

//la ciudad de Buenos Aires, a los 12 días del mes de julio del año dos mil once, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente y los doctores Augusto M. Diez Ojeda y Mariano González Palazzo como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, Nadia A. Pérez, a los efectos de resolver el recurso de casación de fs. 170/179 de la presente causa Nro. 11.888 del Registro de esta Sala, caratulada: "**O., A. E. s/recurso de casación**"; de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral de Menores Nro. 3 de la Capital Federal, con fecha 25 de noviembre de 2009, en el expte. Nro. 3431/3673 de su Registro, resolvió: "***I. CONDENAR a A. E. O., de las demás condiciones personales en autos, a la pena de CINCO (5) AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS PROCESALES en orden a los delitos de hurto doblemente agravado por haber sido cometido sobre un vehículo dejado en la vía pública y mediante el empleo de una llave falsa en grado de conato -causa nro. 3431-; robo -causa nro 3673-, y robo agravado por el uso de armas de fuego -causa 3761 del Tribunal Oral de Menores nro. 1- por los cuales fue declarado penalmente responsable (arts. 5;12;29;42;44;45;55;163, inc. 3 y 6; 164 y 166, inc. 2, 2º Párrafo del CPN; y arts. 2 y 4 de la ley 22.278).***"

II. Que contra esa resolución interpuso recurso de casación la defensa oficial del imputado, Dra. Agustina Stabile Vázquez (fs.170/179), el que fue concedido por el tribunal *a quo* (fs. 180/180 vta.) y mantenido por el Defensor Oficial ante la instancia, Dr. Juan Carlos Sambuceti (h) (fs. 186), sin la adhesión del Fiscal General ante esta Cámara, Dr. Juan M. Romero Victorica (fs. 185/185 vta.).

III. Que el recurrente encarriló la impugnación por la vía de ambos incisos del art. 456 del C.P.P.N, aclarando expresamente que el recurso se endereza a cuestionar el pronunciamiento dictado por el Tribunal de Juicio, solicitando en los términos del art. 470 del C.P.P.N., la absolución de su pupilo.

Que al motivar sus agravios, la impugnante sostuvo, en primer lugar, que los sentenciantes incurrieron en una errónea interpretación de la ley sustantiva (art. 456, inc. 1, del C.P.P.N.), del art. 4 de la ley 22.278 pues omitieron interpretar *“la pauta “antecedentes del menor” con el principio constitucional del non bis in idem”* y del punto 17.1 “c” de las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”) atento a que, a su juicio, el a quo valoró *“negativamente la circunstancia, en lo que respecta a los hechos de la c. n° 3673 y de la n° 3761, éstos fueran “cometidos contra la propiedad de terceros ejerciéndose violencia contra ellos y/o las cosas”* mientras que la citada norma exige *“que concorra violencia contra otra persona y no sólo eso: que, además, aquella violencia provenga de un acto grave”*(fs. 173/vta.).

También se agravia pues alegó que la sentencia impugnada exhibe vicios en su fundamentación, lo que la tornaría nula, en los términos del art. 123 del C.P.P.N. Concretamente, señaló que la indebida motivación se manifestó en las *“aseveraciones en el fallo con relación a la responsabilidad de A. E. O. en el “fracaso”de su tratamiento tutelar, han ignorado aspectos esenciales para arribar a tal pronunciamiento, en tanto se han omitido ponderar las características del cuadro de adicción que presentaba A. O. y, en función de ello, su real posibilidad de cumplimiento de las pautas que se le impartieran”*(fs. 172).

Asimismo, consideró que *“la referencia del Tribunal a la impresión “no favorable”de A. O. se halla absolutamente infundada, en la medida en que no ha podido extraerse ningún motivo en el que se apoye aquella aserción”*(fs. 172).

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

Finalmente y en forma subsidiaria, para el caso en que no se disponga la absolución propiciada, la recurrente se agravió por el monto de la pena impuesta pues *"a pesar de que el fallo recurrido ha declarado expresamente guiarse por el método compositivo, en realidad, se omitió aplicarlo, llegando a un resultado prácticamente absurdo, puesto que excede incluso lo que correspondería al resultado aritmético"* (fs. 172).

IV. Que durante el término de oficina, (arts. 465, primer párrafo, y 466 del C.P.P.N.), el Defensor Oficial ante esta Cámara, Dr. Juan Carlos Sambuceti (h), propició fundadamente la favorable acogida del recurso interpuesto por su colega en la instancia anterior, mientras que el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara, Dr. Juan Martín Romero Victorica, lo hizo en el sentido adverso, pues entendió que en función del art. 4 de la ley 22.278 *"se hallan presentes los requisitos, en tanto el imputado fue declarado penalmente responsable, ha cumplido 18 años de edad y fue sometido a un tratamiento tutelar superior a un año"* (fs. 195/vta) y que *"surge de la sentencia que se brindaron los motivos por los cuales se tomaron en cuenta los antecedentes, tal como prescriben los artículos que regulan la materia para fundar objetivamente el desprecio a la ley que demuestra el imputado, por otro lado, no importa la modalidad de comisión de los hechos, en efecto, se encuentra valorada más allá de los elementos que integran el tipo penal de los delitos enrostrados, sino que permiten en concreto la mayor vulneración y puesta en peligro de los bienes por las formas escogidas de violencia que van más allá de los elementos de la norma"* (fs. 197).

V. Que superada la etapa prevista en el art. 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Realizado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo: doctor Augusto M. Diez Ojeda, doctor Mariano González Palazzo y doctor Gustavo M. Hornos.

El señor juez Augusto M. Diez Ojeda dijo:

I. Inicialmente, corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas consideradas definitivas (art. 457 del C.P.P.N.), la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla (art. 459 del C.P.P.N.), los planteos esgrimidos se encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456, incisos 1 y 2 del C.P.P.N., y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual.

II. Superado el juicio de admisibilidad del recurso y a fin de abocarme al tratamiento de los agravios introducidos, encuentro oportuno precisar cada una de las causas en las cuales el encausado fue declarado penalmente responsable y por las que, en definitiva, se lo condenó en la sentencia impugnada.

a) Por sentencia firme del 10 de junio de 2005, en la **causa N° 3673**, del registro del Tribunal Oral de Menores N° 3, de fs. 135/136, se resolvió declarar penalmente responsable a A. E. Ortiz, por considerarlo autor del delito de robo previsto por el art. 164 del Código Penal, tras haberse celebrado un acuerdo del juicio abreviado en el cual se acordó una pena de **un año de prisión** y costas, *“en el caso de que la imposición de la misma en su totalidad o con la reducción prevista en el art. 4° de la ley 22.278, surja como necesario del resultado del tratamiento tutelar al que el menor se encuentra sometido”*(fs. 133).

Concretamente, se lo acusó del hecho acaecido *“el día 31 de enero de 2004, aproximadamente a las 15:20 horas, cuando el imputado O. ingresó al locutorio denominado “Greg Norman”, sito en la calle Barros Pazos 5453 de esta ciudad, y previo intimidar con una réplica de revólver de material de plástico al empleado Yecid Juvel Blacutt Cáceres y a su amigo Carlos Javier Peñaloza, les exigió la entrega del dinero y la billetera, entregándole el primero la suma de cinco pesos y algunas monedas de la recaudación (...) para luego agredirlos con la réplica referida. En dichas circunstancias ingresó Angel Pardo Cladera*

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

obligándolo O. a ingresar a una cabina, seguido a ello se hizo presente en el local María Cristina González Pardo, sobrina de Pardo Caldera, refiriéndole al imputado "...che A., qué te pasa?..." y "...no robés en el barrio..." ante lo cual éste la apuntó con la réplica y le exigió que ingrese a otra cabina, permaneciendo la nombrada en la puerta de entrada. Siendo así, al advertir Pardo Caldera que el sujeto apuntaba a su sobrina, salió de la cabina telefónica y se abalanzó sobre él, produciéndose un forcejeo entre ambos, culminando con su caída sobre la vidriera del local, provocando su rotura y lesiones en una mano del damnificado, lo que le permitió a O. soltarse y darse a la fuga, abandonando la réplica utilizada y la billetera sustraída en el suelo del comercio de marras" (fs. 116/118).

b) En la **causa N°3761**, del registro interno del Tribunal Oral de Menores N° 1, mediante sentencia firme dictada con fecha 17 de noviembre de 2005, se declaró penalmente responsable al encausado, por resultar coautor del delito de robo agravado por su comisión con armas de fuego (arts. 45, 166, inc. 2, párrafo segundo, del Código Penal).

En el requerimiento de elevación a juicio, reseñado por la sentencia obrante a fs.114/144/vta., se les atribuyó a los encartados Luis Gabriel García, Américo E. Oliva, Matías Daniel Pérez y A. E. O. haberse valido *"de una pistola "Browning" calibre 6,35 mm. Serie n° 684101 -con munición en recámara y otras cuatro municiones en su cargador-, un revólver calibre 32 largo con inscripción "D/V-M.R"-cargado con cinco proyectiles a bala intactos-, y una pistola "Bersa" Piccola, calibre 22 corto, serie n° 8605 -con cinco proyectiles intactos en su cargador-; y respondiendo a un acuerdo previo de voluntades, se apoderaron ilegítimamente del automóvil marca Fiat Uno, dominio VQG-718, propiedad de Atilio José Matarazzo."*

"[A]simismo (...) en la misma ocasión, se apoderaron ilegítimamente también de otras pertenencias del nombrado, a saber: una billetera conteniendo la suma de trescientos pesos (\$300), cédula verde del

rodado en cuestión, su tarjeta Visa del Banco Francés (...), registro de conducir n° 14.495.130 expedido por el "GBCA", su cédula de identidad expedida por la Policía Federal, su credencial de "OSDE", un reloj marca "Orient" y dos cadenas de oro con medallas del mismo metal."

"Ello tuvo lugar aproximadamente a las 19.15 del día 28 de septiembre de 2004, cuando Atilio Matarazzo se disponía a ingresar con su rodado al garaje del taller de su propiedad sito en la calle Piedrabuena 5313 de esta ciudad."

"En esa oportunidad, efectuado el reparto de tareas, los imputados sorprendieron al antes nombrado, rodeándolo, apostándose al frente y a los laterales del vehículo. Seguidamente apuntándolo al menos con dos armas de fuego, le exigieron a la víctima que descendiera del automóvil, despojándolo asimismo de las pertenencias personales descriptas."

"A continuación, García, Oliva, Pérez y O., ascendieron al rodado de Matarazzo y se dieron a la fuga a bordo del mismo, hasta ser perdidos de vista."

"No obstante, con posterioridad, siendo alrededor de las 20.00 de la misma fecha, y luego de difundido un alerta vía radial haciendo saber de la comisión de un hecho delictivo en la localidad bonaerense de Tapiales por parte de cuatro sujetos masculinos a bordo de un automóvil de las características del sustraído a Matarazzo, con dominio colocado VGQ-718, fueron localizados e interceptados por personal policial de la Comisaría La Matanza IX en la intersección de las calles Pío X y Juan Pablo I de la localidad de Villa Celina."

"Ya efectuadas las detenciones, durante el procedimiento se consiguió asimismo el secuestro de las armas de fuego empleadas para la perpetración del ilícito aquí reprochado y, entre otros elementos, una billetera de color negro que posteriormente, al serle exhibida a la víctima, la reconoció como de su propiedad."

c) Asimismo, por sentencia firme que data del 14 de septiembre

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

de 2009, en la **causa N° 3431**, del registro interno del Tribunal Oral de Menores N°3, se declaró penalmente responsable al imputado, por considerarlo autor del delito de hurto doblemente agravado por haber sido cometido sobre un vehículo dejado en la vía pública y mediante el uso de llave falsa, en grado de conato (arts. 42, 44, 45 y 163, inc. 3 y 6 del Código Penal).

En el requerimiento de elevación a juicio (fs. 53/54) se le atribuyó que *"el día 19 de abril del corriente año, [2004] aproximadamente a las 18:15 horas, A. E. O., intentó sustraer, sin ejercer fuerza en las cosas ni violencia en las personas y utilizando una llaves de similares características a la original, el automóvil marca Fiat, modelo Uno, dominio colocado BFK-631, propiedad de Nanci Edith Kiehlich, el cual se encontraba estacionado en la vía pública frente al número 6038 de la calle Ordoñez de esta ciudad. En efecto, en las circunstancias anteriormente referidas, mientras el acriminado efectuaba maniobras sobre el tambor de arranque del automóvil descrito con la llaves de marras, fue sorprendido por la damnificada, la cual le efectuó un grito que motivó que el nombrado emprendiera la huida, la cual culminó con su detención por parte del personal policial en la intersección de las calles Hudson y Sayos, de esta ciudad, oportunidad en que se le secuestró en su poder la llave utilizada."*

Respecto de este hecho, a fs. 87, en los términos del art. 431 bis del C.P.P.N., se celebró el acuerdo de juicio abreviado mediante el cual se condenó al nombrado a la pena de **seis meses de prisión** y costas, *"en el caso de que la imposición de la misma, en su totalidad o con la reducción prevista en el art. 4° de la ley 22.278 surja como necesario del resultado del tratamiento tutelar al que el menor se encuentra sometido."*

III. Habiendo reseñado lo anterior, corresponde examinar si la sentencia traída a revisión, a la hora de ponderar la situación tutelar del encausado y fundamentar la necesidad de la pena impuesta, constituye un acto jurisdiccional válido derivado del análisis lógico y razonado de las

constancias allegadas al sumario en observancia al principio de la sana crítica racional o libre convicción (art. 398 del C.P.P.N.) o, por el contrario, si representa una conclusión desprovista de fundamentación o con motivación insuficiente (art. 404, inc. 2, del C.P.P.N.), tal como lo postula la impugnante.

Para ello, tal como tuve oportunidad de expedirme en la causa N° 9380 “Lozano, Jorge Maximiliano s/ recurso de casación” **reg. 12.713.4, rta. el 27/11/2009**, al analizar el sistema jurídico que regula las conductas de los menores en conflicto con el derecho penal, liminarmente, señalé que dicho sistema 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, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las leyes 22.278 y 26.061.

En particular, la Convención sobre los Derechos del Niño establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en los artículos 37 y 40. Al respecto, no es posible soslayar que el Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención, recomendó a los Estados Parte asegurar la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención sobre los Derechos del Niño en particular a los arts. 37, 39 y 40 de la Convención, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de RIAD)(Dominica CRC/C/15/Add.238. 2004).

En función de ese marco normativo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que *“los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y*

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

Derechos Humanos de los Niños, párr. 54)", cuyo "reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica" (cfr. "M., D.E. y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -ausa N° 1174-", rta. el 07/12/05, Fallos: 328:4343, cons. 32 -*in fine*- y 33).

Esos derechos especiales que tienen los niños y adolescentes por su condición, en lo que a la imposición de penas concierne, se vinculan con dos aspectos diferentes: la concreta necesidad de pena y la medida de la culpabilidad.

Veamos a continuación ambos extremos, a la luz de las constancias obrantes en autos.

IV. **La necesidad de pena** se encuentra intrínsecamente relacionada con la legítima *finalidad* que con su imposición persigue el Estado, esto es, "la reforma y la readaptación social" del condenado (cfr. C.A.D.H., art. 5.6 y P.I.D.C.y P., art. 10.b.3.). En el particular caso de los menores en conflicto con el derecho penal, cobra especial relevancia "la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad" (C.D.N., art. 40.1.).

Desde esa perspectiva, el principio general de política criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, extrema su vigor, cuando de menores infractores se trata. A punto tal que, la Convención sobre los Derechos del Niño, expresa y específicamente, prescribe que "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" (art. 37.b.).

En consonancia con tales principios, la ley 22.278 admite la posibilidad de prescindir de la imposición de pena, respecto de un menor previamente declarado responsable por un hecho delictivo y que haya sido

sometido a tratamiento tutelar, cuando prescribe que si, en función de *“las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez [...] fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá”* (art. 4º, el subrayado me pertenece).

Por ello, nuestro Máximo Tribunal ha sostenido 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”* para, sobre esa base, concluir 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”* (Fallos: 328:4343, ya citado, cons. 35).

En suma, el conjunto de principios antes aludidos, juntamente con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal (cfr. C.S.J.N., *in re* “ACOSTA, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, 1º párrafo ley 23.737 -causa nº 28/05-” Recurso de hecho A. 2186. XLI, rta. el 23/04/08, cons. 6º), deben ser tenidos en cuenta a los efectos de ponderar la necesidad de imposición de la pena.

En virtud del marco teórico reseñado, entiendo que, en el *sub iudice*, aun considerando su enfermedad adictiva, no se dan las condiciones para absolver al encausado, tal como reclama la recurrente, invocando la facultad prevista en el art. 4 de la ley 22.278 pues, de las constancias resaltadas por el tribunal de juicio, se advierte que O. no ha guardado el comportamiento que hubiera justificado eximirlo de pena.

En efecto, tal como consignara el *a quo*, en el marco de la observación y vigilancia se trazaron como objetivos acordes con sus

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

características personales y proporcionadas con los hechos que se le atribuyeron: completar la escolaridad, afianzar su capacitación laboral, iniciar un tratamiento de rehabilitación, reconstruir vínculos familiares, abstenerse de cometer nuevos hechos delictivos; pero el imputado no cumplió con dichas metas pues, abandonó sus estudios después de haberlos retomado, demostró conductas que motivaron su internación ante el incumplimiento del tratamiento de rehabilitación por su adicción a los estupefacientes, y desaprovechó el subsidio gestionado con el objeto de afianzar su capacitación laboral (cfr. fs. 225/227), llegando a fugarse de la comunidad terapéutica a donde había sido derivado (fs. 305 y 319) para cometer un nuevo delito (fs. 338).

V. En cuanto a **la medida de la culpabilidad**, el segundo de los aspectos *supra* referidos, se encuentra limitada, en primer lugar, por el principio de culpabilidad por el hecho (C.N., art. 19 y 75, inc. 22 -C.A.D.H., art. 9, P.I.D.C.y P., art. 15-). Principio que, en lo sustancial, recoge una concepción antropológica que rechaza la cosificación del ser humano, a la vez que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación y dotado de conciencia moral. De acuerdo con esa concepción, tiene dicho la Corte Suprema que *"la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia. De este modo, nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al*

autor” (Fallos: 328:4343, cons. 36. En igual sentido, *in re* “Gramajo, Marcelo E. s/robo en grado de tentativa -causa N° 1573”, Recurso extraordinario, G.560.XL, rta. el 05/09/06, Fallos: 329:3680, cons. 18).

De ahí que *“[t]oda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque la previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales”* (Fallos: 329:3680, cit., cons. 19).

Pero, en el caso de los niños y adolescentes, la medida de la culpabilidad encuentra una segunda limitación en el *“incuestionable dato óntico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas”*. Y tal *“incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional”* (Fallos: 328:4343, cons. 37, el subrayado me pertenece).

Además, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que le compete a esta Cámara Nacional de Casación Penal *“...agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable”* (in re Fallos C.1757. XL. “Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa”, causa nro. 1681, rta. 20/09/05), revisión que abarca, sin dudas, a la mensuración de la pena a imponer, con el objeto de garantizar plenamente el derecho a doble conforme (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.2.h; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.5).

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

Teniendo en cuenta lo anterior, a fin de dar tratamiento al segundo de los extremos necesarios para la imposición de pena a niños y adolescentes por su condición, es decir, la concreta medida de la culpabilidad, entiendo que le asiste razón a la impugnante en este tramo de su recurso.

En efecto, el único acto que puede calificarse de grave, en el que concurrió violencia contra otra persona, en los términos del art. 17.1, c) de las "Reglas de Beijing", fue el hecho juzgado en la causa N° 3761 del registro interno del Tribunal Oral de Menores N°1, en tanto que medió agresión física hacia la víctima.

Consecuentemente, corresponde determinar el nuevo monto de pena a imponer al encausado. Para ello, parto del mínimo legal aplicable en el *sub iudice*, que es de tres (3) años y cuatro (4) meses de prisión, correspondiente a la pena mínima aplicable por el delito de robo con armas de fuego (art. 166, inc. 2, segundo párrafo del C.P.) según las previsiones del art. 4 de la ley 22.278 (causa 3761 del registro del Tribunal Oral de Menores N°1).

Además, no puede dejar de ponderarse, a los fines del concreto reproche, la reducción que corresponde efectuar en las penas establecidas en los acuerdos de juicio abreviado ante el Tribunal Oral de Menores N° 3 (de un año de prisión -causa N° 3673- y de seis meses de prisión -causa N° 3431-) toda vez que en sendos acuerdos se pactaron las penas para *"el caso de que la imposición de la misma, en su totalidad o con la reducción prevista en el art. 4° de la ley 22.278 surja como necesario del resultado del tratamiento tutelar al que el menor se encuentra sometido"* (fs. 133 -causa N° 3673- y fs. 87 -causa N° 3431-).

Por último, de acuerdo con las particularidades del *sub lite*, la adicción de O. operará como atenuante pues dicha circunstancia disminuye su concreta culpabilidad por el hecho (art. 41, inc. 2 del C.P.).

En consecuencia, encuentro ajustado a derecho, por satisfacer

la pretensión punitiva estatal, imponerle al causante la pena de tres (3) años y seis (6) meses de prisión y el pago de las costas.

VI. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo **HACER LUGAR PARCIALMENTE** y sin costas, en esta instancia, al recurso de casación interpuesto por la defensa del encausado y, en consecuencia, **CASAR** el punto I de la sentencia y **CONDENAR**, en definitiva, a **A. E. O.**, a la pena de tres (3) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas procesales en orden a los delitos de robo (causa nro.3673 del registro interno Tribunal Oral de Menores N° 3); robo agravado por el uso de armas de fuego (causa 3761 del registro interno del Tribunal Oral de Menores N° 1) y hurto doblemente agravado por haber sido cometido sobre un vehículo dejado en la vía pública y mediante el empleo de una llave falsa, en grado de conato (causa N° 3431 del registro interno del Tribunal Oral de Menores N° 3), por los cuales fue declarado penalmente responsable (arts. 42, 44, 45, 55, 163 incisos 3° y 6°, 164 y 164, inciso 2°, segundo párrafo, del Código Penal; art. 4 de la ley 22.278 y arts. 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Así voto.

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

I. El artículo 4 de la ley 22.278 establece los requisitos a los que quedará supeditada la imposición de pena respecto del menor de entre 16 y 18 años de edad que hubiere incurrido en delito: la declaración previa de su responsabilidad penal y en su caso civil, conforme a las normas procesales; que haya cumplido 18 años; y que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Y faculta al juez a aplicarle una sanción, aún reducida en la forma prevista para la tentativa, con la condición de que ésta deviniere necesaria según “[l]as modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez”. De lo contrario podrá absolverlo.

Esta necesidad de pena (en su caso, la aplicación de la escala

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

reducida prevista para la tentativa), orientada preponderantemente por los fines de resocialización del menor, es lo que debe fundar el juez, pero ello no implica, en modo alguno, que la posibilidad que, en definitiva, la ley le otorga: de aplicación de una pena reducida o la no imposición de la pena, pueda ser interpretada como una regla que determine que la pena máxima a imponer a los menores sea la contenida en el artículo 44 del C.P. (Cfr.: causa Nro. 5471: "LUZARDO, Walter Fabián s/ recurso de casación", Reg. Nro. 7629, rta. el 7/7/06).

En dicho precedente se sostuvo que "[c]lara es la ley al respecto, cuando señala que si fuese necesario aplicarle una sanción al menor, se la podrá (*"pudiendo..."*) reducir en la forma prevista para la tentativa. Y el reconocimiento de esa prerrogativa facultativa al magistrado competente, implica su consiguiente obligación de fundamentar en cada caso particular qué medida resulta más conveniente adoptar en aras de la resocialización del menor...".

Lo expuesto concuerda con lo que sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Fallo "Maldonado", en cuanto a que 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"... (Considerando 22); y que el artículo 4 de la ley minoril, a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño conduce a la regla de que es la aplicación de la pena máxima lo que exige a quien la propone una razón suficiente, debido a la minoría de edad del autor al momento del hecho, pero no que la escala prevista para el delito consumado, o cometido en grado de conato, no le sea aplicable, pues en ese caso se estaría anulando el texto legal.

II. Ahora bien, en lo que a la necesidad de pena respecta, coincido con los argumentos dados por el colega preopinante en el considerando IV de su ponencia, en cuanto a que en el caso el tribunal *a quo*

ha motivado adecuadamente la necesidad de imposición de pena de prisión a O.. En efecto y tal como allí se apunta *“los objetivos trazados por el tribunal en el marco de la observación y vigilancia fueron acordes con sus características personales y proporcionales con los hechos cometidos. Es así que se le reclamó terminar la escolaridad, afianzar mínimamente su capacitación laboral, cooperar con la supervisión de [esa] judicatura, mantener domicilio, reconstruir vínculos familiares, iniciar el tratamiento de rehabilitación y no involucrarse en la comisión de nuevos hechos delictivos”*(fs. 162 vta.). No obstante lo cual, no completó los estudios y los abandonó a poco de inscribirse, de la misma manera se comportó con la capacitación laboral pues desaprovechó el espacio brindado a tal fin por el Centro Garrigas -en el que se le había gestionado un subsidio- y no mantuvo ninguno de los trabajos que le procuró su padre. No cumplió con el tratamiento de rehabilitación a las drogas puesto que se comportó de modo refractario en los espacios que se pusieron a su disposición para darle tratamiento, pues se fugó de la comunidad terapéutica, se desinteresó por el espacio terapéutico que le fue brindado y no concurrió a las entidades que le fueron ofrecidas.

En definitiva, y sobre la base de lo expuesto, no puede sino concluirse en que se ha observado una palmaria falta de colaboración, como bien puntualizan los jueces de la instancia precedente.

Asimismo, ya he sostenido en el precedente “Luzardo” citado *supra*, que a los fines de analizar el resultado del tratamiento tutelar, es decir, el presunto “fracaso” del “tratamiento resocializador” debe examinarse también en relación a las concretas condiciones de contención social en que se produjo o se obtuvo la libertad -parágrafo 9º) del fallo Maldonado-, con el objeto de determinar también a qué circunstancias se debió sustancialmente, ese resultado.

Y, en autos, fueron evaluadas específicamente las contingencias que han influido en su desarrollo personal -consumo de sustancias tóxicas, pérdida de familiares, el ámbito socioeconómico en el que se desarrolló

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

las dificultades de contención por parte del grupo de origen y su frustrada carrera de jugador de fútbol-, frente a todo lo cual, el adolescente se manifestó de modo indiferente. Se apreció puntualmente que todos los profesionales que actuaron en el caso lograron que los progenitores acompañasen a O. en todo proyecto alternativo de vida, puntualizando que su padre le ofreció la posibilidad de desempeñarse laboralmente y restableció el diálogo con él, que en los espacios terapéuticos se incorporó a ambos progenitores y que en relación a la lesión que sufrió y el trauma que le generó el violento deceso de su hermano, dichos aspectos fueron abordados, él reflexionó y manifestó deseos de elaborar un proyecto de vida por el que se revincularía con el grupo de origen procurando educación y desempeño laboral, todo lo cual no ocurrió.

Desde el plano terapéutico se informó que O. contaba con los recursos intelectuales para poder formar un pensamiento propio, con un coeficiente acorde a su edad y que contaba con recursos para reflexionar en lo atinente a su accionar transgresor y elaborar un proyecto de vida alternativo, que contó con la asistencia necesaria pero que la desconsideró o rechazó. De modo que el *a quo* señaló que se le han exigido determinada pautas que haría a su desarrollo pero puso en evidencia que si intención *"era mas un deseo que un querer desde que no capitalizó los numerosos medios que se pusieron a su alcance"* (fs. 163 vta.) y de esa forma se concluyó en que el resultado del tratamiento no ha sido el esperado, lo que impedía considerar su absolución.

A ello se adunó la circunstancia relativa a la modalidad de los hechos por él cometidos -todos delitos contra la propiedad ejerciendo en algunos de ellos violencia física contra las personas-, que registra antecedentes, los que no podían ser obviados como variables de análisis y que convergen con otros aspectos ya tratados para demostrar la ausencia de resultados satisfactorios. Por último se sostuvo que la impresión recogida por el tribunal respecto del menor no fue favorable (fs. 163 vta.).

En definitiva, y de conformidad con lo antes expuesto estimo en que el fallo, en este aspecto, no exhibe las falencias que la recurrente le atribuye pues ha sido dictado de conformidad con las pautas previstas en la ley minoril y en consonancia con los principios que rigen la materia en plano del derecho supranacional.

III. Ahora bien, en lo que al segundo aspecto criticado por la defensa respecta, es decir, la graduación de la sanción impuesta al menor, habré de apartarme con la solución que propone el colega que lidera el acuerdo, pues considero que la cantidad de pena impuesta a O., se ajusta a la medida de su culpabilidad y, en consecuencia, luce proporcional al reproche que le fuera formulado.

En efecto, el tribunal tuvo en cuenta la naturaleza, modalidad y características de los delitos reprochados, su repercusión criminológica, peligrosidad, edad, conducta, antecedentes y demás circunstancias personales *"con el objeto de respetar los objetivos de promover el bienestar general del menor y proporcionalidad procurados por las Reglas de Beijing -Regla 5" (fs. 164).*

En esa dirección, tuvo en cuenta que dos de los hechos delictivos en los que se vio involucrado revestían una relativa entidad y repercusión criminológica (causas nro. 3431 y 3673), pues fueron perpetrados en horas de la tarde y en uno de ellos (causa nro. 3673) se ejerció violencia contra la personas, mientras que el tercero (causa nro. 3761) se efectuó con el empleo de armas de fuego, con la participación de otros sujetos y agredieron físicamente a la víctima. Se valoró su edad, que se hallaba en pleno proceso de formación de la estructura de la personalidad -condición propia de la adolescencia-, que proviene de un hogar con una dinámica familiar disfuncional y de precaria situación socioeconómica y, finalmente, el relativo valor de los bienes objeto de sustracción en el marco de las causas nro. 3431 y 3673.

Sobre esa base, se consideró adecuado imponerle A. O. la pena de cinco (5) años de prisión, accesorias legales y costas, monto que, como

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

adelanté, se reputa justo a la luz del principio de culpabilidad, aún de considerarse su adicción a las drogas como pauta de atenuación personal.

Ahora bien, la señora defensora ha tachado de irracional el *quantum* impuesto, porque según el cómputo que en su recurso efectuó, el tribunal no sólo no aplicó el método composicional para unificar las sanciones en virtud de los hechos por los cuales el imputado fue declarado penalmente responsable sino que, según sostuvo, "*excedió la suma aritmética que correspondía a la pena para cada delito*". Específicamente, hizo el siguiente cálculo: si a los 3 años y cuatro meses de prisión que correspondían al hecho de la causa nro. 3761 del T.O.M. N° 1, se le hubieran sumado aritméticamente las penas pactadas en los juicios abreviados celebrados en las causas nro. 3673 del T.O.M. N° 3 (un año de prisión) y nro. 3431 del mismo órgano jurisdiccional (seis meses de prisión), el resultado de dicha adición da cuatro (4) años y diez (10) meses de prisión.

Y a ello agregó que, en realidad, la pena acordada en el marco de los juicios abreviados había quedado supeditada la posibilidad de reducción prevista en el art. 4° de la ley 22.278, de lo que coligió que, en definitiva, como máximo, sólo podía aplicarse la mitad de ambas penas, o sea, tres y seis meses, respectivamente.

Cierto es, como afirma la recurrente, que la aplicación del procedimiento abreviado previsto en el art. 431 bis del C.P.P.N. en el caso en que el imputado sea un menor de edad, debe conjugarse con los principios y caracteres sustanciales del proceso de menores. Y es que, con la adopción del acuerdo abreviado se omite la realización del juicio oral y se acuerda la responsabilidad del imputado por un delito determinado y la imposición de un monto de pena concreto, pero en estos supuestos, se encuentra sujeto al análisis que la ley de menores ordena acerca de la necesidad de imposición de dicha pena o la reducción para la forma prevista para la tentativa, en las condiciones establecidas en el art. 4° de la ley

22.278.

Exigencias éstas que han sido cumplimentadas en autos, dado que conforme se desprende del expediente principal (fs. 157/158), dicho debate fue llevado a cabo, se aseguró el principio contradictorio y se dio al imputado la posibilidad de participar y expresarse libremente, circunstancia exigida como garantía mínima para el juzgamiento de menores de edad conforme lo prescribe el art. 40.2.b III de la Convención sobre los Derechos del Niño y el art. 14, párrafos 1 y 2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing).

Tras ello, el tribunal decidió, como ya fuera reseñado, aplicar una pena a O. y lo hizo redujiéndola en la forma prevista para la tentativa tal cual lo puso de manifiesto a fs. 163 vta./164.

De modo tal que el cálculo efectuado por la recurrente por el que sostiene la irracionalidad de la pena impuesta por exceder supuestamente la suma aritmética de la totalidad de las penas impuestas, parte de la desacertada consideración de que, por el hecho investigado en la causa nro. 3761 el tribunal debió aplicar el mínimo legal -tres años y cuatro meses de prisión, por robo agravado por el uso de arma de fuego, art. 166, inciso 2º, segundo párrafo, con la reducción del art. 42, ambos del C.P.-, y a partir de allí sumar aritméticamente las restantes penas acordadas. Cuando, en rigor, el monto al que la recurrente alude, habida cuenta el concurso real de hechos que fueron juzgados, constituye el mínimo legal pero no necesariamente el *quantum* discernido en relación a ese hecho puntual.

Y es que tal como queda revelado de la lectura del fallo, se tuvo específicamente en cuenta la particular gravedad y envergadura de dicho accionar habida cuenta la pluralidad de intervinientes y el despliegue de violencia física sobre la víctima, lo que permite colegir que el tribunal se apartó razonablemente del mínimo de la escala e impuso, en definitiva, un monto de pena total por los tres hechos de cinco años de prisión, que en modo alguno y de conformidad con todo lo expuesto, luce violatorio de los

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

principios de culpabilidad y proporcionalidad.

IV. Con estas consideraciones me pronunciaré por el íntegro rechazo del recurso traído a estudio, con costas (C.P.P.N., arts. 530 y 531).

El **señor juez Mariano González Palazzo** dijo:

Que adhiero a la solución propuesta por mi distinguido colega Dr. Gustavo M. Hornos.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, por mayoría, el Tribunal,

RESUELVE:

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 170/179 por la señora Defensora Pública Oficial, doctora Agustina Stabile Vázquez (fs.170/179), asistiendo a A. E. O., con costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítase la causa al tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS

MARIANO GONZÁLEZ PALAZZO

AUGUSTO M. DIEZ OJEDA

Ante mí:

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

