N.A.P., anular la Sentencia Nº 28/18 de la Sala B de la Cámara en lo Criminal de la Iª. Circunscripción Judicial y el debate correspondiente, y reenviar el expediente al origen para la continuidad del trámite, de acuerdo con el derecho que aquí se declara. ASÍ VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el vocal preopinante y VOTO EN IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión la señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini dijo:

Como referí al tratar la primera cuestión, la Defensa expresa en sus agravios que la sentencia recurrida no ha observado el plexo internacional de derechos humanos de la infancia, la Convención Internacional de Derechos del Niño (arts. 3, 37 y 40), las Reglas Mínimas de Naciones Unidas (Beijing, arts.17.1, 18.1, 19.1), las Directrices de Riad, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la protección de Menores Privados de Libertad, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8.1 y 19) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Agrega que ha interpretado erróneamente el art. 4º de la ley 22278 y desconocido o desatendido los arts. 10 de la Ley 26061 y 10 de la Ley 4109, como también los arts. 73 y 77 de la misma norma de Protección Integral. Finalmente señala la inobservancia de la ley y su lógico correlato con la arbitrariedad, por lo que solicita se revoque el pronunciamiento y se ejerza casación positiva.

En orden al modo en que se resuelve el primer punto deliberado, esto es, que se impone la revocación del fallo en virtud de los vicios sentenciales que posee, estimo que cabe acoger la pretensión de la Defensa.

La deficiencia advertida en la decisión recurrida habilita a este Cuerpo al dictado de sentencia sobre el fondo, toda vez que los yerros del a quo han sido in iudicando. La ausencia de motivación que conlleva el incumplimiento del art. 200 de la Constitución Provincial no solo alude a la fundamentación razonada, sino también a la fundamentación legal, y en el sub lite surge con

claridad que el sentenciante, no obstante mencionar la normativa aplicable, no la ha observado. Esto es, la inaplicó, lo que conlleva error de juzgamiento.

Para cumplir con tal cometido, y teniendo en consideración los parámetros explicitados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Casal", en el caso la revisión de lo revisable está dada en el contenido de los informes plasmados y en la impresión directa (de visu) que este Cuerpo ha tenido, puesto que el joven no solo estuvo presente en la audiencia, sino que también se expresó ampliamente.

Me permito una digresión para apuntar que la audiencia del art. 4º de la Ley 22278, si bien tiene similitud con la audiencia de cesura del juicio del proceso de adultos, tal como he dicho en otras ocasiones, en razón de darse el corte entre el juicio de culpabilidad y/o responsabilidad y el juicio respecto de la pena, no se asimila totalmente ni tiene un único y similar objetivo. En la cesura del juicio de adultos las partes deben aportar prueba, según el interés que representan, para lograr la individualización de la pena, cuya imposición es inexorable y solo se debatirá su especie, su monto -y a todo evento- su modalidad de ejecución.

En la audiencia del art 4º de la Ley 22278 lo que debe determinarse es si corresponde o no aplicar pena y, de ser así, su quantum, para lo cual lo que debe ponderarse es lo que ya está dado y contenido en el expediente, con más -si se permite y hay acuerdo de partes-aquello que mejor ilustre al tribunal.

La cuestión que amerita el primer análisis radica en establecer si corresponde o no aplicar pena, dejando fuera de debate y discusión que no transgrede normativa de rango convencional, supra infraconstitucional, la imposición de pena privativa de libertad a un menor de edad punible que cometa un hecho ilícito.

Habida cuenta de los precedentes de autoridad (CSJN in re "Maldonado" y "Marteau") que han sido citados por las partes y que ya en la primera cuestión se han mencionado, estimo menester transcribir las consideraciones principales para cumplir acabadamente la tarea.

En el fallo "Maldonado", en lo que aquí interesa, se declaró: "21º) Que a pesar de las coincidencias parciales señaladas, existe en la normativa de la ley 22.278 un aspecto que no aparece en el Código Penal: la facultad y el deber del juez de ponderar la 'necesidad de la pena'... 2º) Que la 'necesidad de la pena' a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a 'gravedad del hecho' o a 'peligrosidad' como parece entenderlo el a quo. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a 'la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad' (art. 40, inc. 1º)... 23º) Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3º, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de

la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento... 34º) Que, consecuentemente, en la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resulten de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores... 35º) Que de la conjunción de la ley 22.278 y la Convención del Niño se desprende con claridad que el derecho penal de menores está muy fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad. De allí que, al momento de determinar la pena, el tribunal no pueda omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena, desde la perspectiva indicada, respecto de ese autor en concreto... 36º) Que, asimismo, no se puede perder de vista para la solución del sub lite la significación del principio de culpabilidad, el cual, por cierto, ya formaba parte del texto constitucional con anterioridad a 1994... 40º) 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".

De la transcripción textual del considerando 7º) del precedente "Marteau" se extrae: "Que esta Corte ha establecido 'Que la «necesidad de la pena» a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a «gravedad del hecho» o a «peligrosidad» como parece entenderlo el a quo. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a «la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad (art. 40, inc. 1º)' ('Maldonado, Daniel E. y otro', considerando 22, Fallos: 328:4343)".

De lo precedentemente parafraseado y con resaltado propio se extraen parámetros de ineludible ponderación.

Emprendiendo tal tarea, liminarmente corresponde desechar la propuesta del señor Fiscal General, sin desdeñar sus nobles intenciones y el esfuerzo interpretativo realizado en pos de defender el fallo puesto en crisis y -a la vez- favorecer la situación del joven; lo cierto es que la índole o la naturaleza de este recurso, tal como refiere el Juez ponente, no permite ir más allá del thema decidendum y la petición tal como se formula resulta contradictoria, en tanto este Cuerpo, de confirmar el decisorio, en modo alguno podría modificarlo. Pero no soslayaré que la propuesta

del titular de la vindicta pública durante la audiencia -a diferencia de las breves notas- estuvo precedida de la afirmación de estar ante la inconveniencia del encierro del joven.

De la revisión pormenorizada de las constancias traídas al incidente de tratamiento tutelar dable es advertir que, desde la comisión del hecho que se le reprochó al por entonces menor de edad y hasta la actualidad, se lo ha privado de su libertad ambulatoria durante doscientos ocho días (fs. 81) alojándolo en el Hogar Socio Educativo Viedma, del que solo se le permitió salir con acompañamiento policial para realizar actividades (aprendizaje de oficios de electricidad, carpintería y boxeo, cf. incidente del Juzgado de Instrucción, fs.64/67).

Durante su internación se advirtió su buena predisposición para todas las tareas que se le propusieron e incluso emprendió algunas por iniciativa propia dentro de la institución (armado de invernadero y mural). Respetó las normas de la institución, sin mostrar actitud negativa para con ellas, dirigiéndose a los demás en forma respetuosa (incidente del Juzgado de Instrucción, fs. 72).

Luego se le impusieron reglas que cumplió acabadamente al ser externado bajo el programa de libertad asistida. A fs. 2, 5 y 12 del presente incidente obra el certificado de alumno regular de la Escuela de Oficios, la certificación de concurrencia a las clases de Karate, Boxeo y Canotaje de la Subsecretaría de Deportes de la Municipalidad de Viedma (fs. 3, 13, 25 y 31), y el certificado de finalización del curso de carpintería (fs. 14).

También cumplimentó regular y periódicamente con su obligación de presentarse ante el tribunal todos los días lunes a las 8:30 durante los años 2017 y 2018, según certifica el Secretario subrogante (fs.1, 8, 9, 10, 11, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 28, 29, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 42, 44, 48, 49, 50, 52, 56, 60, 71, 73 y 83), tal como le fue ordenado en la audiencia que se plasmó a fs. 571 del expediente principal.

A fs. 62/65 obra un informe actualizado de las actividades deportivas y de formación laboral del joven P., elaborado en febrero de 2018, donde se deja constancia de que ya ha cumplido la mayoría de edad, por lo que no tiene seguimiento del Programa de Libertad Asistida. No obstante, se destaca que continúa vinculado con las áreas de la Secretaría de Niñez. También se lee allí que el joven percibe una pasantía rentada en el taller de chapa y pintura, que concertó personalmente, y que su madre ya no cuenta con la Asignación Universal por hijo, razón por la cual A. gestionó dos proyectos de microemprendimientos laborales, uno de los cuales le permitió elaborar productos de panificación que vende en las oficinas públicas y otro para la compra de herramientas de albañilería con las que efectúa trabajos junto a su hermano.

Asimismo, se pone de resalto la posibilidad de lograr su ingreso como agente contratado en el área de mantenimiento de la SENAF y el acompañamiento de su madre, con quien concurre al culto tres días por semana.

En cuanto a la actividad deportiva, se señala que tanto en boxeo como en canotaje compete en niveles avanzados, para lo cual se somete a entrenamientos intensivos y de mucha disciplina; se aclara que los lugares en que practica dichos deportes también fueron conseguidos por su iniciativa.

Conjugando dichos con hechos concretos, la conclusión profesional destaca el compromiso y la continuidad en las actividades, y la gran capacidad para gestionar y lograr objetivos.

Respecto de los hechos, los logros deportivos se encuentran ilustrados por las fotografías que acompañan el informe aludido (fs. 66/69, 78/79, 153, 155, 156, 157, 158, 160, 161, 162, 163 y 166). Sus logros educativos se encuentran también ilustrados en las imágenes obrantes a fs.159 (entrega de diploma) y en la concurrencia la Escuela Secundaria Nocturna en Carmen de Patagones (fs. 165), a lo que se suma la actividad que desenvuelve en el Centro Cristiano Esperanza (fs. 164).

A esta altura es menester apuntar que los logros objetivamente constatados se compadecen con las exigencias (reglas) que le fueron impuestas en la prenotada audiencia de externación (fs. 571 del principal) que he tenido ante mí con el fin de inteligir las certificaciones actuariales del incidente.

También corresponde analizar los extremos constatados respecto de la conducta del joven durante el tratamiento con su historia de vida, que ha sido suficientemente expuesta en los obrados toda vez que, por diversos motivos, el Estado ha intervenido -desde el año 2013- y ha constatado que proviene de una familia numerosa (es el menor de seis hermanos), signada por la violencia intrafamiliar por parte de su progenitor, hacia su madre inicialmente y luego hacia el grupo. En tal devenir fue la madre quien se alejó de la vivienda familiar durante varios años y la prole quedó con el padre, hasta que fue excluido del hogar. A esa figura de influencia negativa se agregó una madre con problemas de salud y pocos recursos para imponer autoridad, que llevó adelante la crianza, con ausencias del hogar para cumplir con tareas domésticas y lograr el sustento. El ingreso a la etapa adolescente sin orientación adulta, con carencias económicas y normativas y un contexto sociocomunitario excluyente, sumadas a los inconvenientes de inclusión en el ámbito escolar, llevó a estadías en la calle, junto con sus pares, y al inicio del consumo de tabaco, alcohol, sustancias estupefacientes o psicoactivas a la corta edad de diez años (ver fs. 14/16 y 22/24), problemática que -según la opinión profesional- se constituye en una práctica naturalizada en la familia (fs. 45).

Como bien puede advertirse, el historial del joven es un catálogo de vulneración de derechos de la infancia y su conducta transgresora, si bien no podrá ser en modo alguno justificada por la pobreza, sí se vio inmersa en un marco o contexto de carencias no solo materiales, sino de afecto, de valores, de respeto a las reglas básicas de convivencia (por caso, la violencia en su ámbito familiar estaba naturalizada, así como el consumo problemático). Precisamente en una etapa de la vida en la que la rebeldía, sumada a la ausencia de horizontes claros, es predisponente para el desvío, la irreflexión, la transgresión y el delito, se aprecia la ausencia de referentes de autoridad y la inexistencia de motivaciones para superarse.

Estimo que la reseña de lo transitado durante el tratamiento o el sometimiento a reglas, luego de su encierro, evidencia cambios positivos, puntuales y objetivos. Así, el joven P. ha demostrado que puede conducir su vida fijando metas y obteniendo logros alejado de conflictos y transgresiones al orden. Concretamente, se ha reintegrado a la sociedad.

En la audiencia se ha expresado correctamente, asumiendo una actitud respetuosa y reflexiva. Se esmeró en enumerar sus logros deportivos y educativos y su capacidad para liderar positivamente a otros jóvenes de la comunidad religiosa. Y claro que lo ha hecho demostrando satisfacción y orgullo, con una sonrisa franca frente a este Tribunal que lo examinaba. Ello no merece -a mi juicio- ser entendido como desparpajo o desentendimiento del hecho cometido, tanto menos falta

de arrepentimiento o desdén por el daño provocado. Es la postura de un joven que abandonó aquello y ahora es esto.

La señora Defensora ha manifestado en su alegato que, en sus largos años de función, es la primera vez que observa la concreción de un tratamiento exitoso. Con algo más de tiempo en el sistema de administración de Justicia, coincido y rubrico tal afirmación.

Reitero, por no tratarse de un dato menor e intrascendente, que el representante de la vindicta pública ha admitido en la audiencia la inconveniencia del encierro, ensayando alternativas para evitar la prisionalización efectiva.

El joven P. ha cometido un delito grave por el que ha sido declarado responsable y, en orden a su edad al momento de cometerlo, tal como antes se ha señalado, su culpabilidad no se encuentra negada ni ignorada, sino que dentro del sistema de derecho penal del acto, dicha culpabilidad - desde el ingreso al proceso- es una culpabilidad disminuida.

Por tal razón, en el derecho penal aplicable a los jóvenes infractores la respuesta punitiva es la excepción y solo puede poseer carácter preventivo y especial. De ello se infiere que solo es aplicable cuando certeramente han fracasado las medidas socioeducativas. En otras palabras, la posibilidad de aplicar la pena es una eventualidad que debe estar -para su imposición- fuertemente fundada en la existencia de circunstancias indicativas de la necesidad de resocializar, puesto que el intento anterior ha fracasado.

Si no se evidencia el fracaso; si, por el contrario, con posterioridad a la comisión del hecho la persona demuestra con su conducta cambios positivos que evidencian esfuerzos para asumir una función constructiva en la sociedad, reintegrándose a ella, la eximición de pena es una obligación del Estado, dado que ha perdido sentido aplicarla si en claro se tiene que el ius punendi y la justificación de la sanción fincan en la resocialización y el reintegro a la sociedad y no en la pura vindicta retributiva.

Este Cuerpo tiene dicho en sólida y constante doctrina, que no ha sido modificada y la cual comparto, que "... mientras para la prevención general la pena encuentra su justificación a partir de su finalidad disuasoria para el obrar ilícito de futuros -eventuales- autores de hechos punibles, la especial lo hace según el propósito de influir sobre el autor del delito, en el modo positivo procurando la remoción de las disposiciones psíquicas que conducen a la delincuencia.

"En el precedente 'FURLAN' (del 07/08/07), sobre el impedimento de rebasar por normas infraconstitucionales los mandatos que surgen del bloque normativo incorporado a nuestra Constitución por el inc. 22 de su art. 75, este Tribunal sostuvo: 'En este sentido podemos mencionar, entre otros, el art. 5, num. 6º del Pacto de San José de Costa Rica, por el cual las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados, orientación corroborada en el plano normativo inferior por la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (24660), que en su art. 1º dice que la finalidad que reviste la pena privativa de la libertad es lograr que el individuo sometido a ella se reintegre a la sociedad y logre su adaptación mediante la incorporación de valores fundamentales que posibiliten al vida en comunidad'.

"Luego continúa: 'El criterio de resocialización encuentra su reconocimiento normativo en los ya citados arts. 5º, num 6º del Pacto de San José de Costa Rica, 18 de la Constitución Nacional y 1 de la Ley 24660'.

"De modo concordante -en el orden local-, la Ley 3008 -Régimen Penitenciario Provincial- en su art. 2º consagra como principio básico de la ejecución 'la readaptación social del interno de modo que, al egreso del sistema penitenciario, sea posible su reinserción en la comunidad'" (STJRNS2 Se.109/10 "Ferrari").

Tal doctrina se aplica en el proceso penal seguido contra adultos al ponderar no solo la necesidad y duración de la pena, sino su modo de ejecución. Por consiguiente, es como mínimo aplicable a los procesos seguidos contra jóvenes en conflicto con la ley penal.

En tal sentido, cabe recordar lo ya acuñado en fallos de este Cuerpo en cuanto al régimen penal de la minoridad, en los que con contundencia se ha establecido: "... la manda constitucional proporciona datos especiales respecto del régimen de los adultos, en el sentido de que, si bien es cierto que para ellos toda pena privativa de libertad y el consiguiente tratamiento penitenciario están dirigidos esencialmente a su reforma y readaptación social (art. 5 inc. 6º CADH y 10 inc. 3º PIDCP), por lo que el juzgador no puede dejar de advertir los efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial, en el caso de los menores tal mandato se acentúa y se traduce en un imperativo para la actividad decisoria, pues la pena impuesta debe encontrar fundamento en las posibilidades de resocialización que ésta supone... En 'Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad' (págs. 20 y 23, en 'Determinación Judicial de la Pena'), Claus Roxin dice: 'La posición extrema contraria a la teoría de la retribución consiste en la concepción de que la misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles. El fin de la pena es, de acuerdo con esto, la prevención, dirigida al autor individual (especial)... En la medida en que la teoría de la prevención especial sigue el principio de la resocialización... sus ventajas teóricas y prácticas son evidentes. En tanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, se adapta excelentemente a la misión del derecho penal... ayuda igualmente al autor, es decir, no lo rechaza ni lo marca a fuego, sino que quiere integrarlo, y de este modo, se adapta mejor que cualquier otra teoría a las exigencias del principio del estado social. Al fomentar un entrenamiento social y un programa de ejecución que se apoya en un tratamiento de ayuda, posibilita reformas constructivas y se libera de la esterilidad práctica del principio de la retribución'... Ello implica una valoración de los efectos del encarcelamiento en relación con las especificidades de los lugares de internación: la necesidad de la pena -art. 4 Ley 22278- tiene que ser evaluada con preponderancia de criterios de prevención especial por sobre aquéllos propios de una justicia retributiva" (STJRNS2 Se.190/05).

También se tiene dicho: "En consecuencia, el tratamiento tutelar da comienzo al ideal resocializador y aparece fundada la postura del juzgador contraria a la imposición de una pena luego de su finalización bajo cualquiera de las dos modalidades de la prevención especial positiva. Así, el sentenciante no ve 'ninguna razón para aplicarle una sanción penal, ni siquiera de ejecución condicional. C. ya fue privado de su libertad en este proceso y ello sucedió antes de que fuera declarado responsable por el hecho juzgado. Una condena por mínima que sea, en este estado solamente cubriría un aspecto formal que tendría como único efecto estigmatizar aún más a este joven. Resultan plenamente aplicables los principios rectores del art. 17 de las Reglas de Beijing,

especialmente la regla 17.1 letra a) que reza «La respuesta que se de 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»; y regla 17.1 letra d) «En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor»" (STJRNS2 Se. 13/15).

Como corolario de lo expuesto, soy de la opinión y así lo propongo al Cuerpo, conforme las consideraciones efectuadas, de que cabe declarar que no resulta conveniente ni ajustado a derecho imponer sanción en el caso, por lo que corresponde la absolución de pena de N.A.P., sin costas. MI VOTO.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Ricardo A. Apcarian y Adriana C. Zaratiegui dijeron:

Adherimos a la solución propuesta por la vocal preopinante doctora Liliana L. Piccinini y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

POR MAYORÍA RESUELVE:

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 103/111 de las presentes actuaciones por la señora Defensora Penal de Menores doctora Patricia Alejandra Arias.

Segundo: Revocar la Sentencia Nº 28/18 de la Sala B de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial y absolver de pena a N.A.P., cuyos demás datos personales obran en autos, por el delito por el que fue declarado responsable, sin costas.

Terceros: Registrar, notificar y oportunamente devolver los autos.

Firmantes:

BAROTTO (en disidencia parcial) - MANSILLA (en disidencia parcial) - PICCININI - APCARIAN - ZARATIEGU