

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14.087 -Sala II-
 C.F.C.P "Mendoza, César
 Alberto y otros s/ recurso
 de revisión"

REGISTRO N°

///n la Ciudad de Buenos Aires, a los días del mes de agosto de dos mil doce, se reúnen los miembros de la Sala Segunda de la Cámara Federal de Casación Penal, doctores Alejandro W. Slokar, Ana María Figueroa y Angela Ester Ledesma bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, María Jimena Monsalve, con el objeto de dictar sentencia en la causa 14.087 caratulada "Mendoza, César Alberto y otros s/ recurso de revisión", con la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal, doctor Raúl Omar Pleé y de la Defensora Oficial ad hoc, doctora Graciela Galván por la defensa de César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el siguiente orden: Ledesma, Slokar y Figueroa.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

-I-

Llega la causa a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de revisión interpuesto por la defensa de César Alberto Mendoza a fs. 125/133 contra la sentencia dictada con fecha 28 de octubre de 1999 en la causa 1048 por el Tribunal Oral de Menores nro. 1 de esta ciudad que dispuso condenar a César Alberto Mendoza a la pena de prisión perpetua por considerarlo penalmente responsable de los delitos de robo calificado por haber sido perpetrado con armas en cuatro oportunidades, una de ellas en grado de tentativa; homicidio calificado por haber sido perpetrado para consumarlo y, consecuentemente lograr la impunidad con alevosía; homicidio calificado por haber sido perpetrado para

consumarlo y, consecuentemente, lograr la impunidad y lesiones graves, todos ellos en concurso real entre sí. (arts. 42, 44, 45, 55, 80 incs. 2 y 7, 90, 166 inc. 2 del CP) -fs. 1/32-.

La defensa de Claudio David Núñez dedujo recurso de revisión contra la sentencia dictada en la causa 833/837/838/839/910/920/937/972/1069 con fecha 12 de abril de 1999 mediante la cual el Tribunal Oral de Menores nro. 1 declaró al nombrado coautor penalmente responsable de los delitos de homicidio calificado reiterado en cinco oportunidades, robo agravado por el uso de armas reiterado en ocho oportunidades, dos de ellos en grado de tentativa, tenencia ilegítima de armas de guerra y asociación ilícita, que concurren materialmente entre sí (arts. 42, 45, 55, 80 inc. 7º, 166 inc. 2, 189 bis, tercer párrafo y 210 del CP), condenándolo a la pena de reclusión perpetua, accesorias legales y costas (arts. 5, 12, 29 inc. 3, 44 del CP). -fs. 199/264-

Así también la doctora Graciela Galván, en virtud de la presentación "in forma pauperis" realizada por Lucas Matías Mendoza, dedujo recurso de revisión (fs. 403/404) contra la sentencia dictada en la causa 833/837/838/839/910/920/937/972/1069 por el Tribunal Oral de Menores nro. 1 del 12 de abril de 1999, que declaró a Lucas Matías Mendoza, coautor penalmente responsable de los delitos de homicidio calificado reiterado en dos oportunidades, robo agravado por el uso de armas reiterado en ocho oportunidades, uno de ellos en grado de tentativa, asociación ilícita y tenencia ilegítima de arma de guerra, los cuales concurren materialmente entre sí (arts. 42, 45, 55, 80 inc. 7º, 166 inc. 2, 189 bis, tercer párrafo y 210 del CP), y lo condenó a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas (arts. 5, 12, 29 inc. 3, 44 del CP).- ver fs. 199/264-.

Los recursos fueron mantenidos a fs. 137 y 354.

A fs. 406, el doctor Raúl Omar Pleé postuló el rechazo de las vías de revisión intentadas por entender que no se verifican ninguno de los supuestos de procedencia del

artículo 479 del CPPN.

A fs. 415/423 se presentó Gabriel Lerner -titular de la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia- en calidad de Amigos del Tribunal, y postuló que se admitan las vías de revisión deducidas por las defensas de los imputados en el entendimiento de que la decisión en crisis resulta contraria a la doctrina sentada por la CSJN en "Maldonado" y lesiona las normas de jerarquía constitucional que regulan el derecho de los niños.

Habiendo las partes renunciado a todos los plazos y trámites procesales, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

-II-

a. Agravios del recurso de revisión deducido por la defensa de César Alberto Mendoza

Con invocación del artículo 479 del CPPN, la defensa solicitó que se deje sin efecto la sentencia en virtud de las conclusiones y recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 172/10, en cuanto a que el Estado Argentino violó los derechos de César Alberto Mendoza consagrados en los arts. 1.1, 2, 5.1, 5.2, 5.6, 7.3, 8.1, 8.2.h, 19 y 25.1 de la CADH y arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Sobre la admisibilidad de la vía intentada, consideró que el informe de la Comisión (con la consiguiente posibilidad de que frente a su incumplimiento se derive responsabilidad internacional para el Estado Argentino), constituye un nuevo hecho que justifica habilitar el recurso de revisión. Argumentó que esta Cámara ha admitido revisiones frente a situaciones no contempladas expresamente en la norma.

Alegó que el caso se encuentra actualmente a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

puntualizando que es "factible que también dicho Tribunal condene al Estado Argentino por la vulneración de los derechos de mi asistido, producto de la imposición de una sanción a perpetuidad por hechos cometidos siendo menor de edad" (fs. 130)

Explicó que cobra fuerza el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en punto a que las recomendaciones de la Comisión Interamericana son una pauta de interpretación de los deberes y obligaciones que surgen de la CADH, máxime cuando el análisis de dicho organismo ha sido emitido puntualmente en relación al caso seguido a Mendoza.

Añadió que *"la procedencia de la revisión se deriva del respeto al principio de buena fe en la aplicación de las normas de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a nuestro sistema jurídico. En el caso 'Loayza Tamayo' a partir de allí en numerosos precedentes, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que sobre la base de dicho principio, consagrado en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los estados que han ratificado la Convención Americana tienen la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para cumplir con las recomendaciones de la Comisión Interamericana"* (fs. 130 y vta.).

Expresó que *"la revisión resulta un imperativo debido a la necesaria periodicidad de la evaluación relativa al tratamiento del condenado, especialmente relevante cuando se trata del proceso de resocialización de menores de edad. Así, encontrándose privado de su libertad desde el día 21 de enero de 1997 con motivo de las actuaciones que dieron lugar a su condena a prisión perpetua, el tiempo que César Alberto Mendoza ha permanecido detenido resulta desproporcional a la luz de los estándares internacionales que la Comisión aplicó al caso. Esta conclusión se encuentra robustecida por el hecho de que en la instancia recursiva del caso tampoco se cumplió con la obligación de llevar adelante una revisión amplia de la condena impuesta, lo que evidencia que dicha sentencia ha estado huérfana, desde su imposición, de*

revisiones congruentes con los principios constitucionales e internacionales aplicables" (fs. 131 vta.)

Mencionó el precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza vinculado a un caso análogo (también incluido en el informe 172/10 de la Comisión), en el que se dejó sin efecto la prisión perpetua y se condenó al imputado a la pena de quince años de prisión por aplicación de lo dispuesto en el artículo 4° de la ley 22.278.

Finalmente, hizo reserva del caso federal.

b. Agravios del recurso de revisión deducido por la defensa de Claudio David Núñez

La defensora citó los puntos sobresalientes del informe 172/10 en relación a la situación procesal de su defendido y consideró que el recurso de revisión resulta admisible pues las pautas fijadas por la CIDH deben considerarse como un nuevo hecho en los términos del artículo 479 del CPPN.

Expresó que "debe procederse a un nuevo análisis de lo ya resuelto por la misma Cámara Nacional de Casación Penal, en cuanto a la adecuación de las penas de prisión y reclusión perpetuas impuestas a personas por delitos cometidos antes de cumplir los dieciocho años de edad, ahora teniendo en cuenta los estándares establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe 172/10" (fs. 347)

Alegó que el caso de Núñez se encuentra actualmente a conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resultando factible que dicho Tribunal condene al Estado Argentino por violar los derechos del nombrado al imponerle una sanción a perpetuidad por hechos cometidos mientras era menor de edad.

Concluyó que las recomendaciones de la Comisión IDH deben ser una pauta de interpretación de los deberes y obligaciones que surgen de la Convención Americana, máxime

cuando dichas conclusiones se aplican expresamente a este caso concreto.

Puntualizó que *"la procedencia de la revisión se deriva del respeto al principio de buena fe en la aplicación de las normas de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a nuestro sistema jurídico. En el caso 'Loayza Tamayo' a partir de allí en numerosos precedentes, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que sobre la base de dicho principio, consagrado en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los estados que han ratificado la Convención Americana tienen la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para cumplir con las recomendaciones de la Comisión Interamericana"* (fs. 398 y vta.).

Por lo demás, reiteró la línea argumental sustentada por su colega en el recurso de revisión de César Alberto Mendoza.

c. Agravios del recurso de revisión deducido por la defensa de Lucas Matías Mendoza

La recurrente expresó que *"el único modo de satisfacer las recomendaciones de la Comisión, es canalizar el pedido de Mendoza como recurso de revisión, aun cuando no esté prevista la causal en la enumeración taxativa del art. 479, numerus clausus, cuyo régimen restrictivo debe ceder ante un hecho nuevo excepcional como lo es la intervención de un órgano internacional que en el ejercicio de su jurisdicción (vinculante para Argentina) se pronunció en favor del imputado, de tal modo que este pronunciamiento supone un hecho nuevo relevante, de tratamiento obligatorio en virtud de la potestad reconocida a la Comisión de Derechos Humanos por el Estado Argentino que, en caso contrario comprometería su responsabilidad internacional si desoyera los términos del dictamen en cuya virtud se ordena el tratamiento del caso en la única instancia donde no fue abordado, esto es, la de casación"* (fs. 403).

Aclaró que esta Cámara, como tribunal intermedio está llamada a evaluar los agravios introducidos mediante el

recurso casatorio con el máximo esfuerzo revisor.

Por todo ello, solicitó que se aplique al caso lo dispuesto por la Comisión en el informe 172/10.

Hizo reserva del caso federal.

-III-

a. Situación procesal de César Alberto Mendoza

En el marco de la causa 1048, con fecha 28 de octubre de 1999 el Tribunal Oral de Menores nro. 1 resolvió declarar a César Alberto Mendoza autor penalmente responsable de los delitos de robo calificado por haber sido perpetrado con armas en cuatro oportunidades, una de ellas en grado de tentativa; homicidio calificado por haber sido perpetrado para consumarlo y, consecuentemente lograr la impunidad con alevosía, homicidio calificado por haber sido perpetrado para consumarlo y, consecuentemente, lograr la impunidad y lesiones graves, en concurso real entre sí (arts. 42, 44, 45, 55, 80 incs. 2 y 7, 90, 166 inc. 2 del CP); y lo condenó a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inc. 3° del Código Penal de la Nación) -fs. 1/32-.

El 16 de noviembre de 1999 la defensa interpuso recurso de casación contra dicha decisión, alegando que en la sentencia no se había meritado suficientemente la sanción impuesta y que no se fundamentó la omisión de aplicar la reducción prevista en el art. 4° de la ley 22.278, de modo tal que se permitiera efectuar una revisión sobre la individualización de la pena (fs. 34).

En igual fecha, la defensa también interpuso recurso de inconstitucionalidad, agraviándose de que la sanción impuesta constituye una pena cruel, inhumana y degradante, incompatible con la readaptación social, lo cual resulta contrario a los principios que consagra la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (fs. 38/41)

Por su parte, la titular de la Defensoría Pública de Menores nro. 3 también dedujo recurso de

inconstitucionalidad, alegando que el tipo de encierro impuesto a Mendoza lesiona los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto prohíbe la imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes. También expuso que la prisión debe ser el último recurso y que sólo puede imponerse por el menor tiempo posible (fs. 42/45).

El 30 de noviembre de 1999, el Tribunal Oral de Menores nro. 1 rechazó los recursos de casación deducidos en el entendimiento de que las cuestiones vinculadas con la graduación de la pena se encuentran excluidas del control casatorio (fs. 46/49). Contra dicha decisión, la defensa interpuso recurso que queja (fs. 50/54) que fue declarado inadmisibles por esta Sala -con otra integración- el 23 de junio de 2000. Para así resolver, entendió que la norma contenida en el art. 4 de la ley 22.278 faculta al Tribunal a aplicar una pena a quien ya hubiera cumplido los 18 años, cuando ello fuera necesario en función de las características del hecho. Además, agregó que los jueces dieron cuenta de la cantidad y gravedad de los hechos, los cuales fueron acompañados de un 'gran despliegue de violencia' y 'desprecio por las vidas y bienes ajenos'. También, se consideró que las reglas que rigen la individualización de la pena quedan, por principio, fuera del control casatorio, pues su ponderación depende de los poderes discrecionales del Tribunal (fs. 55/56).

En cuanto a los recursos de inconstitucionalidad deducidos, los mismos fueron concedidos (fs. 46/49), y con fecha 23 de junio de 2000, esta Sala resolvió rechazarlos por los argumentos obrantes en la sentencia de fs. 57/63.

El defensor oficial, interpuso recurso extraordinario con fecha 6 de junio de 2000 (fs.64/75); que fue declarado inadmisibles el 24 de agosto de ese año por esta Cámara en el entendimiento de que la vía "carece de fundamentación autónoma".

b. Situación procesal de Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza

En el marco de la causa nro.

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14.087 -Sala II-
 C.F.C.P "Mendoza, César
 Alberto y otros s/ recurso
 de revisión"

833/837/838/839/910/920/937/972/1069, con fecha 12 de abril de 1999, el Tribunal Oral de Menores nro. 1 de esta ciudad resolvió declarar a Claudio David Núñez coautor penalmente responsable de los delitos de homicidio calificado reiterado en cinco oportunidades, robo agravado por el uso de armas reiterado en ocho oportunidades, dos de ellos en grado de tentativa, tenencia ilegítima de armas de guerra y asociación ilícita, que concurren materialmente entre sí (arts. 42, 45, 55, 80 inc. 7º, 166 inc. 2, 189 bis, tercer párrafo y 210 del CP), condenándolo a la pena de reclusión perpetua, accesorias legales y costas (arts. 5, 12, 29 inc. 3, 44 del CP). -fs. 199/264-

En la misma sentencia, el Tribunal declaró a Lucas Matías Mendoza, coautor penalmente responsable de los delitos de homicidio calificado reiterado en dos oportunidades, robo agravado por el uso de armas reiterado en ocho oportunidades uno de ellos en grado de tentativa, asociación ilícita y tenencia ilegítima de arma de guerra, los cuales concurren materialmente entre sí (arts. 42, 45, 55, 80 inc. 7º, 166 inc. 2, 189 bis, tercer párrafo y 210 del CP), y lo condenó a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas (arts. 5, 12, 29 inc. 3, 44 del CP).- ver fs. 199/264.

Contra dicha sentencia, se dedujeron las siguientes vías recursivas: recurso de casación por la Defensora Pública de Menores en favor de Núñez y Mendoza; recurso de inconstitucionalidad deducido por la Defensora Pública de Menores en favor de ambos jóvenes, recurso de casación por la defensa particular de Mendoza; recurso de inconstitucionalidad por la defensa de Núñez y recurso de casación por la defensa de Núñez.

La defensa de Lucas Matías Mendoza se agravió de la errónea apreciación jurídica de los hechos y las pruebas, mientras que la defensora de Claudio David Núñez invocó la arbitrariedad de la sentencia en relación a la valoración de las pruebas; se agravió de la falta de fundamentación de la

sanción impuesta al nombrado y cuestionó que se omitieran explicar los motivos por los cuales no procedía la reducción del artículo 4 de la ley 22.278.

En el recurso de casación deducido por la Defensora Pública de Menores en favor de ambos jóvenes, también alegó la errónea aplicación de dicha norma.

En los recursos de inconstitucionalidad interpuestos en favor de Lucas Matías Mendoza y Claudio David Núñez se cuestionó la imposición de las penas de prisión y reclusión perpetua a quienes eran menores de edad al momento de la ocurrencia de los hechos, por lesionar la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

El 6 de mayo de 1999, el Tribunal Oral de Menores nro. 1 rechazó la totalidad de los recursos intentados (ver fs. 933/937). Contra esa decisión, las defensas dedujeron los correspondientes recursos de queja ante esta Cámara.

El 28 de octubre de 1999, esta Sala resolvió declarar parcialmente admisible la queja interpuesta por la defensa de Claudio David Núñez; admitir los recursos de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la Defensora Pública de Menores y rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Lucas Matías Mendoza en lo atinente a la valoración de las pruebas.

Así pues, el 4 de abril de 2000, este cuerpo se expidió en orden al recurso de casación admitido respecto de la defensa de Claudio David Nuñez y resolvió que la decisión de los integrantes del Tribunal Oral de Menores se encontraba lo suficientemente fundada en orden a la individualización de la pena impuesta, la cual guardaba proporcionalidad con la magnitud y gravedad de los delitos por los cuales fue condenado.

Por otra parte, el 19 de abril de ese mismo año, esta Cámara resolvió rechazar los recursos de casación e

inconstitucionalidad planteados por la defensa de Claudio David Núñez y por la Defensora Pública de Menores en relación a Lucas Matías Mendoza, señalando que los jueces habían cumplido adecuadamente con los requisitos del artículo 4 de la ley 22.278 y descartó la arbitrariedad. También se rechazó el recurso de inconstitucionalidad deducido, señalando que la legislación argentina prevé la posibilidad de conceder la libertad condicional a los condenados a reclusión perpetua, motivo por el cual, la aplicación de dicha norma, no es contraria al texto de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El recurso de casación deducido por la defensa de Lucas Matías Mendoza también fue rechazado por análogos argumentos.

La defensa de Claudio David Núñez interpuso recurso extraordinario contra la sentencia del 19 de abril de 2000 (fs. 1194/1206), el cual fue declarado inadmisibile el 3 de agosto de 2000 (fs. 1212), motivando la presentación directa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, con fecha 23 de agosto de 2001 fue rechazada por extemporánea.

También se interpuso recurso extraordinario respecto del rechazo de los recursos de inconstitucionalidad deducidos (fs. 1386/1396); lo cual no fue admitido en Casación (fs. 1402). La presentación directa intentada, fue desestimado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación bajo el argumento de que el recurrente no refutaba los motivos de la resolución denegatoria de la vía (fs. 1500).

-IV-

El informe 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Con fecha 2 de noviembre de 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió el informe 172/10 en la causa 12.561 caratulada "César Alberto Mendoza y otros".

El caso se inició con motivo de una serie de

peticiones presentadas entre el 9 de abril de 2002 y el 30 de diciembre de 2003 en favor de César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, entre otros, siendo el objeto de dichos planteos la imposición de penas de prisión y reclusión perpetuas a adolescentes.

Los peticionantes alegaron que el Estado Argentino incurrió en responsabilidad internacional por violación de los derechos consagrados en los artículos 5 (integridad personal), 7 (libertad personal), 8 (garantías judiciales), 19 (derechos del niño) en relación con los artículos 1 (1) (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones en el derecho interno), todos ellos de la CADH.

Según el informe, el Estado Argentino manifestó en varias ocasiones su voluntad de arribar a una solución amistosa, pero las partes informaron que nunca se produjeron resultados concretos, por lo que se dio por cerrada esa posibilidad. El Estado se abstuvo de presentar argumentos de fondo con respecto a la imposición de penas de prisión perpetuas a los nombrados y no dio respuesta a los alegatos vinculados con el derecho a recurrir el fallo y a gozar de una defensa efectiva.

La Comisión interamericana determinó que "el Estado de Argentina es responsable internacionalmente por mantener en vigencia un sistema de justicia adolescente que permite que éstos sean tratados al igual que los adultos infractores. Ello llevó a que César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández, fueran condenados a las penas de prisión y reclusión perpetuas por hechos que ocurrieron cuando aún eran niños. Esta condena se impuso en desconocimiento de los estándares internacionales aplicables en la materia de justicia penal juvenil, en particular, la privación de libertad únicamente como medida de último recurso y por el tiempo más breve que proceda, así como la obligación de asegurar una revisión periódica de la posibilidad de excarcelación, tomando en especial consideración la finalidad resocializadora de la pena. De

esta manera, las penas de prisión y reclusión perpetuas, fueron impuestas de forma arbitraria y resultaron incompatibles con la Convención Americana. Esta situación se vio agravada por las restricciones en el alcance de la revisión mediante los recursos de casación interpuestos por las víctimas, lo que dio lugar a que no pudieran argumentar cuestiones de hecho y valoración probatoria mediante los referidos recursos, situación que consolidó la injusticia generada con la condena a prisión y reclusión perpetua a los adolescentes."

La Comisión concluyó que el Estado de Argentina violó:

a) Los derechos consagrados en los artículos 5.1, 5.2, 5.6, 7.3 y 19 de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández.

b) El derecho consagrado en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández.

c) Los derechos consagrados en los artículos 8.2 d) y e) de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de César Alberto Mendoza y Saúl Cristian Roldán Cajal.

d) El derecho consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1, en perjuicio de Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández.

e) El derecho consagrado en el artículo 4.1 y 5.1 de la Convención Americana en perjuicio de Ricardo David

Videla Fernández, y 8.1 y 25.1 de la Convención Americana en perjuicio de sus familiares, todos en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento.

f) El derecho consagrado en el artículo 5.1, 5.2 y 19 de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1, en perjuicio de Lucas Matías Mendoza.

g) El derecho consagrado en el artículo 5.1, 5.2, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1, en perjuicio de Lucas Matías Mendoza y Claudio David Núñez. Asimismo, las obligaciones contenidas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

h) El derecho consagrado en el artículo 5.1 en perjuicio de los familiares de las víctimas.

Por todo ello, efectuó las siguientes recomendaciones al Estado Argentino:

1. Disponer las medidas necesarias para que César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza y Saúl Cristian Roldán Cajal, puedan interponer un recurso mediante el cual obtengan una revisión amplia de las sentencias condenatorias en cumplimiento del artículo 8.2 h) de la Convención Americana.

2. Asegurar que en dicha revisión, se apliquen los estándares internacionales en materia de justicia penal de niños, niñas y adolescentes en los términos planteados en el presente informe y se determine la situación jurídica de las víctimas en congruencia con dichos estándares.

3. Asegurar que mientras permanezcan privados de libertad cuenten con la atención médica que requieran.

4. Disponer las medidas legislativas y de otra índole para que el sistema de justicia penal aplicable a adolescentes por conductas cometidas siendo menores de 18 años, sea compatible con las obligaciones internacionales en materia de protección especial de los niños y de finalidad de

la pena, según los parámetros formulados en el presente informe.

5. Disponer las medidas legislativas y de otra índole para asegurar el cumplimiento efectivo del derecho consagrado en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana de conformidad con los estándares descriptos en el presente informe.

6. Realizar una investigación completa, imparcial, efectiva y dentro de un plazo razonable, para esclarecer la muerte de Ricardo David Videla Fernández y, de ser el caso, imponer las sanciones que correspondan. Esta investigación deberá incluir las posibles responsabilidades por las omisiones o faltas al deber de prevención de los funcionarios bajo cuya custodia se encontraba la víctima.

7. Realizar una investigación completa, imparcial, efectiva y dentro de un plazo razonable, para esclarecer los hechos de tortura sufridos por Lucas Matías Mendoza y Claudio David Núñez y, de ser el caso, imponer las sanciones que correspondan.

8. Disponer medidas de no repetición que incluyan programas de capacitación al personal penitenciario sobre los estándares internacionales de derechos humanos, en particular, sobre el derecho de las personas privadas de libertad a ser tratadas dignamente, así como sobre la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

9. Disponer las medidas necesarias para asegurar que las condiciones de detención en la Penitenciaría Provincial de Mendoza, cumplan con los estándares interamericanos sobre la materia.

10. Indemnizar adecuadamente las violaciones de derechos humanos declaradas en el presente informe tanto en el aspecto material como moral.

Finalmente, interesa mencionar que con fecha 17 de junio de 2011, la Comisión sometió el caso a conocimiento de

la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, a la fecha, no se ha expedido sobre la cuestión.

-V-

Sobre la admisibilidad de los recursos de revisión interpuestos

El caso traído a estudio no configura, en principio, un supuesto típico de los contemplados en el art. 479 del CPPN, no obstante lo cual, la entidad de los preceptos de orden constitucional que se ven afectados, habilitan el tratamiento de la cuestión dentro de las previsiones de dicha norma por ser la única vía apta para su saneamiento.

Las especialísimas contingencias por las que atraviesa la situación procesal de los imputados nos colocan ante una encrucijada, en la que tenemos, por un lado, las formalidades de la vía recursiva de revisión contenidas en el art. 479 del CPPN como única solución al atípico caso que se presenta, y por el otro, los derechos constitucionales cuya afectación ha motivado el dictado del informe 172/10 de la Comisión IDH.

Para resolver este tópico, como cuestión previa, corresponde determinar los alcances y efectos de dicha recomendación en el orden del derecho interno.

Con la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a nuestro bloque de constitucionalidad, se ha configurado una dimensión supranacional del derecho con el objeto de que las libertades humanas logren un nivel metanacional y uniforme (*lex universalis*). (*Cappelletti, Mauro, "Acceso a la justicia. Conclusiones de un proyecto de investigación jurídico-sociológica", trad. Juan Carlos Hitters, JA, 1981-III-810/814*).

Así pues, el control de constitucionalidad ha evolucionado hacia un control de convencionalidad que incluye el análisis de las normas de orden superior incluidas por el artículo 75 inc. 22 de nuestra Carta Fundamental.

En este orden, cabe recordar que "la mayoría de los países de América Latina aprobaron tratados de derechos humanos y se incorporaron al SIDH en la etapa de transición de la democracia, con finalidades diferentes, pero en muchos casos como una suerte de antídoto para aventar el riesgo de regresiones autoritarias atando sus sistemas políticos al 'mástil' de la protección internacional. Abrir los asuntos de derechos humanos al escrutinio internacional fue una decisión funcional a los procesos de consolidación de la institucionalidad durante las transiciones..." (Abramovich, Víctor, "Autonomía y subsidiariedad. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales", en *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI*, Rodríguez Garavito, coord., Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2011, p. 217)

Teniendo en cuenta este especial marco, el carácter vinculante de las decisiones de los órganos supranacionales ha sido objeto de diversos enfoques en nuestro ámbito interno. Este aspecto resulta de especial relevancia en el caso que nos ocupa por tratarse de una recomendación de la Comisión IDH, cuyas resoluciones no son estrictamente jurisdiccionales.

En relación a esta problemática, Hitters sostiene que las conclusiones y recomendaciones de la Comisión IDH tienen un notorio valor moral, jurídico y político. En cuanto a su efecto vinculante, el autor destaca que es difícil establecerlo pues el cuerpo actúa en varias esferas y en distintos tipos de casos. Sin embargo, en las denuncias individuales regidas por la Convención, las decisiones reúnen la condición de obligatorias, pues se trata de procesos con todas las garantías en los que actúa como un órgano cuasi-jurisdiccional, a punto tal que sus decisiones reúnen las mismas formalidades de un fallo. (*Hitters, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la*

Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y de convencionalidad)", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 10, julio-diciembre 2008, págs. 131-156, con cita de O'Donnell, Daniel "Protección internacional de los derechos humanos", comisión Andina de Juristas, Perú, 2ª Edición, 1989, págs. 487/490).

En esa línea, el autor concluye que las recomendaciones de la Comisión tienen efecto vinculante para los jueces del derecho interno pues "si los Estados se reservan el derecho a interpretar las Recomendaciones de la Comisión, para aplicarlas en el ámbito doméstico según las circunstancias de cada caso concreto, estarían desvirtuando el sistema internacional de derechos humanos al que se han afiliado y en que asumieron sus obligaciones" (Hitters, *op.cit.*; y también en Hitters, Juan Carlos y Fappiano Oscar L. y Hitters, Juan Carlos, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Tomo I, Vol. I, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 572)

Mónica Pinto, señala que "no parece haber resquicio para intentar socavar el carácter vinculante del informe de la Comisión respecto del Estado concernido en la petición" (Pinto, Mónica, "Las relaciones entre los órganos del sistema" en "El futuro del Sistema interamericano de Protección de los derechos humanos", Edit. IIDH, San José de Costa Rica, 1998).

En efecto, "el postulado de la buena fe impuesto por el art. 31.1 de la Convención de Viena, dispone que si un Estado firma un Tratado internacional -particularmente en el ámbito de los derechos humanos-, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes" (Hitters, *op.cit.*, con cita de Gozaini, Osvaldo "Incidencia de la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos en el Derecho interno" en "El papel de los Tribunales superiores. Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello, Segunda Parte, Berizonce, Roberto,

Hitters, Juan Carlos y Oteiza Eduardo, (coordinadores), Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, pág. 307).

Pedro Nikken apunta que si bien los informes de la Comisión no tienen la misma fuerza vinculante que una sentencia de la Corte, "el Estado que lo desacate está incumpliendo con el derecho internacional, obligado como está a cooperar para que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ofrezca la debida protección a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción" (Nikken, Pedro, "Perfeccionar el sistema interamericano de derechos humanos sin reformar el Pacto de San José" en "El futuro...", cit., pág. 34)

Esta especial visión ha sido consagrada por la Corte IDH en el caso "Loayza Tamayo vs. Perú" (sentencia del 17 de septiembre de 1997), cuando sostuvo que "en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos" en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111). Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes", por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes"(párrafos 80-81).

Pero además, a partir del caso "Almonacid Arellano y otros vs Chile" la Corte IDH sentó la doctrina sobre el

control de convencionalidad que deben efectuar los jueces en el ámbito interno de cada país, señalando que "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana." (sentencia del 26 de septiembre de 2006, párrafo 124)

Y que "según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969" (párrafo 125)

En nuestro ámbito interno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que "la ya recordada `jerarquía constitucional´ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, `en las condiciones de su vigencia´ (art. 75, inc. 22, párr.. 2º), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación." ("Girolodi", Fallos 318:514).

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativizó esta posición en "Acosta" (Fallos 321:3564) al sostener que las decisiones de la Comisión no son vinculantes y que no pueden constituir un motivo de revisión de las decisiones judiciales en el ámbito interno pues ello podría afectar la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales (considerando 13); criterio que luego consolidó en "Felicetti" (Fallos 323:4130).

Sin embargo, en este último precedente, el doctor Bossert (en disidencia) sostuvo que *"por aplicación del principio de buena fe, que rige la actuación del Estado Argentino en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales y en virtud de la calidad de los argumentos y la autoridad de quien emana, este Tribunal considera a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formuladas en el marco del art. 51 del Pacto de San José de Costa Rica como una inestimable fuente de hermenéutica en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y que, por ende, ellos constituyan un criterio valioso de interpretación de las cláusulas convencionales en la materia tal como lo ha sostenido esta Corte expresamente (ver voto de la mayoría en Fallos: 319:1840) o al adoptar sus pautas interpretativas para resolver cuestiones traídas a su conocimiento..."* (considerando 14)

Y que *"como fuente de derecho, los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el derecho interno con miras a armonizarlas en todo lo posible con aquellos criterios establecidos por la comisión. En tales condiciones, este deber de tomar en consideración las recomendaciones formuladas por la comisión para adoptar medidas progresivas en favor de los derechos humanos se inserta dentro de un deber general de "respetar los derechos y libertades" contenido en el art. 1 de la*

convención, cuyo alcance ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como comprensivo del deber de "garantizar" su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción (OIC 11/90 del 10 de agosto de 1990, Excepciones al agotamiento de los recursos internos, párrafo 34; ver considerando 14 de Fallos: 321:3555, voto de los jueces Boggiano y Bossert)." (considerando 15 del voto en disidencia del doctor Bossert en el precedente "Felicetti", Fallos 323:4130).

Afortunadamente, la postura de la disidencia fue recogida por nuestro Más Alto Tribunal en pronunciamientos posteriores.

Precisamente, en la causa "Hagelin" del 8 de septiembre de 2003, se sostuvo que "a partir de la reforma constitucional de 1994 el art. 75 inc. 22 de la norma fundamental ha otorgado jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), razón por la cual la jurisprudencia de la Corte Interamericana pronunciada en causas en las que son parte otros estados miembros de la convención constituyen una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos (conf. considerando 15 del voto del juez Maqueda en la causa V.34 XXXVI "Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción", del 21 de agosto de 2003). Asimismo, los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen criterios jurídicos valiosos de interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la Convención Americana, que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno armonizadas con aquéllas"(considerando 15 del voto del doctor Maqueda, Fallos 326:3268) .

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14.087 -Sala II-
 C.F.C.P "Mendoza, César
 Alberto y otros s/ recurso
 de revisión"

En la causa "Simón" del 14 de junio de 2005, se afirmó que *"tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"* (considerando 17, Fallos 328:2056).

Así también, en el precedente "Mazzeo" del 13 de junio de 2007, se sostuvo que *"a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia"* (considerandos 20 y 21, Fallos 330:3248); criterio que luego fue mantenido en "Videla" del 31 de agosto de 2010 (Fallos 333:1657).

Conforme se advierte de la reseña que antecede, *"es importante ver cómo las providencias emitidas por la Comisión IDH y por la Corte IDH se han derramado en el ámbito doméstico; y en paralelo observar la importancia del control heterónomo que efectúan esos dos cuerpos, que han terminado no sólo por inspeccionar el cumplimiento de ciertas convenciones internacionales, sino también -y por vía excepcional- a las propias decisiones de los jueces locales. Todo ello ha logrado ´verdaderas mutaciones´ en los sistemas domésticos, tanto de origen sustancial como adjetivo. Las mismas han tenido su origen sin duda en los fallos del Tribunal regional que ´progresivamente´ han permeado directa o indirectamente en los distintos recovecos de los andariveles del derecho interno"* (Hitters, Juan Carlos, "Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana", LL, 6/6/2012)

En orden a esta cuestión, el autor apunta que "es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Surge (...) de tal análisis que en principio existe por lo menos una vincularidad moral y también jurídica de acatamiento ya que el incumplimiento de los Tratados y de las directivas del Tribunal de San José impone la responsabilidad internacional del Estado en cualquiera de sus poderes (art. 1.1 y 2 del Pacto de San José). Cuando la CSJ sostiene que los pronunciamientos de la Corte IDH y de la Comisión IDH 'deben servir de guía' o que 'constituyen una imprescindible pauta de interpretación' está diciendo -desde la perspectiva del derecho interno-, que los mismos tienen valor de doctrina legal" (Hitters, "¿Son vinculantes..."cit., pág. 148)

Las pautas doctrinarias y jurisprudenciales citadas, expresan el deber de seguimiento de las decisiones emanadas de los organismos internacionales en la interpretación de los Pactos que rigen en materia de derechos humanos, a modo de doctrina legal, a fin de evitar la responsabilidad del Estado como un compromiso de buena fe derivado del artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Pero además, la necesidad de tomar decisiones en el ámbito interno siguiendo los criterios de ordenación valorativa nacidos en las esferas internacionales que crea la Convención en materia de derechos humanos, responde a la consagración del principio *pro homine* según el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. (Pinto, Mónica, "El principio *pro homine*. Criterios para la hermenéutica y pautas

para la regulación de los derechos humanos", en AAVV, "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales", CELS, Buenos Aires, 1998, pág. 163).

Y ello es así pues con la incorporación de la CADH al bloque de constitucionalidad y el reconocimiento de la jurisdicción de los órganos allí creados, el Estado asumió obligaciones "no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982, párrafo 29).

Por todo ello, en la medida en el que el órgano supranacional -sea o no de carácter jurisdiccional- fije un estándar de reconocimiento mayor al que rige en el orden interno, entonces es aquél el que debe aplicarse, pues el control de convencionalidad consiste precisamente en la consagración de las disposiciones de la Convención y de las interpretaciones de la Corte IDH y la Comisión IDH, teniendo en miras la defensa y el resguardo de los derechos humanos.

Es decir, el deber de los jueces de seguir los parámetros valorativos marcados por la Comisión, no sólo se vincula con la necesidad de evitar una posible responsabilidad internacional del Estado, sino que encuentra su razón de ser en la realización de los derechos fundamentales en el caso concreto, lo cual constituye la función primaria del Poder Judicial.

Al respecto, Travieso señala que es necesario *"acentuar el activismo judicial, para que los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales no se transformen en un corsé, y constituyan sólo un piso de avance y no un techo limitativo, teniendo en cuenta su carácter paradigmático."* (Travieso, Juan A. "Los nuevos paradigmas. Enfoques con nuevas consideraciones metodológicas" en "La aplicación...", CELS, cit., pág. 144)

Y que *"en el marco del activismo judicial propuesto, el juez puede y especialmente está obligado a*

actuar ejerciendo el control de constitucionalidad en materia de tratados internacionales y más aún en los tratados de derechos humanos, preservando las pautas indicadas en sincronización con la Constitución. El cumplimiento de las pautas se refiere al contenido del tratado y la lesión de un derecho subjetivo" (Travieso, op.cit.)

Teniendo en cuenta estos lineamientos, e ingresando al análisis de los estándares fijados por la Comisión en relación con los que se aplicaron en el caso concreto en el ámbito del derecho interno, observo que, efectivamente, aquello cuanto se señaló en el informe 172/10 marca un camino de mayor amplitud sobre los derechos subjetivos de los imputados, conforme será analizado a continuación.

a. Derecho al recurso.

En el informe 172/10, la Comisión entendió que la previsión contenida en el artículo 8.2.h de la CADH debe interpretarse a la luz de la doctrina sentada en el informe de la Comisión IDH 55/97 "Abella, Juan Carlos" del 18 de noviembre de 1997 y en el caso de la Corte IDH "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sentencia del 2 de julio de 2004.

Al respecto, consideró que *"la eficacia del recurso se encuentra estrechamente vinculada con el alcance de la revisión. Esto, debido a que la falibilidad de las autoridades judiciales y la posibilidad de que cometan errores que generen una situación de injusticia, no se limita a la aplicación de la ley, sino que incluye otros aspectos tales como la determinación de los hechos o los criterios de valoración probatoria. De esta manera, el recurso será eficaz para lograr la finalidad para el cual fue concebido, si permite una revisión sobre tales cuestiones sin limitar a priori su procedencia a determinados extremos de la actuación de la autoridad judicial. (párrafo 186).*

Y agregó que *"corresponde a los Estados disponer los medios que sean necesarios para compatibilizar las particularidades de su sistema procesal penal con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y, especialmente, con las garantías mínimas del debido*

proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. Así por ejemplo, en el caso de los sistemas procesales penales en los cuales rigen primordialmente los principios de la oralidad y la inmediación, los Estados están obligados a asegurar que dichos principios no impliquen exclusiones o limitaciones en el alcance de la revisión que las autoridades judiciales están facultadas a realizar. Asimismo, la revisión del fallo por un tribunal superior no debería desnaturalizar la vigencia de los principios de oralidad e inmediación." (párrafo 191).

Sentado ello, interesa recordar que el recurso de casación deducido por la defensa César Alberto Mendoza contra la condena de prisión perpetua impuesta por falta de fundamentación respecto de la no aplicación del artículo 4° de la ley 22.278, fue declarado inadmisibile por el tribunal de origen.

Posteriormente, la defensa dedujo recurso de queja ante esta Sala, que -con otra integración- desestimó la vía intentada señalando que no se evidenciaba una omisión de fundamentos ni un "apartamiento de lo normado por el art. 4 inc. 3 de la Ley 22.278". En lo atinente al excesivo monto de la pena, la Sala resolvió que "las reglas que rigen la individualización de la pena son de aplicación propia de los jueces de mérito y quedan, en principio, fuera del control de la casación pues la ponderación a efectuarse depende de poderes discrecionales del tribunal de juicio, salvo que se verifique un supuesto de arbitrariedad manifiestamente violatorio de garantías constitucionales" (fs. 55/56 de la presente)

A partir de ello, se puede inferir que la pena de prisión perpetua impuesta a César Alberto Mendoza no ha sido revisada por un tribunal superior, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8.2.h, CADH y que, consecuentemente el imputado se ha visto impedido de ejercer el derecho al recurso que consagra dicha norma de orden superior.

El informe 172/10 de la CIDH es concluyente en punto a que "el examen de la Cámara Nacional de Casación no incluyó consideración alguna sobre la corrección de la fundamentación de la sentencia condenatoria, específicamente, sobre si la pena impuesta era adecuada a la luz de las facultades otorgadas por el artículo 4 de la Ley 22.278 y de las circunstancias particulares de la víctima. Esta argumentación se basa en la premisa constante de la práctica judicial entonces vigente, según la cual existían una serie de aspectos privativos del juez o tribunal de juicio que, por lo tanto, no eran revisables por la vía de casación." (párrafo 201)

Y que "en virtud de los estándares descriptos anteriormente, no es compatible con el artículo 8.2 h) de la CADH que el derecho a la revisión sea condicionado a la existencia de una violación de derechos constitucionales o a una arbitrariedad manifiesta. Al margen de que se presenten dichas violaciones o arbitrariedades, toda persona condenada tiene derecho a solicitar una revisión de cuestiones de diverso orden, como los hechos, el derecho y la valoración de la prueba, y a que las mismas sean analizadas efectivamente por el tribunal jerárquico que ejerce la revisión. En el presente caso, debido a las limitaciones esbozadas por la Cámara Nacional de Casación, César Alberto Mendoza no contó con una revisión de la condena a los efectos de corregir posibles errores por parte del juez respectivo y, por lo tanto, el Estado violó en su perjuicio el derecho contemplado en el artículo 8.2 h) de la Convención, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento." (párrafo 202)

En lo que se refiere a la situación procesal de Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, si bien esta Sala había admitido parcialmente los recursos e ingresó al análisis de las cuestiones relativas a la errónea aplicación de la ley sustantiva (ver fs. 1143 y 1176/1180 de los principales), la Comisión concluyó en el mencionado informe 172/10 que "parte importante de los argumentos presentados

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14.087 -Sala II-
 C.F.C.P "Mendoza, César
 Alberto y otros s/ recurso
 de revisión"

mediante los recursos de casación, quedaron excluidos de cualquier revisión por parte de la Cámara Nacional de Casación Penal. En virtud de los estándares descriptos sobre el alcance amplio que debe tener la revisión del fallo adverso, la Comisión considera que la imposibilidad de obtener una revisión respecto de cuestiones de hecho o de valoración probatoria, constituyó una violación del derecho a recurrir del fallo." (párrafo 211)

Y que "en adición a ello, respecto de los extremos declarados admisibles por la Cámara Nacional de Casación Penal, y respecto del recurso de casación interpuesto por la Defensoría Pública de Menores, la referida Cámara se limitó a determinar si existió una fundamentación y si se cumplieron los requisitos mínimos establecidos en el artículo 4 de la Ley 22.278. La Cámara Nacional de Casación Penal no realizó una evaluación de las razones que sustentaron la imposición de las penas de prisión y reclusión perpetuas, respectivamente, a la luz de las facultades otorgadas por el artículo 4 de la Ley 22.278 y de las circunstancias particulares de ambas víctimas, aspectos que fueron cuestionados mediante los recursos. Tal como ocurrió en el caso de César Alberto Mendoza, estas limitaciones a la revisión no son compatibles con el alcance de la revisión a la luz del artículo 8.2 h) de la CADH." (párrafo 212)

Por ello, determinó que "el Estado violó, en perjuicio de Lucas Matías Mendoza y Claudio David Núñez, el derecho consagrado en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento."

Interesa señalar que las diversas decisiones mediante las cuales esta Cámara de Casación adoptó un criterio restrictivo en el análisis de admisibilidad de los recursos deducidos por las defensas, son anteriores a los avances jurisprudenciales que se produjeron en nuestro país respecto del derecho al recurso ("Casal", Fallos 328:3399) y,

consecuentemente, no reflejaron la consagración que, tanto en el ámbito nacional como internacional, se ha realizado de ese derecho con posterioridad, en los términos precedentemente expuestos.

En función de todo ello, se advierte que César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza no pudieron ejercer ampliamente el derecho al recurso consagrado en el artículo 8.2.h de la CADH, pues los agravios que cada una de las defensas invocó en relación a las respectivas condenas dictadas, no han sido objeto de un adecuado control por parte de este cuerpo de conformidad con los estándares que rigen en la materia de acuerdo a los parámetros sentados.

b. Derecho de defensa

El informe 172/10 también da cuenta de que se produjo una lesión al derecho de defensa. Al respecto, la Comisión observó que: *"en el caso de César Alberto Mendoza, los peticionarios alegaron que se vio impedido de interponer un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación pues la denegatoria del recurso extraordinario federal no le fue notificada personalmente sino únicamente a su defensor de oficio quien omitió hacerla de su conocimiento y, unilateralmente, habría decidido no continuar con las impugnaciones. Según los peticionarios, fue meses después que la víctima se enteró de la decisión. Como se indicó en la sección de hechos probados, el Estado no presentó argumentos sobre estos alegatos ni aportó documento alguno que demuestre que, en efecto, César Alberto Mendoza fue notificado personalmente de la decisión que rechazó el recurso extraordinario federal. Tampoco acreditó que la defensa oficial del caso hizo de su conocimiento tal decisión."* (párrafos 233 y 234)

Y que *"de la información disponible, la Comisión considera que en el caso de César Alberto Mendoza ambas circunstancias derivaron en que se viera impedido de continuar defendiéndose hasta las últimas instancias*

contempladas en la legislación interna. En ese sentido, la Comisión concluye que el Estado violó en su perjuicio el derecho de defensa consagrado en los artículos 8.2 d) y e) de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento." (párrafo 235)

Respecto de Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, el informe indica que si bien los peticionarios alegaron que no tuvieron conocimiento de las decisiones que rechazaron los recursos de queja interpuestos contra las denegatorias del recurso extraordinario federal, la Comisión entendió que no contaba con elementos suficientes para concluir una violación del derecho de defensa en su perjuicio. (párrafo 236).

Ahora bien, conforme surge de la reseña que antecede, a través del informe 172/10 la Comisión instituyó un nivel de reconocimiento mayor (en materia de derecho al recurso y derecho de defensa) respecto del aplicado en el presente caso en el ámbito interno. Por este motivo, considero que aquélla debe ser la doctrina aplicable en la especie, precisamente por el efecto garantizador del principio *pro homine*.

Así pues, se ha dicho que "el cumplimiento de las obligaciones convencionales internacionales de protección requiere el concurso de los órganos internos de los Estados, y éstos son llamados a aplicar las normas internacionales. Es éste el trazo distintivo más marcante de los tratados de derechos humanos, cuya especificidad propia requiere una interpretación guiada por los valores comunes superiores que abrigan. Con la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en el presente contexto, los grandes beneficiarios son las personas protegidas" (Cancado Trindade, Antonio Augusto, "El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Juan E. Méndez y Francisco Cox Editores,

San José, Costa Rica, 1998, pág. 586).

En efecto, en lo que se refiere al derecho a recurrir el fallo, la Comisión IDH advirtió sobre las irregularidades que, en el orden procesal se detectaron en las causas seguidas a César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, fijando un estándar de reconocimiento amplio compatible con la previsión del artículo 8.2.h de acuerdo a la doctrina que fluye del informe de la Comisión IDH 55/97 "Abella, Juan Carlos" del 18 de noviembre de 1997 y del caso de la Corte IDH "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sentencia del 2 de julio de 2004.

En el orden del derecho de defensa, tal como surge de la reseña que antecede, la Comisión también ha fijado lineamientos que lo consagran de manera más efectiva, respecto de los criterios que oportunamente se aplicaron al caso en el orden interno.

Por estas razones, se verifica que en el informe 172/10 se ha dado mayor alcance a las previsiones de los artículos 8.2.h y 8.2.d y e., todo lo cual justifica la aplicación de los postulados allí sentados al presente caso, máxime cuando esos son los estándares que he venido sostenido (ver, en relación al derecho al recurso las causas 4971 "Rosenthal, Marcelo Joaquín s/ recurso de casación", del 12 de julio de 2004, registro 365/04, 5455 "Layun, Martín Alejandro s/ recurso de casación" del 20 de mayo de 2005, registro 414/05 de la Sala III y 4172 "Farache, Fernando Gabriel s/ recurso de queja", resuelta el 31 de mayo de 2004, registro 5731 de la Sala IV, entre muchas otras y las causas 5629 "Ojeda, Rodrigo y otro s/ recurso de casación", reg. 224/05 resuelta el 31 de marzo de 2005 y 5397 "Arana Montenegro s/ recurso de casación", reg. 524/05, resuelta el 28/3/05, ambas de la Sala III, en lo atinente a la notificación personal del imputado de la sentencia condenatoria). Estos criterios, además han sido reconocidos por la jurisprudencia de nuestro Mas Alto Tribunal en los últimos años ("Casal", Fallos 328:3399 en el orden del derecho al recurso y "Dubra", Fallos 327:3803, "Peralta",

Fallos 329:1998 y "Cofré, Raúl Armando y otro s/ causa 3933", C. 605, XXXIX en relación al deber de notificación personal del imputado).

En suma, la doctrina sentada por la Comisión en materia de derecho al recurso y derecho de defensa resulta de necesaria aplicación pues marca un estándar de mayor consagración de los derechos de orden superior involucrados que, además, resulta concordante con los parámetros que he venido sosteniendo sobre esas materias y que han signado la evolución jurisprudencial de nuestro más Alto Tribunal en los últimos años.

Por último, es importante destacar que además, en lo que se refiere a la cuestión de fondo planteada (imposición de penas de prisión y reclusión perpetua a adolescentes), los paradigmas establecidos por la CIDH consagran con mayor amplitud los derechos en juego respecto de la interpretación que se hizo de la cuestión en nuestro ámbito interno (tema que será abordado en profundidad en el punto VI), lo cual también justifica seguir dichos lineamientos en lo que se refiere a esta temática para la habilitación de la vía intentada.

c. De la revisión intentada

Ahora bien, los argumentos expuestos indican que corresponde aplicar al caso los lineamientos fijados por la Comisión en el informe 172/10 en materia de derecho al recurso, derecho de defensa y derechos del niño. Por ello, considero que la única forma de garantizar la plena vigencia de todo aquello cuanto se reconoce en el citado informe, es a través de la previsión contenida en el artículo 479 del CPPN.

Así, corresponde adoptar una solución excepcional dadas las particulares características verificadas en el caso para sanear los derechos lesionados, de modo tal que los imputados puedan acceder a una revisión amplia de la sentencia condenatoria, tal como han intentado a través de

las distintas vías introducidas a lo largo del proceso.

Las contingencias procesales por las que ha atravesado la causa, deben ser analizadas además, con especial consideración de los temas de fondo en debate, pues los recursos interpuestos, se dirigían contra condenas de prisión y reclusión perpetuas impuestas a adolescentes, extremo que -si bien será tratado en profundidad más adelante- constituye un aspecto que necesariamente integra el análisis sobre la admisibilidad de la vía intentada por la gravedad de las sanciones dictadas.

Limitar nuevamente la posibilidad de revisión de la sentencia, implicaría una doble lesión al derecho al recurso que no puede ser admitida bajo el argumento de taxatividad del artículo 479 del CPPN.

Vázquez Rossi señala que el recurso de revisión *"tiende a paliar injusticias notorias y que aparece justificado por los valores en juego dentro del proceso penal."* Comenta este autor que *"la doctrina italiana ha señalado que la revisión se orienta de acuerdo con el favor rei y tiende a hacer triunfar la justicia sustancial o material sobre la formal."* (conf. Jorge E. Vázquez Rossi, "Derecho Procesal Penal", Tomo II, El proceso penal, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe, 2004, pág. 499/501).

La noción de revisión está íntimamente asociada al concepto de error judicial. La posibilidad de modificar pronunciamientos firmes ya se encontraba regulada en las antiguas legislaciones francesas y españolas. Sin embargo este derecho fue restringido a partir de la Revolución de 1789, pues la aparición de los jurados y de los jueces nacidos de ese acto revolucionario (por oposición a las designaciones que efectuaba la realeza), hicieron pensar que desaparecerían los "errores judiciales" que se cometían en tiempos anteriores. Según Hitters, la experiencia demostró que aquella idea de supresión de los defectos de la sentencia era una ilusión de los teorizadores y por ello "el legislador francés tuvo que ceder ante las incitaciones de la

opinión pública sancionando la ley del 8 de junio de 1895 que ampliaba los casos de revisión". (Hitters, Juan C. "Revisión de la cosa juzgada", Librería Editora Platense SRL, La Plata, 1977, p. 181)

Esta relación entre el "error judicial" y revisión, ha sido definida con toda precisión por Ortolan al apuntar que "los casos de revisión no son numerosos; los casos judiciales que pueden motivar el recurso ocurren, gracias a Dios, raras veces. Por raros que sean merecen, sin embargo, registrarse como desgracia pública, que por un encadenamiento de fatales apariencias no han podido evitar a la sociedad ni las garantía que proporcionan a los acusados nuestros procedimientos penales, ni la conciencia de los jurados y de los magistrados (...) Pero si la justicia -como todo lo que es humano- puede errar, ella se laura, se enaltece y demuestra que es siempre la justicia, cuando ella misma, en virtud de los indicios que llegan investiga, recoge, reúne todas las pruebas de su error, hace un examen y proclama la reparación a la fé pública" (Ortalán, cit. por Jofré en Hitters, "Revisión..." cit. p. 180.)

Así, la necesidad de ampliar los supuestos de revisión cuando se constata la existencia de un error, resulta imperioso pues en definitiva se trata de consagrar el valor justicia. Precisamente, se debe procurar una aplicación de la revisión que amplíe las posibilidades de remover errores judiciales cuyo carácter evidentemente sustenta las razones de pura justicia que fundamentan la revisión (Barberá de Risso, María Cristina, "Derecho al recurso. No es abandono de los requisitos formales", Alveroni Ediciones, Córdoba, 2008, p. 95)

En este orden, y en particular relación con la situación que se da en la especie, interesa destacar que, por ejemplo, el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba admite el recurso de revisión -entre otros supuestos- si la sentencia se funda en una interpretación de la ley más

gravosa que la sostenida por el Tribunal Superior, al momento de la interposición del recurso (art. 489 inc. 5°). En autos, precisamente se da una situación análoga pues la doctrina fijada por el Tribunal Oral de Menores nro. 1 resultó más gravosa que aquella posteriormente sentada la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Maldonado" (Fallos 328:4343), conforme será explicado más adelante.

Pero además, en el orden del particular tema tratado, interesa señalar que se ha presentado un proyecto de reforma de los artículos 479, 480 y 482 del CPPN (Expediente 7285-D-2006) en el cual se incorpora como causal de procedencia del recurso de revisión el "cumplimiento a una disposición de un organismo de aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, en la cual se haya declarado la violación del tratado en relación al condenado en la sentencia que se impugna".

En sentido concordante, se encuentra tramitando ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación el expediente 62.272/09 (Nro. de origen 179.489/09) en el cual también se postula una ampliación de la revisión cuando en el caso "recaiga sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (o se remitan recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)".

También se debe destacar que el Poder Ejecutivo Nacional (con motivo del Acuerdo de solución amistosa entre el Gobierno Nacional y los peticionarios del caso "Schiavini") dictó el decreto 574/05 a partir del cual estableció el compromiso de adoptar medidas tendientes para ajustar la normativa vigente a los estándares internacionales, imponiéndose -entre otras pautas- la obligación de reformar el Código Procesal Penal de la Nación introduciendo como causal de revisión la violación de derechos humanos.

Todo ello evidencia la necesidad de adecuar la

legislación interna a los compromisos asumidos por el Estado Argentino en materia de derechos humanos, para lo cual es imprescindible la articulación de medios de impugnación efectivos que permitan hacer operativos los derechos respecto de los cuales se hubiera dictado una sentencia o recomendación por parte de organismos del derecho internacional.

No obstante ello, la ausencia de una causal específica en el ordenamiento procesal que admita la revisión frente este tipo de casos, no puede constituir un obstáculo para la vigencia de los derechos que se encuentran en juego y que revisten jerarquía constitucional.

La necesidad de cumplir con el control de convencionalidad que exige tomar como criterios jurídicos valiosos las decisiones de los órganos supranacionales, justifica -de por sí- la habilitación de la vía intentada con el objeto de resguardar los derechos que asisten a los imputados y que han sido restringidos invariablemente durante el curso de este proceso de acuerdo a la reseña efectuada en el punto III y en el informe 172/10 citado.

En efecto, si las normas procesales del derecho interno no prevén una solución para dar eficacia a los derechos cuya reparación es imperativa por mandato constitucional, entonces es deber de los magistrados arbitrar los mecanismos necesarios para su protección de modo tal de garantizar su plena vigencia, máxime cuando se ha lesionado la dignidad del ser humano, como es de verificar en este caso.

En este sentido, cabe recordar que el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que los Estados parte no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Tal sería el caso si se mantuviera el estado de cosas denunciado ante la Comisión IDH bajo el argumento de taxatividad del artículo 479 del CPPN,

motivo que refuerza el criterio de admisibilidad que aquí se propone.

En orden a esta cuestión, en el precedente "Felicetti" citado, el doctor Boggiano sostuvo que "ante la omisión del legislador en dictar la ley reglamentaria, la pretensión de los condenados de dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada por medio del recurso reglado por el art. 479 del Código Procesal Penal de la Nación, significó el ejercicio del derecho constitucional 'de recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior' (art. 8.2.h. del Pacto). En tales condiciones se impone aplicar en el sub judice la doctrina del precedente de Fallos: 322:2488 a fin de que la Cámara Nacional de Casación Penal subsane el menoscabo al derecho de la doble instancia. De otro modo, se generaría una restricción a la libertad de defensa contraria a la comprensión que de este derecho debe hacerse a la luz de los arts. 18, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y 8.2.h del Pacto" (del voto en disidencia del doctor Boggiano).

En análogo sentido, el doctor Bossert entendió que "si bien el art. 479 del Código Procesal Penal de la Nación, que prevé el recurso de revisión contra las sentencias firmes, no contempla el supuesto en análisis, resulta procedente dicho recurso en virtud de la norma, con jerarquía constitucional, contenida en el art. 8, inc.2 Ap. h, de la convención, sin que obste a su aplicación la carencia de una disposición procesal ya que entre las medidas necesarias para cumplir con el fin de la convención deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales (...) Por ello es que esta Corte en Fallos 318:514 reconoció que los tribunales se encontraban habilitados para concretar la tutela inequívoca de los derechos reconocidos en la convención con sustento en las medidas de 'otro carácter' a las que se refiere el art. 2 de ese tratado" (considerando 16 del voto en disidencia del doctor Bossert en "Felicetti")

La gravedad de los hechos apuntados impone la adopción de una solución que -aun sin contar con expresa previsión legal- ponga fin a las violaciones a los derechos

humanos que se han detectado y que han sido objeto de una recomendación expresa por parte del órgano supranacional, pues actuar de otro modo implicaría un apego a lo formal incompatible con una adecuada Administración de Justicia.

En efecto, al considerar que el Estado Argentino es responsable por la violación del derecho al recurso consagrado en el artículo 8.2.h de la CADH, la Comisión IDH recomendó la adopción de las medidas legislativas y "de otra índole" que sean necesarias para asegurar la plena vigencia de ese postulado (ver párrafo 230).

Entonces bien, teniendo en cuenta que al momento en que se dictó la condena de los imputados gozaban de un derecho que no han podido ejercer sino a través de la vía de revisión que motiva la presente, considero que las impugnaciones deben ser examinadas como recursos de casación e inconstitucionalidad -según sea el caso-, con los alcances del artículo 8.2.h de la CADH, de modo tal de tutelar el derecho afectado en el sentido marcado en el informe 172/10 de la Comisión, cuyos fundamentos, además, se comparten.

Por otra parte, en relación a los tópicos que sí fueron revisados oportunamente por esta Cámara mediante los recursos deducidos, considero que también corresponde ingresar en el análisis de las cuestiones de fondo involucradas con el objeto de tornar operativos los estándares marcados por la Comisión (en relación a este tema, ver párrafo 212 del informe 172/10).

-VI-

Análisis de los recursos de casación e inconstitucionalidad deducidos en favor de César Alberto Mendoza

a. Agravios.

En el recurso de casación interpuesto, la defensa expresó que en la sentencia no se merituyó suficientemente la sanción impuesta a César Alberto Mendoza, pues se omitió

fundamentar la no aplicación de la reducción prevista en el artículo 4 de la ley 22.278. Además, alegó que si bien los jueces valoraron diversas circunstancias atenuantes, aun así decidieron imponer una pena de prisión perpetua.

Por su parte, la Defensora Pública de Menores interpuso recurso de inconstitucionalidad, señalando que la decisión cuestionada lesiona el artículo 37 inciso a) de la Convención sobre los Derechos del Niño en tanto prohíbe la imposición de este tipo de penas a perpetuidad para quienes cometen delitos siendo menores de edad.

b. Estándares aplicables.

En lo que se refiere a los agravios introducidos en los respectivos recursos de casación e inconstitucionalidad corresponde, con carácter previo, analizar los principios que rigen el derecho penal juvenil sobre la temática aquí planteada.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece que "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano." (art. 5.2)

Además, consagra que "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados." (art. 5.6)

Y que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y el Estado" (art. 19)

El PIDCyP regula en el artículo 10.3 que "Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica."

El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra que "En todas las medidas concernientes a

los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada."

El artículo 37 de la CDN también prevé que "los Estados partes velarán porque a) ningún niño sea sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad. Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda" (incisos "a" y "b").

Complementariamente, el artículo 40 de dicha Convención, establece las garantías judiciales mínimas del proceso de menores y la obligación de tener en cuenta la edad del niño y la importancia de promover su reintegración.

Por su parte, las Reglas de Beijing disponen que "las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible" (Regla 17.1.b). Aún en los casos de delitos

graves, es preciso aplicar este tipo de sanciones de acuerdo con el interés superior del niño.

La Corte Interamericana señaló que cuando el aparato del Estado tiene que intervenir en delitos cometidos por menores, debe realizar un esfuerzo sustancial para garantizar su rehabilitación a fin de permitirle cumplir un papel constructivo y productivo en la sociedad (Corte IDH, Caso Villagrán Morales y otros ("Niños de la calle"), sentencia del 19 de noviembre de 1999, párrafo 185.)

Es así que "esta Convención junto con otros instrumentos internacionales específicos, constituye un cambio en la materia que ha sido caracterizado como el pasaje de la consideración del menor objeto de tutela, propio del modelo de 'situación irregular' imperante en los países latinoamericanos hasta fines de la década del 80 (...), al reconocimiento del niño y del joven como sujetos de derechos" (Beloff, Mary; Mestres, José Luis: *Los recursos en el ámbito de la justicia de menores* en AA.VV. "Los recursos en el procedimiento penal", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 177. También en Beloff, Mary: *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina* en AA.VV. "Infancia, Ley y Democracia en América Latina", Temis/Depalma, Santa Fe de Bogotá/ Buenos Aires, 1998, p. 87 y 91).

Con respecto a los principios contenidos en la Convención, "la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, creer que el interés superior del niño debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades" (Cilero Bruñol, Miguel: *El interés del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en AA. VV. "Infancia, Ley y Democracia en América Latina", citado, p. 77).

Y que "partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos. En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado -como aquel elaborado por la doctrina de la "situación irregular"- de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo. En suma, 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 Derechos Humanos de los Niños, párr. 54)".

Cabe recordar que en el Informe nro. 41/99, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expidió sobre un caso de menores detenidos en centros destinados a mayores en Honduras. Allí, sostuvo que "el Estado debe limitar la intervención penal al mínimo", y que "los métodos sancionatorios deben ser el último recurso estatal para enfrentar los más graves hechos de criminalidad. No debe emplearse por tanto, el ius puniendi estatal frente a situaciones que no son graves, o que puedan atenderse utilizando otros mecanismos menos gravosos para los derechos fundamentales del menor" (parágrafo 116).

Además, en el informe 172/10 referente a esta causa, la Comisión IDH señaló que "en aquellos casos en los que se establezca la responsabilidad penal de adolescentes por delitos graves a los que correspondan penas privativas de libertad, el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado debe regirse por el principio del interés superior del niño.

Tal es el sentido del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño citado en la sección anterior. Una política criminal que en lo relativo al tratamiento de niños, niñas y adolescentes infractores esté orientada meramente por criterios retributivos y deje en un segundo plano aspectos fundamentales como la prevención y el fomento de oportunidades para una efectiva reinserción social, sería incompatible con los estándares internacionales en materia de justicia penal juvenil.” (párrafo 146)

Y que “en el caso de los niños, niñas y adolescentes, el ejercicio del poder punitivo de los Estados no sólo debe observar de manera estricta las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, sino además tomar en especial consideración la situación distinta en la que aquellos se encuentran y las necesidades especiales de protección. Esto aplica tanto para la determinación de la responsabilidad penal como para la aplicación de las consecuencias de dicha responsabilidad.” (párrafo 149)

La Comisión también ha marcado que las conductas cometidas antes de los 18 años, merecen una respuesta especial por parte del Estado en atención a la situación particular en la que se encuentran los niños, niñas y adolescentes (informe 62/02, caso 12.285, Michael Domínguez, del 22 de octubre de 2002, párrafo 80).

Este criterio ha estado presente en la doctrina de nuestro Más Alto Tribunal en punto a 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."
 ("Maldonado", Fallos 328:4343, considerando 23)

Conforme todo lo expuesto, no caben dudas de que los principios que rigen el derecho penal juvenil, establecen claramente que la sanción penal debe operar como *última ratio*, de manera subsidiaria y siempre atendiendo al interés superior del niño. Corresponde a continuación determinar si en la sentencia se aplicaron dichos lineamientos.

c. Análisis de la sentencia

Al merituar la sanción impuesta a César Alberto Mendoza, los jueces tuvieron en cuenta la naturaleza, modalidad y consecuencias de las numerosas acciones criminales; la inusual barbarie evidenciada por los imputados quienes "no satisfechos con el producido de los ilícitos perpetuados concretaban a las pocas horas o minutos, un nuevo injusto" (fs. 30).

También valoraron los daños personales irreparables (en el caso de los homicidios cometidos), materiales, morales y psicológicos a las víctimas y sus familiares.

Como atenuantes, el Tribunal consideró que al momento de cometerse los hechos, Mendoza era menor de dieciocho años; que había sido reclutado por su consorte Álvarez para "transitar la senda delictiva"; la falta de antecedentes; su desfavorable entorno familiar y el buen comportamiento que mostró durante su internación en los establecimientos en que estuvo internado (fs. 30 y vta.)

En consecuencia, los jueces estimaron adecuado imponerle la pena de prisión perpetua, señalando que ello no lesionaba la previsión del artículo 37, párrafo a) de la Convención de los derechos del Niño, pues la sanción impuesta permite acceder a la libertad condicional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 13 del Código Penal.

En primer lugar, debo decir que la determinación de

la sanción impuesta a César Alberto Mendoza, carece de la debida motivación pues el Tribunal no explicó adecuadamente la necesidad de aplicar la pena en el caso concreto, de conformidad con los principios de subsidiariedad que rigen en esta materia.

Al respecto, nuestro Mas Alto tribunal, expresó que: *"...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". 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", considerando 21)

En nuestro ámbito, la ley 22.278 estece en el artículo 4º que una vez cumplidos los dieciocho años, la decisión sobre si se aplicará pena respecto del menor previamente declarado responsable, admite la posibilidad de atenuarla de acuerdo a la escala reducida de la tentativa. La norma también prevé la posibilidad de que sea innecesario aplicar una sanción, en cuyo caso el juez puede absolver al imputado.

Es así que, existe un deber de los jueces de justificar la imposición de la pena y, de proceder la aplicación de la sanción, también deben explicar los motivos en virtud de los cuales se aplicará o no la escala reducida del artículo 4 de la ley 22.278. Todo ello, se deriva de los principios de *ultima ratio*, subsidiariedad e interés superior del niño que rigen cuando se trata del juzgamiento de menores.

Considero que esta es la forma de interpretar las normas del ordenamiento interno con los mandatos de la CDN, de lo cual se deriva que la aplicación de una condena, sin la escala de la tentativa, debe operar en forma extraordinaria. El Tribunal debe valorar -para apartarse de la pena reducida- de qué manera resultará adecuada para promover la reintegración del niño, pues lo contrario implicaría equiparar al joven con el trato que se da a los mayores sin considerar su *status* diferenciado.

En este sentido, la aplicación de la escala prevista en el art. 4 de la mencionada ley es una solución adecuada para todos los casos de delitos cometidos por menores de edad, siempre que no sea viable una interpretación aún más benigna. Este es el criterio que sostuve al votar en la causa 6603 "*Cáceres, Laura Dalia s/ recurso de casación*", resuelta el 17 de agosto de 2006, registro 891/06.

Para alejarse de dicha reducción o, en su defecto, de la absolución -cuando las circunstancias estén dadas- deberán analizarse concretamente los parámetros referidos por la Corte Suprema en "*Maldonado*" (legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, necesidad y mínima intervención) pues de no ser así, la aplicación de la sanción escapará a la finalidad de la *ultima ratio* del derecho penal (cfr. Art. 37 inc. b de la CDN, que establece "*Ningún niño será privado de la libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve*").

En este orden, en lo que se refiere al análisis que estipula la ley 22.278, observo que los jueces no valoraron adecuadamente la culpabilidad de Mendoza ni sus posibilidades de autodeterminación, circunstancias que son especialmente trascendentes por haberse producido el hecho mientras aún no había alcanzado la mayoría de edad.

Muy por el contrario, el Tribunal intentó construir

un mayor grado de culpabilidad mediante alusiones genéricas a la gravedad de los hechos que no logran alcanzar el estándar de fundamentación que exige todo pronunciamiento.

En esta línea, los jueces tuvieron en cuenta que el imputado y sus consortes *"no satisfechos por el producido de los ilícitos perpetrados concretaban a las pocas horas o minutos, un nuevo injusto de similar factura"* (fs. 30). Se observa pues, que no se efectuó un análisis sobre la culpabilidad por el acto (que además los jueces debían considerar especialmente de manera reducida por la edad de Mendoza), sino que se basaron en criterios peligrosistas propios de un derecho penal de autor que resultan incompatibles con los principios que consagran los artículos 18 y 19 de la CN.

En efecto, la CSJN señaló que *"la única vía para determinar la pena correspondiente a un hecho cometido por un niño siguiendo idénticos criterios que los que se utilizan respecto de un adulto sería prescindiendo del principio de culpabilidad, y apelando a la vieja peligrosidad"* (*"Maldonado"*, considerando 38).

Los principios que influyen en la construcción de la ilicitud penal -como ser, por caso, el de culpabilidad- no buscan fundar la responsabilidad penal de una persona, sino que cumplen una función limitadora del poder penal (cfr. Binder, Alberto M. *"Introducción al Derecho Penal"*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2004, pág. 240). En consecuencia, por mandato expreso de la Constitución Nacional, las normas penales sólo pueden tener como objeto conductas y no sujetos, derivándose de allí el principio de culpabilidad por el acto.

Los conceptos limitadores de *"hecho"* y *"acción"* que establece la Constitución Nacional, implican el abandono de una noción *"moralista"* de Estado y la consagración de un modelo de proceso liberal en el cual el poder punitivo sólo puede juzgar actos externos del hombre.

Así pues, *"el Estado únicamente puede castigar la acción humana que produce efectos en el exterior (es decir, en el marco de una interacción conflictiva) y sólo en los*

límites estrictos del valor que esa acción tenga dentro del marco de interacción. El castigo no puede referirse a otra cosa que no sea la estricta punición del hecho." (Binder, Alberto, op. cit. pág. 117)

Y que "el principio de culpabilidad nace y existe para evitar toda forma de responsabilidad objetiva, ya sea que ésta se manifieste como responsabilidad por el puro hecho o como responsabilidad objetiva por la existencia de meros atributos personales o como pura peligrosidad. Estas tres formas de responsabilidad objetiva están prohibidas por el principio de culpabilidad, ya que ellas generan una autorización indeterminada para el uso de la reacción violenta del Estado. Ello, tanto cuando se usan estas categorías para fundar toda la reacción violenta como cuando se las utilizan para fundar parte de ella, como es el caso de los agravantes (por el resultado, por especiales características del autor no vinculadas al hecho -vagos, maleantes, prostitutas- o por la peligrosidad). Todas estas modalidades parciales o totales de responsabilidad objetiva afectan directamente al principio de culpabilidad" (Binder, Alberto, op. cit., pág. 243)

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo -con pena de muerte inclusive- no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos" (CIDH, Serie C n° 126 caso "Fermín Ramírez contra Guatemala", sentencia del 20 de junio de 2005, párrafo 95).

En estas condiciones, las afirmaciones del Tribunal al considerar la "inusual barbarie" y la comisión de hechos posteriores, constituye un etiquetamiento basado en criterios de peligrosidad que supone la creación de una categoría de sujeto "marginal" y "enemigo" del ordenamiento legal, que como tal, es merecedor de un tratamiento más severo, quedando -total o parcialmente- excluido de los derechos que consagra la Constitución Nacional.

Esta categorización, implícitamente define -por oposición- qué tipo de personalidades sí son compatibles y afines con el ordenamiento, lo cual marca el diseño de estándares perfeccionistas y paternalistas propios de los modelos autoritarios que buscan justificar la interferencia gubernamental, todo lo cual expresamente se contrapone con el principio establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional (Nino, Carlos, "Fundamentos de Derecho Constitucional", Buenos Aires, Astrea, página 304 y ss.).

Ferrajoli explica que en la cultura penal de la segunda mitad del siglo XIX de la mano de las doctrinas positivistas *"el centro de gravedad del derecho penal se deslizó del delito al delincuente y se desarrolló paralela y concurrentemente con el derecho penal y procesal ordinario y retributivo, un derecho penal y procesal orgánico, de tipo especial y preventivo, enteramente basado en la peligrosidad y liberado de garantías penales y procesales"* (Ferrajoli, Luigi, *"Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal"*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pág. 508)

En suma, la reacción punitiva del Estado no puede encontrar su fundamento en atributos de la persona no vinculados con el hecho que se juzga, pues ello implica una afectación al principio de culpabilidad, todo lo cual resulta incompatible con un Estado de Derecho. Pero además, al tratarse de menores, el abandono de la noción de acto refuerza aún más la irregularidad de ese juicio, pues los estándares aplicables en materia de derecho juvenil reposa, en definitiva, en un menor grado de culpabilidad por el acto. Así al omitirse el análisis sobre la culpabilidad, se

consagra un derecho penal de autor y se "cosifica" al niño, equiparándolo con el adulto al no considerar que -en razón de su edad- el reproche por la conducta es necesariamente menor.

Los argumentos del Tribunal giran en torno de la gravedad de los hechos y de la comisión de otros sucesos, circunstancias que nada dicen en relación a la culpabilidad por el acto, análisis que precisamente constituye el núcleo del juicio sobre la pena y que, en el caso de los menores requiere de un estudio aún más cuidadoso (reglas de Beijing 17.1) por encontrarse en juego el interés superior del niño regido por criterios de reinserción y de no retribución (art. 3 CDN).

En este escenario, la omisión de aplicar la reducción del artículo 4 de la ley 22.278, se tradujo en la imposición de una pena de prisión perpetua.

Para tratar esta cuestión, interesa señalar que *"una de las principales manifestaciones del principio de proporcionalidad mínima de la respuesta punitiva (usualmente llamado principio de racionalidad, como antónimo de crueldad o irracionalidad), requiere que la pena guarde cierta proporción con la magnitud del delito (del injusto y la culpabilidad)...El cumplimiento de estos requisitos demanda, por lo general, cierta flexibilidad que posibilite su adecuación a cada caso concreto en el juicio de determinación de pena, como momento necesario de la actividad de la agencia judicial, que es la comprensión equitativa del hecho legalmente señalado. De otro modo, se obligaría a ésta a decisiones inicuas, que equipararían injustamente situaciones que sólo son iguales en cuanto a los elementos relevados por la ley, pero diversas en los rasgos particulares y específicos del conflicto"* (Zaffaroni, Eugenio R. Slokar, Alejandro, Alagia, Alejandro, "Derecho Penal. Parte General", Ediar, Buenos Aires, 2003, pág. 943-946.)

Al respecto, interesa remarcar que el sistema de pena fija ha sido siempre censurado por su afectación al

principio de culpabilidad constitucional, extremo que se ve tanto más lesionado en el caso de los menores. (Zaffaroni, Slokar y Alagia, op.cit., pág. 944)

Sentado ello, teniendo en cuenta que el delito por el cual se declaró la responsabilidad de Mendoza prevé una pena absoluta, considero que la única forma de compatibilizar la sanción con los estándares de mínima intervención, resocialización, última ratio, subsidiariedad e interés superior del niño que rigen en la materia de acuerdo a los parámetros ya explicados, era decidir acerca de la aplicabilidad de la escala reducida de la tentativa en los términos del artículo 4 de la ley 22.278.

En la especie, el Tribunal aplicó la pena de prisión perpetua sin efectuar ningún tipo de consideración sobre la expresa previsión de dicha norma (que, a su vez debe ser interpretada a la luz de los postulados de orden superior ya mencionados y del principio *pro homine*).

En consecuencia, observo que a través de esta decisión (abiertamente contraria a la pauta que marca el artículo 37 inc. b de la CDN), se lesionó el paradigma de mínima intervención y de interés superior del niño que consagran los instrumentos ya citados, especialmente las reglas de Beijing en punto a que "las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidados estudio y se reducirán al mínimo posible" (art. 17.b).

En ese orden, interesa recordar que "el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito. La regla 5 se refiere a dos de los más importantes objetivos de la justicia de menores. El primer objetivo es el fomento del bienestar del menor. Este es el enfoque principal de los sistemas jurídicos en que los menores delincuentes son procesados por tribunales de familia o autoridades administrativas, pero también debe hacerse hincapié en el bienestar de los menores en los sistemas judiciales que siguen el modelo del tribunal

penal, contribuyendo así a evitar las sanciones meramente penales. (Véase también la regla 14.) El segundo objetivo es el "principio de la proporcionalidad". Este principio es conocido como un instrumento para restringir las sanciones punitivas, y se expresa principalmente mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito. La respuesta a los jóvenes delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo, teniendo en consideración los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para comenzar una vida sana y útil)." (Reglas de Beijing, art. 5)

Tal como se advierte, las pautas de interpretación que consagra la normativa internacional han sido desoídas en el presente caso, pues los jueces sólo enumeraron diversas circunstancias personales del imputado pero no realizaron un análisis de las mismas que permitiera reflejarlo en la pena finalmente impuesta sin evaluar la posibilidad de otras alternativas de menor intensidad punitiva. Tal es así, que aplicaron la sanción máxima que prevé el ordenamiento legal, apartándose de la regla de proporcionalidad (Reglas de Beijing, art. 5).

De esta manera, incurrieron en una arbitraria valoración de la cuestión, que terminó de consolidarse - insisto-, con la omisión de explicar la necesidad de aplicar la pena, que fue reemplazada por una escueta alusión a la gravedad de los hechos.

Se observa pues, que los jueces se limitaron a determinar la responsabilidad penal de Mendoza y aplicaron la sanción como si de un adulto se tratara, sin efectuar ninguna

de las distinciones que -por imperio de la CDN y de las restantes normas de orden superior aplicables- merecía el caso por tratarse de un menor al momento en que ocurrieron los hechos.

Precisamente, este es el criterio que inspiró el informe 172/10 aplicable a este caso, pues allí se sostuvo que *"en las decisiones judiciales respectivas, los jueces hicieron referencia a la gravedad de los delitos imputados, pero se abstuvieron de evaluar alternativas distintas a la prisión perpetua. Así por ejemplo, si bien se incluyeron referencias genéricas a la facultad de reducción de la pena en los términos del artículo 4 de la Ley No. 22.278, la naturaleza de los delitos fue el elemento central de la determinación de la pena. No se evaluó el juicio de reproche menor de los delitos debido a la condición de niños de las víctimas al momento en que tuvieron lugar, ni se examinó de manera individualizada el desarrollo del tratamiento tutelar. Respecto de este punto, se efectuaron referencias también genéricas a que dicho desarrollo no era suficiente, pero sólo a la luz de la gravedad de los delitos y no a las circunstancias particulares de las víctimas en el marco del referido tratamiento"* (párrafo 168)

Y que *"era obligación de las autoridades judiciales evaluar la gravedad del delito de manera conjunta con elementos como la menor culpabilidad, las posibilidades de resocialización, los resultados del tratamiento tutelar, entre otros aspectos. Al imponer la pena privativa de libertad más severa omitiendo un análisis pormenorizado de estas cuestiones y sin explorar alternativas distintas a dicha pena, las autoridades judiciales asimilaron la situación de las víctimas a la de los adultos, en incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de protección especial de los niños, según las cuales la privación de libertad sólo procede como medida de "último recurso" y "por el tiempo más breve que proceda"* (párrafo 169).

Además, interesa subrayar que los argumentos

brindados en la sentencia no se ven reflejados en la pena finalmente adoptada. Nótese, que para justificar la sanción, los jueces valoraron diversos agravantes, pero también consideraron circunstancias atenuantes, tales como la minoridad de Mendoza al momento de los hechos; que había sido reclutado por su consorte Álvarez; la falta de antecedentes; su desfavorable entorno familiar y el buen comportamiento demostrado durante su internación (fs. 30 y vta.)

La arbitrariedad reside entonces, en la imposibilidad de conocer de qué manera los magistrados arribaron a la imposición de una pena a perpetuidad (teniendo la posibilidad de aplicar la escala reducida de la tentativa -art. 4, ley 22.278) cuando valoraron diversos atenuantes.

De este modo, se detecta un error lógico, pues la conclusión no se deriva de las premisas planteadas, todo lo cual permite concluir que el decisorio resulta arbitrario (art. 404 inc. 2° del CPPN).

Otro aspecto que merece ser destacado se refiere al argumento expuesto por el Tribunal (al rechazar los cuestionamientos sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua a adolescentes), en punto a que este tipo de sanción admite la libertad condicional de conformidad con lo dispuesto por el artículo 13 del CP y que por ende, no lesionaría el artículo 37 inc. b de la CDN.

En primer lugar, he de señalar que en virtud de los estándares diferenciados que rigen para los menores, no puede invocarse una norma que, por su diseño, equipara a los adultos con los niños.

Pero además, el artículo 13, CP (texto según ley 11.221) establece un período de 20 años para habilitar una revisión del proceso de resocialización, lo cual resulta irrazonable a la luz de los principios de mínima intervención y proporcionalidad ya analizados, en el contexto de hechos cometidos por jóvenes antes de alcanzar la mayoría de edad.

Así lo entendió también la Comisión IDH en el

informe 172/10 al aseverar que "la necesidad de una revisión periódica se encuentra relacionada con el juicio de reproche menor respecto de conductas cometidas por adolescentes menores de 18 años, frente a conductas cometidas por adultos. Asimismo, se encuentra relacionada con los objetivos fundamentales que deben perseguir las penas privativas de libertad que se impongan por hechos que tuvieron lugar cuando el condenado aún ostentaba la calidad de niño. Como se indicó anteriormente, los Estados asumen la obligación de otorgar educación, tratamiento y atención con miras a la puesta en libertad, la reintegración social y el desempeño de una función constructiva en la sociedad. En consideración de la Comisión, estas obligaciones se basan en el hecho de que el momento durante la cual el Estado asume la custodia de jóvenes que cometieron delitos siendo niños, constituye una etapa de la vida crucial en el desarrollo personal y social, en la determinación de un proyecto de vida y en la adquisición de los conocimientos y facultades indispensables para la vida en sociedad." (párrafo 172)

Y que "la falta de una revisión periódica sobre estos aspectos que permita medir la evolución en el proceso de rehabilitación y eventualmente disponer la excarcelación con base en dicha evolución, conlleva una afectación especialmente grave de las posibilidades de reforma y reinserción social de personas condenadas por hechos ocurridos siendo aún niños, lo que resulta incompatible con lo establecido en los artículos 5.6 y 19 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones consagradas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento." (párrafo 173)

En relación a este tópico, se ha dicho que "este límite tasado, contenido en el art. 13, CP, excluye radicalmente toda posibilidad de libertad anterior, sea cual fuere la evolución que demuestre el penado. El instituto por ende, en modo alguno puede ser equiparado a una excarcelación o a una genérica recuperación de la libertad, que nos remite a un dispositivo más flexible, en manos del juez que se encarga del seguimiento del caso y directamente ligado a la

ideología del tratamiento integral" (Martínez, Stella Maris, "Los jóvenes en conflicto con la ley penal: del discurso tuitivo a la realidad inquisitorial. La imposición de penas privativas de libertad perpetuas a adolescentes" en Pensamiento Penal del Sur, 1, 2004, Fabián Di Plácido Editor, pág. 446).

Frente a este estado de cosas, encuentro que la decisión cuestionada no cumple con las pautas de orden superior en términos de garantizar la adecuada reinserción del menor a través de la posibilidad de que se revise periódicamente su situación de encierro con la posibilidad de acceder a la libertad. Claramente, las fuertes restricciones que trae aparejada una pena absoluta como es la prisión perpetua, impiden cumplir con este ideal y, por ende, no pueden ser aplicadas a los menores precisamente porque la CDN, determina que el encarcelamiento de los niños se utilizará como medida de último recurso y durante el tiempo más breve que proceda (art. 37 inc.b).

Finalmente, interesa señalar que la Comisión sostuvo que *"en el presente caso concurrieron una serie de arbitrariedades y violaciones tanto procesales como sustantivas que hacen derivar las penas impuestas a las víctimas en un trato inhumano, así como su privación de libertad en arbitraria, en los términos de los artículos 5.1 y 5.2 y 7.3 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal, Ricardo David Videla Fernández y Claudio David Núñez."* (párrafo 179)

En virtud de todo lo expuesto, considero que en la sentencia impugnada no se respetaron las exigencias y estándares aplicables en la materia, de conformidad con las normas de orden superior citadas.

A los fines de consagrar los derechos fundamentales en juego, corresponde declarar la inconstitucionalidad del

artículo 80 inciso 7° del Código Penal en orden a la pena de prisión perpetua prevista con relación a niños, niñas y adolescentes; anular la decisión en crisis -en lo que se refiere al punto observado- y remitir las actuaciones a otro Tribunal para que, previa audiencia, fije una nueva sanción respecto de César Alberto Mendoza con arreglo a la presente y atendiendo especialmente a los lineamientos expuestos en el informe 172/10.

-VII-

Análisis de los recursos deducidos en favor de Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza

a. Agravios

1. La defensora pública de menores interpuso recurso de casación en favor de Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza a fs. 883/878, agraviándose de que el Tribunal no analizó la posibilidad de aplicar la escala reducida del artículo 4 de la ley 22.278, calificando de arbitraria la sentencia.

2. Dicha defensora, también interpuso recurso de inconstitucionalidad en favor de ambos imputados a fs. 888/890 respecto de la imposición de penas de prisión y reclusión perpetuas a menores. Alegó que la decisión resulta violatoria del artículo 37 inc. "a" de la Convención sobre los Derechos del Niño que prohíbe este tipo de sanciones a menores.

3. La defensora particular de Lucas Matías Mendoza dedujo recurso de casación a fs. 892/907 con invocación del artículo 456 del CPPN señalando que los fundamentos de la sentencia son irrazonables y contradictorios.

Expresó que el Tribunal se basó en testimonios dudosos que dan cuenta de las características físicas de un sujeto que no concuerda con su ahijado procesal. Objetó el hecho de que los testigos observaron fotografías de los imputados antes de que se realizaran las ruedas de reconocimiento.

Relató que *"entre las fotografías tomadas sobre los*

distintos individuos, se encontraba la persona de mi defendido y su hermano, como así también las fotos de otras personas que al resultado de la investigación se comprobó que no tenían participación alguna con la banda que cometió el 'raid delictivo'. Por el afán de la investigación de querer llegar a encontrar a los autores de aquellos episodios lamentables (...) se ha mostrado insistentemente a los testigos el álbum conformado por las fotografías 'tomadas al azar' las cuales fueron incorporadas al álbum de malvivientes, resultando el parecido físico distorcionado, ya que algunos testigos en las diligencias de reconocimiento, manifestaban (...) que no estaban seguros, que tenían dudas, el pelo era distinto, el color de ojos era distinto..." (fs. 897)

En relación al hecho imputado en la causa 972 aludió a la declaración de Susana Virginia Russo cuando reconoció en rueda de personas a su asistido, puntualizando que la testigo dijo que podría ser el autor, aunque no tenía certeza pues al momento del hecho tenía el pelo más corto. Además, señaló que no pudo explicar qué rol desempeñaba.

En esa misma dirección, mencionó las dudas e imprecisiones de los restantes testigos en ocasión de efectuar los reconocimientos.

Sobre el hecho imputado en la causa 838, expuso que si bien el testigo Moreno reconoció a Mendoza, lo cierto es que durante el hecho estuvo boca abajo en el piso, según él mismo relató. En cuanto a Berisso, señaló que en otra rueda dijo haber cometido un error sobre el reconocimiento, circunstancia que indica que también pudo haberse equivocado cuando reconoció a su defendido.

Respecto del hecho investigado en la causa 1069, adujo que el testigo Pitella reconoció a Mendoza pero con la diferencia de que al momento del hecho tenía el pelo ondulado y era rubiecito, delgado y de ojos marrones, caracterización que no coincide con el imputado.

Por otro lado, señaló que si bien el resultado de

la pericia papiloscópica determinó que las huellas halladas en el domicilio de la familia Luguercio pertenecían a Mendoza, ello no implicaba que el nombrado participó en el homicidio del agente Miguel Ángel Rojas, sobre todo cuando la testigo Elena Montero dijo que el autor se trataba de una persona morocha.

En relación al hecho ocurrido el 2 de enero de 1997 (causa 851) que damnificó a Ulises Strafaccio, Nora Alonso, Juan Ignacio Brienzo, Ureil Strafaccio y Nora García, alegó que la circunstancia de que las víctimas hubieran escuchado el nombre de "Lucas", no es suficiente para responsabilizar a su pupilo, máxime cuando no fue reconocido en las ruedas realizadas.

Sobre los hechos en los que resultaron damnificados Edgardo Amadeo Teló, Federico Antonio Amadeo y Adriana Beatriz Longobardi (causa 839), expresó que los testigos, al efectuar los reconocimientos marcaron diferencias respecto del cabello de Mendoza diciendo que lo llevaba más largo al momento de los hechos.

En lo atinente al suceso ocurrido el 9 de enero de 1997 (causa 910), adujo que el testigo Héctor Alberto Estevanez aseguró que Mendoza era parte del grupo agresor, aunque no dio detalles sobre qué actividad realizó. Agregó que Graciela Núñez, Mariana Estevanez y Emiliano Estevanez no pudieron reconocer a su defendido.

En suma, la defensa se agravió de que "al mostrarles fotografías a los testigos sin el control de la defensa y luego se efectuara la diligencia de reconocimiento en rueda de personas, se ha violado toda regla procesal" (fs. 904)

Finalmente, alegó que no se aplicó el artículo 4 de la ley 22.278, objetando la imposición de la pena de prisión perpetua.

Hizo reserva del caso federal.

4. La defensora pública dedujo recurso de inconstitucionalidad a fs. 908/913 en favor de Claudio David Núñez y de Dante Núñez (mayor de edad). Se agravió de la

imposición de penas perpetuas alegando que ello es contrario a los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

5. A fs. 914/932, la defensora interpuso recurso de casación en favor de Claudio David Núñez y Dante Núñez (mayor) en los términos del artículo 456 del CPPN por considerar que en la sentencia impugnada se efectuó una arbitraria valoración de las pruebas.

Expresó que "el análisis efectuado de la prueba demuestra que ella reviste las características de engañosa, insuficiente y discordante, con lo cual jamás se podría arribar a un fallo condenatorio" (fs. 916vta.)

En relación al hecho de la causa 972 alegó que las pruebas no son certeras e indubitables, pues los testigos que realizaron los reconocimientos manifestaron ciertas dudas.

Sobre el hecho que damnificó a Contreras, Ávalos y Lagresta, refirió que "los elementos de prueba que se utilizaron para sustentar la responsabilidad penal de Claudio Núñez fueron la suposición de que intervino en el hecho anterior, de allí también la suposición de que se encontraba en el vehículo en el cual arribaron al lugar, el similar modus operandi, algunos datos vagos en cuanto a la vestimenta, el número de integrantes y ciertos rasgos fisonómicos, todo ello parece haber resultado suficiente para demostrar la presencia de él." (fs. 918vta.)

Respecto del hecho de la causa 937 adujo que la imputación se basa exclusivamente en los dichos de la esposa de la víctima (Mirta Isabel Domínguez) y en el reconocimiento que ella realizó de su defendido. Alegó que dicho acto debe ser invalidado pues con anterioridad al mismo, se exhibieron vistas fotográficas.

Cuestionó la capacidad de Domínguez de reconocer a los autores, pues durante el debate dijo que había visto al imputado de perfil, describiendo únicamente que tenía cabellos largos hasta los hombros.

Agregó que ninguno de los restantes testigos pudo ver a Claudio David Núñez en el escenario de los hechos.

Explicó que los acusadores no lograron desvirtuar la versión esgrimida por Núñez en punto a que el día de los hechos se hallaba en el hogar "Alborada".

En lo atinente al hecho imputado en la causa 838, señaló que si bien la prueba no alcanzó para imputárselo, sí fue valorada para el delito de asociación ilícita.

Sobre el suceso reprochado en la causa 1069, adujo que también en este caso, los jueces efectuaron un análisis global de la prueba para tener por acreditado el suceso.

Alegó divergencias entre el reconocimiento realizado por Carlos Raúl Luguercio en la instrucción respecto de los dichos al momento del debate y puntualizó que la esposa del nombrado no pudo reconocerlo.

En relación al homicidio del agente Rojas, expresó que *"más huérfana aún es la prueba con que se cuenta, ello por cuanto sólo se ha señalado que como se probó el hecho de la vivienda de los Luguercio, ello implicaba que Claudio David Núñez también participó en el homicidio"* (fs. 923).

Y agregó que *"los testigos Elena Alejandra Montero y Gustavo Adolfo Frías, quienes pudieron observar parte de lo que estaba sucediendo, escucharon detonaciones y vieron fugazmente a cuatro jóvenes, no reconocieron a Claudio Núñez"* (fs. 923)

Respecto de los hechos de la causa 851, alegó que los jueces se basaron en el frágil reconocimiento realizado por Ulises Guillermo Strafaccio, el cual resulta ineficaz pues *"los primigenios escrutinios realizados mediante vistas fotográficas no pudieron ser ratificados en los realizados en rueda de personas. Se infiere de ello que en el fallo se ha dado más valor a un reconocimiento fotográfico que a los realizados en rueda de personas"* (fs. 924)

Y añadió que el testigo no pudo sindicarse con certeza a Claudio ni a Dante Núñez, pues en relación al primero dijo que creía estar seguro, mientras que respecto del segundo manifestó que podría ser, pero que no lo estaba del todo.

Apuntó que los restantes testigos del hecho, no pudieron reconocerlos.

Sobre la causa 839, aseveró que la imputación se sustenta únicamente en que el suceso fue perpetrado dos horas después del que damnificó a Strafaccio, respecto del cual, tampoco se ha demostrado adecuadamente la participación de Núñez.

En relación a los dichos del testigo Teló, expuso que *"en la audiencia de debate demostró haber quedado traumatado por el hecho, sindicó de manera fulminante a los Núñez, actitud cargada de subjetivismo atento al develado deseo de encontrar a los culpables, sin perjuicio de incurrir en una confusión sobre la identidad de los mismos. Por otra parte, el arma que fue hallada en el domicilio del fallecido Rosendo Barroso en nada vincula a los Núñez, pues (...) no se ha acreditado su pertenencia a banda alguna"* (fs. 925vta.)

Referente al hecho investigado en la causa 833, alegó que todos los reconocimientos realizados dieron resultado negativo, a excepción del efectuado por González.

Puntualizó que esta prueba debe ser descalificada dado que no ha sido avalada por otras diligencias en el mismo sentido, máxime cuando durante la audiencia, la nombrada no pudo reconocer a Claudio Núñez en la Sala.

En lo atinente al hecho imputado en la causa 910, expresó en relación a los cuatro integrantes de la familia Estevanez que *"el día posterior al hecho, al exhibírseles fotografías de los Núñez no los sindicaron como los autores, negativas que no han sido desvirtuadas pese a las posteriores sindicaciones, pues a poco de interiorizarse en los dichos de los testigos se observa una gran confusión en punto a las*

identidades de las personas" (fs. 925vta y 928)

Sobre el hecho endilgado en la causa 920, refirió que el personal policial no pudo afirmar con certeza la participación de Núñez, sino hasta luego de ver el álbum policial.

Aclaró que *"el vivir en el barrio, el haber sido fotografiados en las circunstancias descriptas, el poseer características fisonómicas similares a los sospechosos no alcanza ni demuestra nada que se asemeje a una asociación ilícita. Ello porque todos los datos mencionados no han sido vinculados con prueba directa que permita acreditar la autoría y participación de los Núñez en los hechos investigados" (fs. 929)*, todo lo cual, a su entender permite descartar la imputación en los términos del artículo 210 del CP.

En relación a la pena de reclusión perpetua impuesta a Claudio Núñez, sostuvo que vulnera los principios de humanización que consagran las normas internacionales de orden superior.

Se agravió de la no aplicación de la reducción prevista en el artículo 4 de la ley 22.278 y de la visión retributiva que caracterizó la decisión de los jueces al negar la posibilidad de que el menor pudiera mostrar progresos en el tratamiento tutelar.

Alegó que *"en el fallo se dio por sentada la no recuperación del menor, pese a que merituaron la inmadurez propia de la edad y las demás circunstancias emergentes del expediente tuitivo en la graduación de la pena" (fs. 931)*.

Finalmente, expresó que la sanción impuesta resulta excesiva y carente de fundamentación.

Hizo reserva del caso federal.

b. Análisis de la sentencia

Para un ordenado tratamiento de las cuestiones introducidas, en primer lugar, se analizarán los agravios sobre la arbitraria valoración de la prueba introducidos en los recursos de casación de las defensas de Claudio David

Núñez y Lucas Matías Mendoza. Para ello, se examinarán los hechos por separado en relación a las conductas atribuidas a cada uno los nombrados -según corresponda-, y luego se efectuarán consideraciones de orden general en relación a la fundamentación de la sentencia impugnada.

En un segundo acápite, se examinarán las objeciones vinculadas con las penas impuestas, de acuerdo a los agravios introducidos -tanto por vía casatoria como de inconstitucionalidad- por las defensoras y las Defensorías Públicas de Menores.

1. Hecho referente a la causa 972 ocurrido el día 3 de octubre de 1996

El Tribunal tuvo por probado que el día 3 de octubre de 1996, siendo aproximadamente las 20:50 horas, los imputados Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza junto con el fallecido Rosendo Esteban Barroso y otro sujeto no individualizado, ocasionaron la muerte de Ricardo Luis Gazzia en la finca ubicada en Onésimo Leguizamón 7159 de esta ciudad. Tal suceso tuvo lugar cuando la víctima, junto con su esposa Susana Virginia Ruso y su hijo Julián Esteban ingresaban a su vivienda, momento en el cual tres de los cuatro sujetos se les aproximaron y los intimidaron con armas. Uno de ellos, que portaba un arma de fuego, se introdujo en la finca luego de forcejear con la esposa de la víctima y mediante amenazas la obligó a salir al jardín existente en la parte delantera de la propiedad junto con su hija María Gabriela Gazzia, lugar en el que se encontraban los otros dos sujetos junto con Ricardo Luis Gazzia y su hijo de seis años de edad Julián Esteban. Mientras tanto, el cuarto sujeto circulaba por Onésimo Leguizamón conduciendo un Peugeot 504 blanco que presentaba una abolladura en el guardabarros delantero izquierdo. En ese momento, uno de los agresores manifestó "a éste lo ponemos", luego de lo cual otro de ellos efectuó un disparo con el arma que portaba,

cuya bala impactó en la cara lateral izquierda del cuello de Gazzia, tras lo cual se dieron a la fuga en el vehículo mencionado. Con posterioridad se hizo presente en el lugar personal policial que procedió al secuestro de un proyectil blindado deformado y un vaina servida con la inscripción auto MRP calibre 45.

También se tuvo por demostrado que en la misma fecha y siendo las 22.30 horas aproximadamente, los mismos imputados Claudio David Nuñez y Lucas Matías Mendoza, junto a otros dos sujetos no individualizados, intimando con armas de fuego, se apoderaron de una videocasetera, cien compact discs, una billetera con un DNI, CI y tarjetas de crédito propiedad de Andrea Verónica Contreras y una billetera propiedad de Nicolás Ávalos con DNI, CI, dos estéreos Philco y un vehículo VW Gol dominio AVP 162, color verde propiedad de Ávalos. Para lograr su cometido, se dirigieron hacia la vivienda ubicada en la calle Montiel 3036 de esta ciudad a bordo del Peugeot 504 blanco, dominio ADB 406 que abandonaron en el lugar, del cual descendieron tres de los cuatro sujetos, quienes intimidaron con sus armas a Gustavo Leandro Ávalos y Andrea Verónica Contreras, obligándolos a ingresar a la finca mencionada, lugar en el cual le exigieron a Carmen Lucía Lagresta la entrega de dinero. Al responder que no lo tenía, le manifestaron que matarían a todos si lo hallaban, luego de lo cual se apoderaron de los efectos descriptos, huyendo del lugar en el vehículo de Ávalos. (ver fs. 821 y 822).

Los jueces consideraron que "ha quedado fehacientemente acreditada la participación de ambos en los dos hechos perpetrados el 3 de octubre de 1996 (...) En el primer suceso, acaecido aproximadamente a las 21:00 horas, tomaron parte cuatro sujetos que se desplazaban en un Peugeot color blanco, de los cuales, uno permaneció en el rodado que se acercó a la puerta de la casa de los Gazzia, cuando el hecho estaba por culminar, el que no fue individualizado, aunque al respecto la esposa de la víctima lo describió como una persona alta y de pelo corto por lo que pudo apreciar al

observalo sentado al volante, pero sin verle el rostro (...) los tres restantes entraron al domicilio, de la manera que relatara la Sra. Russo de Gazzia, eso es, el primero, que la persiguió luego de que abriera el portón del garaje, hasta la puerta de entrada propiamente dicha, es decir de la parte edificada, donde se trabó en lucha con el delincuente, el que finalmente pudo entrar, en tanto los otros dos permanecían afuera en la entrada al garaje y en el jardín amenazando a su esposo e hijo. Al advertir la nombrada Russo que (...) habían quedado afuera a merced de los ladrones, salió nuevamente junto con su hija María Gabriela que estaba en el interior de la vivienda, seguidos por el delincuente que al notar que el Sr. Gazzia gritaba, le disparó en la nuca, huyendo los tres del lugar en el auto descripto"

Y que "sobre la base de las declaraciones recibidas en el debate y los reconocimientos incorporados por lectura al mismo, no parece que puedan existir dudas acerca de la intervención de estos dos acusados, uno de los cuales, Claudio Núñez, fue reconocido en rueda de personas por ambas mujeres -fs. 285 y 287-, en tanto el otro -Mendoza- fue reconocido por la Sra. de Gazzia en la rueda respectiva -fs. 285- reconocimientos ratificados en la audiencia de debate, a los que cabe agregar los reconocimientos fotográficos de fs. 197 y 201" (fs. 862)

Además, los jueces sostuvieron que "obra como hilo conductor que confirma la prueba reseñada y lleva de la mano al segundo episodio, ocurrido una hora y media después, la utilización por los malvivientes del mismo rodado, esto es, el Peugeot Blanco patente AOB 406 que le fuera robado a Javier Arboix Dulcet -fs. 88- en el Gran Buenos Aires, abandonado tras el asalto en la calle Montiel y que fue reconocido por María Gabriela Gazzia -fs. 281- y por su madre Susana Virginia Russo -fs. 282- como el vehículo en el cual huyeran los asesinos de Gazzia, reconocimiento indubitable, habida cuenta del detalle de la abolladura en el guardabarros

delantero izquierdo visto por la Sra. Russo y que puede apreciarse a simple vista en las fotografías de fs. 65 y 103, comprobado pericialmente a fs. 64 vta. y 104 " (fs. 862vta.)

En relación al hecho ocurrido en la calle Montiel, el Tribunal consideró especialmente las características del rodado (que fue abandonado y que había sido el mismo con el cual huyeron tras dar muerte a Gazzia una hora antes); el inequívoco dato de que uno de los autores era rubio con ojos claros (se trataría de Mendoza), que fue reconocido en el primer hecho; el similar *modus operandi* evidenciado y los rasgos fisonómicos aportados que demuestran la presencia de Claudio Núñez en ese último domicilio.

Sobre las críticas esbozadas por las defensas en cuanto a la falta de seguridad en los reconocimientos y las divergencias en punto al concreto rol que cumplió cada uno de los autores, considero que el análisis conjunto de la prueba reunida permite tener por acreditada la ocurrencia de los sucesos juzgados y el grado de participación que en ellos cupo a los encausados, independientemente de las circunstancias marcadas.

Al respecto, nótese que las objeciones de la defensa se refieren a los dichos de la testigo cuando luego de reconocer al imputado expresó que el día del hecho tenía el pelo más corto (fs. 285).

Tal extremo no puede servir como fundamento para derribar el cargoso cuadro probatorio analizado por el Tribunal, máxime cuando dos testigos presenciales reconocieron a los imputados.

Las diversas pruebas analizadas por el Tribunal (declaración detallada de las víctimas, reconocimientos de los imputados en rueda de personas, por fotografías y en la audiencia de debate y la sindicación del automóvil abandonado en el hecho ocurrido a las pocas horas) permiten tener por acreditada con el grado de certeza requerido para un pronunciamiento condenatorio, la materialidad de los hechos y la participación que en ellos tuvieron los imputados, sin que las críticas formuladas por la defensa logren conmovér lo

resuelto como acto jurisdiccional válido, de acuerdo a las consideraciones precedentemente expuestas.

En lo que se refiere al hecho ocurrido en la calle Montiel, si bien la defensa pretende relativizar la contundencia de los elementos valorados por no existir un reconocimiento positivo de parte de las víctimas, lo cierto es que la sentencia se encuentra lo suficientemente motivada.

En relación a esta cuestión, observo que las recurrentes intentan restar fuerza convictiva a los indicios analizados por el Tribunal, bajo el argumento de que no fueron acompañados por otros medios de prueba, sin explicar por qué razón resultaban insuficientes para llegar a la condena de sus defendidos, sobre todo si se los considera como elementos que, tomados en su conjunto, afirman la responsabilidad de los imputados.

En el caso, se corroboró la existencia de una cadena de indicios -rendidos durante el debate- que demuestran, a través de las reglas de la experiencia, que los magistrados efectuaron una operación mental mediante la cual infirieron la autoría del nombrado en el suceso investigado (Cfr., al respecto, Parra Quijano, Jairo: *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*, tomo IV, 3ra. edición, Ediciones Librería del Profesional, Santa fe de Bogotá, 1997, p. 21).

Nótese, que los jueces consideraron especialmente las circunstancias que rodearon el hecho vinculadas con el vehículo utilizado, la cantidad de personas involucradas, la inmediatez respecto del suceso anterior, las características del hecho en cuanto a la agresividad y violencia desplegada y ciertos datos significativos en cuanto a la vestimenta y rasgos fisonómicos de los autores, extremos que justifican convalidar la decisión impugnada.

El fallo se encuentra apoyado en consideraciones referentes a razones de carácter objetivo que pudieron informar esa convicción, satisfaciendo el concepto de

sentencia como forma sustancial del juicio (en igual sentido fue resuelto por la Sala III en la causa nro. 181, "Sasson Attie, Raúl s/ rec. de casación", rta. 17/11/94).

Finalmente, esta concatenación de prueba que permitió reprochar al encartado la responsabilidad penal por el hecho fue efectuada con razonabilidad y de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, pues se analizaron y contrapusieron las pruebas, los descargos y las acusaciones. Tampoco se observa una valoración fragmentada o aislada de los elementos de juicio, ni se ha incurrido en omisiones o falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la solución del litigio, extremo que sella la suerte de las objeciones formuladas por los recurrentes.

2. Hecho referente a la causa 937 ocurrido el día 1 de noviembre de 1996

El Tribunal tuvo por probado que el día 1º de noviembre de 1996 siendo aproximadamente las 21:10 horas, Claudio David Núñez y otros sujetos aún no individualizados, dieron muerte a Fernando Nahuel Silva en momentos en que intentaban apoderarse del rodado de su propiedad, marca Fiat Duna, dominio RQG-751. Ello ocurrió cuando la víctima se aprestaba a ingresar a su vivienda, sita en Tinogasta 4796 de esta ciudad, circunstancia aprovechada por el imputado Núñez para entrar a la finca munido de un arma de fuego, oportunidad en la cual comenzó a discutir con el damnificado, quien le manifestó a su esposa Mirta Isabel Domínguez que ingresara a su casa y llamara a la policía. En tanto los imputados ascendieron al rodado de Silva y se fugaron del lugar, deteniéndose a unos pocos metros, producto del sistema de corte de suministro de combustible que poseía. Tal situación provocó que descendieran y regresaran hacia donde se hallaba Silva, efectuándole un disparo de arma de fuego (calibre 9x 19mm) en su cabeza, mientras uno de los sujetos le decía "ahora te mato, hijo de puta". Luego de ello, se dieron a la fuga hacia la intersección de las calles Benito Juárez y Chumbichas, lugar en el cual emprendieron su huida

en un automóvil marca Ford Taunus que allí se encontraba.
 (fs. 826 y 827)

Para tener por acreditada la participación de Núñez en el hecho, los jueces valoraron especialmente el testimonio prestado por la Sra. Domínguez quien dijo haber visto cara a cara al autor del hecho, brindando una detallada descripción de lo ocurrido

Pero además, la testigo reconoció al nombrado en la diligencia de reconocimiento fotográfico de fs. 173/185 y luego en la rueda de personas realizada en sede judicial (fs. 249), que posteriormente ratificó en la audiencia de debate.

En lo que se refiere a los argumentos de la defensa vinculados con que el imputado estaba internado en el hogar "Alborada" a la fecha de los hechos, el Tribunal descartó esta versión mediante el testimonio recogido durante el debate por Ernesto Carlos Alberto Muller, director de dicho lugar, quien afirmó que la institución tiene un régimen abierto; que las puertas durante el día se encuentran abiertas y que se trata de "una casa de familia".

Por ello, los jueces puntualizaron que "la internación para aquélla época de Núñez cuyo régimen de permanencia y salida no se halla fehaciemente acreditada, como tampoco su egreso del establecimiento, como el mismo Director lo admitiera al decir que no está registrado en ninguna parte porque fue el resultado de un acuerdo con su madre para que el chico empezara a retornar a su hogar, lo cual resulta verdaderamente incomprensible, si se tiene en cuenta que allí estaba por orden judicial y nada menos que por haber matado a su padre en calidad de inimputable" (fs. 864 vta.).

Este análisis permite descartar la versión ensayada por el imputado, máxime de tener presente el indubitable resultado de los sucesivos reconocimientos efectuados por la Sra. Domínguez, esposa de la víctima del hecho. Los jueces también valoraron la declaración de la nombrada en cuanto a

que en el hecho participaron cuatro sujetos que huyeron tras el disparo (lo cual también demuestra la identidad de intervinientes y de *modus operandi* empleado).

También tuvieron en cuenta las declaraciones de los vecinos de la zona que refuerzan el testimonio de aquélla en lo atinente a la presencia de un rodado marca Taunus en la zona en el cual se desplazaban los imputados (ver relatos de Elba Pavón Salinas y Marcela Alejandra Cena), la existencia de gritos de la esposa de Silva; la huida del domicilio a bordo del rodado; la detención del mismo; la detonación de un disparo de arma de fuego y el ascenso a otro vehículo para fugarse (declaración de Guillermo Claudio Fernández).

Desde otro punto de vista, respecto de los cuestionamientos expuestos por la defensa en lo atinente a la exhibición de vistas fotográficas antes de practicarse las ruedas de reconocimiento, he de señalar que en las particulares circunstancias verificadas en la causa en las que se llevó a cabo el muestreo fotográfico, mediante el cual la testigo marcó espontáneamente al nombrado como el autor del hecho juzgado, entiendo que la diligencia no merece ser sancionada con nulidad. En torno a los principios que rigen la materia, me remito en honor a la brevedad, *mutatis mutandi*, a las reflexiones esbozadas en la causa n° 7529, "Soria, Mariana Priscilla s/rec. de casación", reg. n° 291/07 de la Sala III, de fecha 30 de abril de 2007, cuyos postulados cobran vocación aplicativa a este supuesto.

Las diversas pruebas analizadas por el Tribunal (declaración detallada de Domínguez en la que expresó haber visto al imputado "cara a cara"; el reconocimiento en rueda de personas, por fotografías y en la audiencia de debate y las versiones concordantes de los testigos) permiten tener por acreditada con el grado de certeza requerido para un pronunciamiento condenatorio, la materialidad del hecho y la participación que tuvo el imputado, sin que las críticas formuladas por la defensa logren conmovier lo resuelto como acto jurisdiccional válido, de acuerdo a lo precedentemente

expuesto.

3. Hecho referente a la causa 838 ocurrido el día 16 de noviembre de 1996

El Tribunal tuvo por acreditado que el día 16 de noviembre de 1996, siendo aproximadamente las 22.45 horas, Dante Núñez y Lucas Matías Mendoza en compañía de otros cuatro sujetos aún no individualizados, se apoderaron de distintos elementos (cuya descripción obra en el requerimiento de elevación respectivo). Para lograr su cometido, ingresaron a la finca ubicada en Saladillo 1507, Depto "I" de esta ciudad, propiedad de Carlos Oscar Moreno y Andrea Fabiana Berisso, a quienes intimidaron con armas de fuego cuando entraban en su domicilio. Luego de ello, los obligaron a arrojarse al piso, los despojaron de sus bienes y los encerraron en el baño de la vivienda y se dieron a la fuga en el rodado marca Peugeot 306 dominio AWW 737 color celeste propiedad de Moreno que fue hallado días después en Ciudadela Norte, Provincia de Buenos Aires.

Ahora bien, los jueces valoraron el detallado relato de Berisso, quien dio cuenta de la ocurrencia de los hechos y reconoció a Lucas Matías Mendoza en rueda de personas, al igual que Moreno, quien también lo sindicó como uno de los autores del hecho.

Puntualmente, el Tribunal consideró que "Andrea Fabiana Berisso (...) afirmó que pudo observar a los asaltantes -que eran seis- dado que la hicieron colocar de rodillas pudiendo ver lo que ocurría, al punto de brindar una descripción bastante detallada y precisa de sus vestimentas y fisonomías. Su impactante relato sobre el comportamiento de los delincuentes, con un singular despliegue de violencia, disputándose las prendas que habrían de llevarse, al tiempo que proferían continuas amenazas, llegando a gatillar el arma sobre la cabeza de su esposo en dos oportunidades, al no poder éste satisfacer la exigencia de dinero..."(fs. 865)

En relación al relato de Moreno, destacaron que se lo obligó a tirarse al piso y que sufrió un intento de ser baleado, no obstante lo cual coincidió en los aspectos esenciales del episodio vivido con su esposa (fs. 865)

Los jueces también tuvieron en cuenta el hallazgo - dos días después- del vehículo sustraído a Moreno en "Fuerte Apache", lugar en el que vivían los imputados y donde también habían sido abandonados otros vehículos robados (fs. 865).

Sobre este hecho, las alegaciones de la defensa de Mendoza no logran siquiera conmover el contundente cuadro cargoso analizado por el Tribunal. En efecto, la defensora cuestionó la posibilidad de que Moreno reconociera a los autores del hecho pues había sido obligado a permanecer boca abajo. Al respecto, he de destacar que el testigo relató que tuvo la oportunidad de tener una aproximación visual con sus agresores en el momento en que lo abordaron y lo obligaron a ingresar a su domicilio, pero además, señaló que -mientras estuvo en el piso- levantó su cabeza. Finalmente, el testigo expresó que antes de que los asaltantes se fueran de su casa, los llevaron al baño, ocasión en que pudo verles el rostro. (ver fs. 830/831). Estas circunstancias -expresamente indicadas por Moreno- refutan las alegaciones defensasistas que pretenden relativizar la capacidad del testigo de reconocerlos.

Por otra parte, la defensa alega que, como la testigo Berisso dijo haber cometido un error en una de las ruedas de reconocimiento realizadas respecto de otro imputado, también pudo haberse equivocado al identificar a Mendoza. Considero que esta argumentación carece de todo asidero pues no se han indicado motivos concretos en relación a la rueda en que participó Mendoza que pudieran generar dudas sobre los alcances de la identificación practicada por la testigo, sin que los errores ocurridos en otro acto puedan proyectarse -sin más- hacia la validez de esta diligencia.

Los diversos elementos de prueba valorados por el Tribunal (declaración detallada y coincidente de las víctimas Moreno y Berisso; los reconocimientos efectuados por ambos en

rueda de personas y el hallazgo del vehículo en el lugar donde viven los imputados -Besares y Moreno, Ciudadela Norte, conocido como "Fuerte Apache"-), indican que la responsabilidad penal por el hecho y la participación en el mismo, fue efectuada con razonabilidad y de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, pues se analizaron adecuadamente las pruebas, extremo que sella la suerte de las objeciones formuladas por el recurrente.

4. Hecho referente a la causa 1069 ocurrido el día 8 de diciembre de 1996

El Tribunal tuvo por probado que el día 8 de diciembre de 1996, siendo aproximadamente las 22.30 horas, los imputados Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza junto al fallecido Rosendo Barroso y un cuarto sujeto no individualizado, se apoderaron de una pulsera de oro blanco gruesa, tres anillos de oro, uno con rubí, dos pares de aros de oro, la suma de \$140 en efectivo, ocho parlantes nuevos de 600 watts, una consola de luces Leap, otra consola Drusmer Amad Gate DS 404 con entradas y llaves varias, una sierra Black & White, una cortadora con base de carbono Hitachi de treinta centímetros, un radio despertador Phillips, una campera de antílope, un maletín con papeles varios y un talonario de facturas B con estatuto original de SA de CV Audio, propiedad de Carlos Raúl Luguercio y Andrea Fabiana Pittella. Para lograrlo, ingresaron a la vivienda ubicada en la Av. Gral. Paz 11.346 (al que habían llegado en un rodado marca Renault 19 color gris) munidos de armas de fuego, con las cuales amenazaron a Luguercio que se hallaba en el jardín. Luego de ello, Mendoza que llevaba una pistola, junto con otros dos asaltantes también con armas de fuego y una navaja, ingresaron a la finca donde en esos momentos se encontraba Andrea Fabiana Pittella, dirigiéndose los dos sujetos a la parte superior de la casa donde se hallaban sus hijos menores a quienes también intimidaron, lugar en el cual

se apoderaron de algunos de los elementos descriptos. Mientras tanto, el restante agresor permanecía con los demás integrantes de la familia en la planta baja a quienes les exigía la entrega del dinero "porque a los de arriba los matarían". Luego, uno de los autores llevó a Pittella a la planta alta, en tanto su consorte condujo a Luguercio hacia la cocina en busca de su billetera, lugar donde lo hizo acostar en el piso y le preguntó si era policía, provocándole un corte en la mejilla. Al salir de la finca, hallaron al agente de la Policía Federal Miguel Ángel Rojas, uniformado, a quien le efectuaron varios disparos de armas que impactaron en diferentes partes de su cuerpo, provocándole la muerte. Acto seguido, se apoderaron de la pistola calibre 9 mm propiedad del agente Rojas, fugándose todos en el vehículo marca Renault 19 en el que habían llegado en dirección hacia el Riachuelo.

La participación de los autores, se tuvo por demostrada a partir de los dichos del matrimonio Luguercio, quienes dieron cuenta de la ocurrencia de los hechos y la descripción de los imputados. Además, se recabaron los relatos de Olga Rufina Suárez de González y su hija, Jimena Inés González Ruiz, a quienes se les sustrajera el vehículo mencionado, una hora antes de los acontecimientos en el domicilio de la familia Luguercio.

Andrea Fabiana Pitella pudo reconocer en fotografías a Lucas Matías Mendoza, mientras que Carlos Raúl Luguercio, sindicó a Claudio David Núñez como quien conducía el rodado.

En ese orden, el Tribunal valoró que "a ello se añaden los reconocimientos en rueda de personas -fs. 407 y 408- donde resultan sindicados como los ladrones que luego de salir asesinaran al agente Rojas, Claudio David Núñez, quien manejaba el auto y Lucas Matías Mendoza, descripto por la mujer como la persona que entrara en segundo término, subiera al cuarto de sus hijos y buscara joyas" (fs. 866)

Pero además, se tuvo especialmente en cuenta el resultado de la pericia papiloscópica que determinó que las

huellas halladas en el domicilio de la familia damnificada pertenecían a Mendoza.

En este estado de cosas, las observaciones marcadas por la recurrente en cuanto a las alegadas diferentes tonalidades de cabello ("rubiecito" según Pitella cuando en realidad sería castaño, de acuerdo a la defensora), no logran conmover la contundencia de la prueba reunida en términos de que logró acreditarse (mediante reconocimientos positivos en rueda y la existencia de huellas dactilares de Mendoza) que efectivamente estuvo en la casa donde ocurrieron los hechos, extremo que sella la suerte de las objeciones formuladas.

En lo que se refiere a las críticas de la defensa en torno del reconocimiento practicado por Luguercio respecto de Núñez, el Tribunal dio suficiente respuesta a esta cuestión al puntualizar que "tampoco que quien manejaba el auto tuviese o no gorrita es un dato relevante, aspecto destacado por la defensa de Núñez, sugiriendo que, en realidad el chofer era el apodado 'Cuni', habitual conductor de los autos expoliados por la banda, porque tal gorrita no impide ver el color y el largo del cabello; porque Luguercio reconoció a Claudio Núñez como el que manejaba, y finalmente porque dentro de la casa se encontraron huellas dactilares de 'Cuni', con lo cual pareciera que ese día el rol de chofer había pasado al menor de los Núñez" (fs. 866 vta.)

Las observaciones que marcan las respectivas defensas, sólo se refieren a divergencias insustanciales de los relatos que no logran modificar la contundencia de pruebas tales como el reconocimientos directo de los imputados y la existencia de sus huellas dactilares en el lugar de los hechos.

En suma, las numerosas pruebas analizadas por el Tribunal (declaraciones detalladas de Luguercio y Pitella; reconocimientos por foto y en rueda de personas; las versiones concordantes de las testigos en punto al vehículo previamente sustraído y el resultado de la pericia

papiloscópica que determinó la presencia de Mendoza en el lugar de los hechos) permiten tener por acreditada con el grado de certeza requerido para un pronunciamiento condenatorio, la materialidad de los hechos y la participación que tuvieron los imputados, sin que las críticas formuladas por la defensa logren conmovir lo resuelto como acto jurisdiccional válido.

5. Hecho referente a la causa 851 ocurrido el día 2 de enero de 1997

A través de las pruebas producidas en la audiencia, el Tribunal tuvo por cierto que el día 2 de enero de 1997, siendo aproximadamente las 21.30 horas, los imputados junto al fallecido Rosendo Barroso y un quinto sujeto no individualizado, se desplazaban a bordo del automóvil marca Ford Escort color gris con el cual interceptaron a Ulises Guillermo Strafaccio cuando se disponía a guardar su rodado marca Renault 9, dominio APD 942 y Renault Twingo dominio SGL 753 en el garaje de su domicilio sito en Molina 1624 de esta ciudad. Acto seguido, dos de los asaltantes se aproximaron a la víctima esgrimiendo armas de fuego, indicándole que se introdujera en el garaje, lugar en el que se hallaba Nora Alonso, Juan Ignacio Brienzo, Uriel Strafaccio y Nora García. Luego de ello, ingresaron otros dos asaltantes portando también armas de fuego, mientras el quinto permaneció en la puerta. Seguidamente, obligaron a toda la familia a trasladarse al dormitorio de Uriel Strafaccio y les exigieron la entrega de efectos de valor, apoderándose de una cadena de oro con medalla del mismo metal, un anillo de oro, cien pesos y un reloj marca "Citizen" pertenecientes a Ulises Strafaccio, un reloj de oro y plata de origen alemán a Nora Alonso y tres relojes del dormitorio. Luego de ello, tres de los agresores, obligaron a Ulises Strafaccio a salir al patio de la vivienda mientras el otro se quedaba en el dormitorio con el resto de la familia. En aquel lugar comenzaron a golpearlo con las empuñaduras de las armas en su cabeza y a darle patadas una vez que cayó al piso, mientras le decían

"dame la plata porque si no, mato a tu mujer delante de los pibes y después vengo y te mato a vos, hijo de puta". Ante ello, la víctima se dirigió a su dormitorio donde les entregó alhajas, dos mil quinientos pesos, anillos de bijouterie y otros elementos, mientras uno de los ladrones le decía "dame la plata, hijo de puta, te mato" y lo continuaba golpeando. En ese instante, ingresó al dormitorio Alonso, quien entregó los bienes detallados, recibiendo una patada en la espalda. Con todo el botín y al haber escuchado la bocina del rodado de Strafaccio y los gritos de su otro consorte desde el exterior que les decía "boludo, Lucas, vamos, vamos" se fugaron del lugar, sustrayendo además una video filmadora marca JVC, vestimenta de mujer, alhajas y el rodado marca Renault 9.

Los jueces concluyeron en la responsabilidad de los tres imputados a partir de los dichos del testigo Ulises Strafaccio quien dio cuenta de lo sucedido y señaló que uno de sus agresores se llamaba "Lucas", circunstancia que también fue señalada por Nora Rosa Alonso, Juan Ignacio Brienzo, y Nora Graciela García. Si bien el nombrado no fue reconocido en rueda de personas, el Tribunal construyó fundadamente a través de indicios su participación en el hecho.

En efecto, los jueces valoraron que los testigos afirmaron que uno de los agresores se llamaba "Lucas". Complementariamente, se tuvo en cuenta que dos horas después de cometido este hecho, se produjo otro de similares características en el cual Lucas Mendoza sí fue reconocido (por el testigo Teló). Pero además, en este segundo suceso (investigado en la causa 839 que será analizado a continuación), los imputados arribaron a bordo del rodado previamente sustraído a Strafaccio.

Así pues, mediante el análisis conjunto de estos indicios (hechos de similares características, proximidad temporal entre uno y otro, reconocimiento de Mendoza en el

segundo evento, utilización del mismo rodado previamente sustraído y la circunstancia de que el nombrado fue aludido como "Lucas" durante el primer evento), constituyen pautas contundentes que han permitido al Tribunal construir fundadamente la participación del imputado en el suceso reprochado.

Además, los jueces señalaron que "vale también a los efectos de la prueba, el hallazgo del rodado sustraído el 8 de enero de 1997 en la zona del denominado 'Fuerte Apache' donde fueran hallados otros vehículos expoliados por esta banda conteniendo en este caso efectos sustraídos en un hecho cometido en la fincha del Gran Buenos Aires el día anterior, en la cual se hallan involucrados integrantes de la misma y en cuyo desarrollo fue asesinado Cristo Gómez. También fue encontrado en su interior un pedal perteneciente a un ciclomotor robado a la familia Teló" (fs. 867vta.)

En lo que se refiere a la intervención de los hermanos Núñez, la misma quedó acreditada a través del testimonio de Strafaccio quien los reconoció en rueda de personas, todo lo cual sella la suerte de las objeciones formuladas por las recurrentes.

En este orden, la defensa pretende relativizar la contundencia de los dichos del testigo en cuanto señaló que "creía estar seguro" respecto del reconocimiento de Claudio Núñez. Esta argumentación, lejos de abonar la versión exculpatoria, la rebate pues está claro que el testigo se expresó con seguridad al respecto, aun cuando dijo que "creía" estarlo, máxime cuando no se han indicado otras circunstancias de entidad (más allá de los aspectos meramente terminológicos) que permitan cuestionar la verosimilitud de su aserción.

Los contundentes elementos de prueba valorados por el Tribunal (declaración detallada de Strafaccio; el reconocimiento de los hermanos Núñez en rueda de personas, la indicación de una persona de nombre "Lucas" según varios testigos; el reconocimiento de Mendoza en el hecho cometido pocas horas después, la utilización del mismo rodado, y el

hallazgo del pedalín del ciclomotor sustraído a Teló), indican que la responsabilidad penal por el hecho fue efectuada con razonabilidad.

6. Hecho referente a la causa 839 ocurrido el día 2 de enero de 1997

El Tribunal tuvo por probado que el día 2 de enero de 1997, siendo aproximadamente las 23.30 horas los imputados en compañía del fallecido Barroso, se apoderaron de una motocicleta marca Honda dominio 465 BGZ color rojo, una pistola semiautomática marca "Rugger", modelo P 85, calibre 9 mm, nro. 30079246; dos pistolas semiautomáticas marca "Browning" modelo "BOA", calibre 3.80 nros. 01633 y 01339; un revólver de doble acción marca "Smith & Wesson" modelo "Magnum", calibre 357 nro. 11.623, una pistola marca "Rexio" modelo Super 152 de dos caños, calibre 14 nro. 2758; ochocientos proyectiles de distintos calibres; un juego de cubiertos de plata de ciento cuarenta piezas; alhajas varias (anillos, cadenas y dos relojes marca Rolex); mil doscientos dólares estadounidenses (uS\$ 1200); seiscientos pesos (\$600); una filmadora Panasonic, un DNI a nombre de Adriana Longobardi; una cámara fotográfica, seis tarjetas plásticas de la obra social "Cefran", una caja metálica conteniendo equipos de teleobjetivos de origen ruso y ropa, todo ello en la finca ubicada en la calle Chivilcoy 5057 de esta ciudad, propiedad de la familia Teló. Para lograrlo, arribaron al lugar en un Renault 9 azul, dominio AGD 942, sorprendiendo a su propietario Edgardo Amadeo Teló cuando se disponía a estacionar su automóvil. Previa intimidación con armas de fuego, lo obligaron a ingresar en el domicilio junto a su hijo Federico Antonio Amadeo, lugar en el que se encontraba el resto de la familia. Ya en el interior, le exigieron la entrega de dinero, ofreciendo la víctima las armas de fuego que poseía, sustrayendo los elementos detallados para luego darse a la fuga en el rodado Renault 9.

En relación a este suceso, los jueces valoraron la declaración de Edgardo Amadeo Teló. Al respecto, sostuvieron que el nombrado "no sólo ratificó y reprodujo sus certeras manifestaciones ante la instrucción, sino que señaló a cada uno de los imputados presentes en la audiencia, indicando el accionar que habían desplegado (...) poniendo el acento en la violencia desplegada por los mismos y la desaprensión de los delincuentes que apoyaban sus armas sobre la cabeza de los niños llegando a golpear a uno de ellos y amenazando al declarante con volarle un dedo de un balazo para sacarle el anillo. Es así como dijo que primero entró Dante, luego Mendoza y por último Claudio, que fue el que revelara mayor ferocidad en sus actitudes y amenazas" (fs. 868)

Y que "tales manifestaciones y reconocimiento reiterado y detallado en la audiencia se compaginan con los ya realizados en la instrucción a fs. 40 y 47, a lo que deben añadirse las declaraciones incorporadas por lectura de Adriana Beatriz Longobardi -fs. 35 y 110- y de Federico Antonio Teló -fs. 37 y 116- que coincidieron en líneas generales con los detalles aportados por el jefe de familia, reconociendo también a los causantes, con la excepción de Mendoza en el caso del último nombrado, lo cual de todos modos no empaña la abundante prueba de cargo" (fs. 868)

Los jueces también consideraron que en el auto de Strafaccio (víctima en la causa 851), se halló el pedalín del ciclomotor sustraído a la familia Teló (reconocido a fs. 116), extremo que termina de consolidar los argumentos referentes a la vinculación y proximidad de ambos hechos.

En cuanto a las objeciones que formula la defensa en punto a la previa exhibición del álbum fotográfico, he de remitirme a las consideraciones expuestas sobre este tópico en el hecho "2"; las cuales se tienen aquí por reproducidas.

Por otra parte, la defensa de Mendoza postula la ajenidad de su defendido señalando que la testigo Adriana Longobardi reconoció al nombrado pero con la salvedad de que veía su cabello distinto, es decir más largo y con rulitos. Además, citó el relato de la peluquera del imputado quien

refirió que a él le gustaba llevar el pelo corto.

Tales objeciones resultan insustanciales para conmovir la prueba de cargo valorada por el Tribunal, máxime cuando ambos testigos directos del hecho reconocieron a Mendoza y luego Teló brindó durante el debate una amplia descripción de lo sucedido en la que explicó el rol de cada uno de los causantes y ratificó los reconocimientos (ver fs. 840)

Por otra parte, la defensa de Núñez adujo que el Tribunal sólo tuvo por probada su autoría a partir de la vinculación con el hecho anterior. Esta afirmación, es inexacta pues si bien los jueces analizaron ambos hechos para mostrar su conexión, lo cierto es que la responsabilidad de Núñez quedó acreditada a partir de los dichos y reconocimientos de las víctimas Teló y Longobardi. En estas condiciones, la vinculación entre sucesos no es un elemento aislado que sostiene la imputación de esta causa (como pretende insinuar la defensa), sino que constituye una pauta más de valoración que refuerza las restantes pruebas.

Así también, la defensora cuestionó el reconocimiento de Núñez aduciendo que la actitud de Teló estaba teñida de subjetivismo por un deseo develado de encontrar a los culpables del hecho (ver fs. 925vta.).

Independientemente del fervor que pudo evidenciar el testigo durante el debate al señalar a los imputados (extremo que se encuentra fuera de este control casatorio por tratarse de una cuestión vinculada con la inmediación del juicio), observo que las afirmaciones de la defensa no contienen una crítica concreta y elaborada respecto del valor o alcances del reconocimiento que ameriten su descalificación.

Por todo ello, el análisis conjunto de las numerosas pruebas analizadas por el Tribunal (declaración detallada de Teló; los reconocimientos en rueda de personas y en la audiencia de los imputados con la expresa indicación

del rol que les cupo en el hecho; las versiones concordantes de Longobardi y Federico Teló y el reconocimiento del pedalín perteneciente al automotor sustraído) indican con el grado de certeza requerido para un pronunciamiento condenatorio, la materialidad de los hechos y la participación que tuvieron los imputados.

7. Hecho referente a la causa 833 ocurrido el día 7 de enero de 1997

El Tribunal tuvo por acreditado que el día 7 de enero de 1997, siendo aproximadamente las 21.00 horas los imputados Claudio David Núñez y Dante Núñez en compañía del fallecido Barroso y de otros dos sujetos no individualizados, los que instantes antes habían intentado ingresar con fines de robo a la casa de Sandra Mabel Paladini ubicada a escasos metros del lugar y venían de robar y dar muerte a pocas cuadras en la Provincia de Buenos Aires a Cristo Gómez, dieron muerte a Gerardo Gabriel Camacho Gamboa y Oscar Lucio Borda -presuntamente ante una reacción de éstos ante la inminencia del asalto- cuando se hallaban en el interior del vehículo Volkswagen Polo dominio BCM 994 color rojo, estacionado frente al nro. 13.503 de la Av. Gral. Paz. Ello sucedió en momentos en que los imputados se desplazaban en un Renault 9 dominio APD 942 y en proximidades de las Avenidas General Paz y Corrales descendió uno de los sujetos y luego de preguntarle a Elizabeth Gómez si se encontraban en la calle Lisandro de la Torre, ante la respuesta afirmativa de la nombrada, dicho sujeto se acercó nuevamente al rodado y se lo informó a sus compañeros, momento en el cual descendieron otros dos individuos del vehículo. Acto seguido y luego de intercambiar palabras con Gustavo Gabriel Erlan, a quien también habrían intentado asaltar, el cual se hallaba en un teléfono público existente en el lugar, se ubicaron frente al automóvil Volkswagen Polo rojo, comenzando a disparar con distintas armas de fuego de grueso calibre hacia las víctimas, accionando uno de ellos el arma hasta quedarse sin proyectiles, causándoles la muerte a Borda y a Camacho Gamboa

al ser "acribillados". Luego de referir dos de los imputados "ya son boleta, rajemos que viene la cana", ascendieron al Renault 9 emprendiendo la fuga con dirección al Riachuelo.

La materialidad del suceso se tuvo por probada a partir del testimonio de Elizabeth González, vecina de lugar, quien observó a uno de los agresores acercarse muy correctamente hacia el vehículo en el que se encontraban Camacho Gamboa y Borda y le preguntaron por la dirección en que se hallaban. Inmediatamente, pudo ver cómo esa persona y dos sujetos que lo acompañaban (que se bajaron de un VW Polo Rojo), descargaron sus armas sobre el auto rojo, para luego dejar la escena.

Así pues, los jueces señalaron que "esta testigo, reconoció a dos de los matadores en las ruedas de reconocimiento de fs. 397 y 398, diligencias que ratificó en la audiencia, resultando ser ellos los aquí imputados, reconocimientos que adquieren un indudable valor probatorio frente al relato formulado por la testigo revelador de su privilegiada posición de observadora, lo que reduce notablemente cualquier margen de error" (fs. 869).

Pero además, el Tribunal mencionó el reconocimiento que también efectuó la nombrada González al serle exhibido el "álbum de malvivientes", oportunidad en que sindicó a los hermanos Núñez, a Barroso y a "Cuni", como las personas a quien observó en día del hecho, precisando que Claudio Núñez disparó frente al automóvil, mientras Dante lo hacía parado hacia un costado del mismo.

También se valoró que, si bien los testigos Erlan, D'Addyego y Paladini no pudieron reconocer a los imputados en la ruedas de reconocimiento, sí brindaron versiones coincidentes con la de González en lo atinente al desarrollo del hecho y a la forma en que se realizaron los disparos contra las víctimas. Pero además, en el caso de Erlan, efectuó un reconocimiento fotográfico de Cuni y de Dante Núñez (fs. 253).

En esta misma dirección, los jueces merituaron que el rodado en que se desplazaban los imputados el 7 de enero de 1997 a las 21:00 había sido sustraído a Ulises Strafaccio el 2 de enero y, además con el mismo vehículo en esa misma fecha, se perpetró la agresión en perjuicio de la familia Teló, hechos en los cuales también se probó la intervención de los hermanos Núñez.

Y que "el mismo siete de enero, minutos antes al periplo por Av. De los Corrales y Gral. Paz, se había producido otro robo, del lado de la Provincia, en el que fue asesinado Cristo Gómez, resultando reconocido Dante Núñez como uno de los autores, hallándose luego, al día siguiente en el interior del Renault 19 de Strafaccio, efectos personales de la familia Gómez" (fs. 869vta.)

Del mismo modo, "se probó que doce vainas servidas secuestradas en el lugar de los hechos corresponden a proyectiles percutidos por la misma arma utilizada para matar a Cristo Gómez (fs. 572), como así también que la pistola "Pietro Beretta" secuestrada en ocasión del enfrentamiento en que fueron abatidos Barroso y Ormeño, fue con la que se efectuaron varios de los disparos producidos en este hecho (causa 833) -cfr. fs. 225/34 de la causa 851, pericia de fs. 420/449 de la causa 972 e informe actuarial de fs. 452 de la misma causa" (ver por todo, fs. 870).

En lo que se refiere a los agravios expuestos por la defensa de Núñez en punto a que la única prueba de cargo consiste en el reconocimiento efectuado por González (quien luego no pudo ratificarlo durante la audiencia), considero que el Tribunal ha dado suficiente respuesta a tales objeciones, pues valoró detalladamente un importante cúmulo de indicios (mismo *modus operandi*, versiones coincidentes de otros testigos, utilización del mismo rodado sustraído en otros hechos en los que también se probó su intervención, etc.) que dan sustento a la versión de la testigo y a los reconocimientos realizados durante la etapa de investigación.

Pero además, en lo concerniente a la imposibilidad de la testigo de reconocer a los agresores durante la

audiencia, los jueces consideraron especialmente el lapso de dos años transcurrido entre los hechos y la celebración del juicio, circunstancia que no puede ser sosyalada pues resulta de toda razonabilidad.

No puede perderse de vista que el reconocimiento en rueda de personas realizado por González en los momentos próximos al hecho, dio resultado positivo (fs. 397/398). En ese orden, durante la audiencia relató que "se acercó a la ventana ubicada en el segundo piso de su casa y observó que tres personas que se encontraban alrededor de un vehículo disparaban a éste para luego ascender al mismo rodado del que momentos antes había bajado el sujeto para preguntarle por las calles en las que se encontraban (...) A preguntas de la defensa dijo que pudo ver desde la ventana porque se trataba de un lugar luminoso y no hay árboles" (fs. 842), extremos que son demostrativos de su contundencia como testigo privilegiada de los hechos.

En suma, las numerosas pruebas analizadas por los jueces (declaración detallada de González; los reconocimientos por foto y en rueda de personas; las versiones concordantes de los testigos D'Addyego y Paladino en cuanto a la ocurrencia de los hechos y la utilización del rodado sustraído a Strafaccio y en el cual también se cometió el hecho que damnificó a Teló -que también reconocieron a los imputados-) permiten tener por acreditada con el grado de certeza requerido para un pronunciamiento condenatorio, la materialidad de los hechos y la participación que tuvo el imputado, sin que las críticas formuladas por la defensa logren conmover lo resuelto como acto jurisdiccional válido.

8. Hecho referente a la causa 910 ocurrido el día 9 de enero de 1997

El Tribunal tuvo por cierto que los aquí imputados y otro sujeto no individualizado, siendo aproximadamente las 22.00 horas se apoderaron de los efectos detallados en el

requerimiento de elevación a juicio de fs. 196/199 de la causa 910, para lo cual ingresaron en la finca sita en Benito Juárez 4486 de esta ciudad en el momento en que su propietario Héctor Alberto Estavanez, su mujer Graciela Núñez y el hijo de ambos Emiliano Estevanez se hallaban cenando en el comedor de la vivienda. Para lograr su cometido entraron dos de ellos por la ventana de la casa, luego de lo cual abrieron la puerta para el ingreso de los dos restantes y, portando armas de grueso calibre golpearon a Estevanez exigiéndole la entrega de dinero y efectos de valor, haciendo descender asimismo de la planta alta a la hija del matrimonio, Mariana Estevanez. Una vez con el botín, se dieron rápidamente a la fuga, previo golpear nuevamente a Estevanez huyendo en un automóvil marca Fiat Uno gris, dominio SFT 346 por la calle Benito Juárez en dirección hacia el sur.

Los jueces valoraron las declaraciones prestadas por los cuatro integrantes de la familia Estavanez que, en sentido concordante dieron un pormenorizado relato de los hechos que no contiene fisuras. Todos ellos coincidieron - cada uno desde la perspectiva que le tocó vivir- sobre el ingreso de sus agresores, la actitud que desplegaron, las amenazas proferidas, las lesiones causadas y, finalmente, la huída del domicilio con los objetos secuestrados (ver fs. 848 en adelante).

En lo que se refiere a la participación de los imputados en el hecho reprochado, Dante Núñez fue reconocido por toda la familia duante el debate (inclusive por Mariana Núñez que no lo había sindicado en las ruedas repectivas en la instrucción).

Claudio Núñez sí fue reconocido por la nombrada en rueda de reconocimiento, mientras que Héctor Estevanez lo sindicó durante la audiencia de juicio. En el caso de Mendoza, fue reconocido por el nombrado Estavanez en la rueda de fs. 108, si bien en la audiencia dijo no recordarlo.

Al respcto el Tribunal entendió que "habrá de tenerse por cierta su participación dado que los

reconocimientos operados en rueda y en la audiencia, conforman un cuadro probatorio armónico que no permite dudar del accionar desplegado en el domicilio de los Estevanez, junto con el llamado 'tuerto', claramente individualizado por las víctimas como uno de los que quedara abajo cuidándolos, mientras los demás se encargaban de saquear la casa, a lo que cabe añadir (...) el similar 'modus operandi' empleado" (fs. 871)

Y que "las alegaciones de las defensas no pueden prosperar, frente a tan contundente cuadro probatorio, siendo que los supuestos reconocimientos 'no tan certeros', lo han sido muy seguros y ratificados en la audiencia. Es más, Mariana Estevanez recordó a Dante Núñez inicialmente no reconocido y Mendoza, lo fue por Héctor Estavanez el cual inversamente, no lo recordó en la audiencia, todo lo cual en modo alguno enerva la prueba colectada que determina sin hesitación la intervención de estos encausados..." (fs. 871)

En efecto, el Tribunal dio respuesta a un planteo análogo al que la defensa introduce en su vía recursiva, atinente a la falta de certeza en los reconocimientos operados.

En esta dirección, la respuesta dada por el Tribunal resulta adecuada en términos de haber considerado especialmente que los integrantes de la familia damnificada - en distintas ocasiones durante el devenir del proceso- reconocieron a los imputados como los autores del hecho que los damnificó. En ese sentido, la circunstancia de que alguno de los testigos no hubiera reconocido a los causantes en determinada oportunidad, no modifica el hecho de que el resto de su grupo familiar sí lo hizo, tal como se argumentó en el fallo, extremo que permite descartar las alegaciones defensistas.

Por todo ello, las versiones concordantes de todos los testigos directos del suceso y el reconocimiento en rueda de personas y durante la audiencia de los imputados (ya

sea por uno u otro integrante de la familia Estevanez) constituye un cuadro sólido que ha sido analizado armónicamente por el Tribunal, quien además ha dado respuesta a todas las objeciones formuladas por la defensa, todo lo cual determina la convalidación del juicio de responsabilidad efectuado sobre este hecho en la sentencia.

Consideraciones de orden general

Ahora bien, no obstante todo lo expuesto en cuanto a cada hecho puntual, considero pertinente efectuar ciertas consideraciones de orden general en lo atinente a las críticas que formulan las defensas en punto a la valoración de las pruebas. Al respecto, resulta pertinente recordar que todo veredicto de condena, se debe cimentar en una multiplicidad de pruebas homogéneas, unívocas y unidireccionales que acrediten, con el grado de certeza necesario, tanto la recreación histórica de los acontecimientos, como la responsabilidad penal de los autores del hecho ilícito; extremo que, en los términos expuestos, se verifica en la especie.

En tal sentido, Ferrajoli considera que la previsión del Código Procesal Penal italiano, artículo 192, al prescribir *"una pluralidad de datos probatorios 'graves, precisos y concordantes' ha legalizado la necesidad epistemológica de una pluralidad de confirmaciones según el esquema del modus ponens"*. Y agrega que *"en segundo lugar, la previsión, en el mismo artículo 192, de la obligación del juez de 'dar cuenta de la motivación de los resultados adquiridos y de los criterios adoptados' equivale a la prescripción de que la motivación explicita todas las inferencias inductivas llevadas a cabo por el juez, además de los criterios pragmáticos y sintácticos por él adoptados, incluidos los de las contra pruebas y las refutaciones por modus tollens"* (Ferrajoli, Luigi, *"Derecho y razón: teoría del garantismo penal"*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 155).

Las defensoras de Núñez y Mendoza han pretendido cuestionar la fundamentación de la sentencia alegando que los

jueces realizaron un análisis conjunto de los hechos para sortear el déficit probatorio existente.

Muy por el contrario, observo que el Tribunal dedicó especial atención a la valoración independiente de cada suceso, analizando por separado las pruebas involucradas y su relación con la materialidad del hecho y la participación de los imputados, conforme se desprende del acápite anterior.

Pero además, por las características de los hechos involucrados, resultaba también adecuado efectuar un análisis superador de las particularidades de cada uno de ellos para examinar las notas generales observadas en cuanto a la cantidad de intervinientes, la proximidad temporal entre los hechos, el uso de vehículos comunes, el mismo *modus operandi*, etc.

Inversamente a cuanto plantea la defensa, advierto que los jueces dieron una adecuada fundamentación al caso, pues no analizaron de manera fragmentada y aislada las pruebas existentes.

En efecto, de la sentencia en crisis se advierte que el Tribunal merituó cada hecho reprochado, pero también hizo referencia a la interrelación entre los mismos, lo cual resultaba imprescindible pues precisamente, la acusación se sustenta en las similitudes que presentaban entre sí los hechos cometidos. A tal punto ello es así, que surgen coincidencias que determinan la existencia de un patrón común (grupo de entre tres y cinco jóvenes, a bordo de un vehículo, inicio de la agresión e ingreso al domicilio de las víctimas, uso de armas, sustracción de vehículos, violencia inusitada, etc.).

Al respecto, interesa señalar que los jueces puntualizaron y justificaron la necesidad de abordar el análisis de la prueba de manera conjunta, pues un estudio aislado conduciría a conclusiones engañosas o a suponer que el resultado de un reconocimiento no lo suficientemente

asertivo, podría enervar la restante prueba de cargo (ver fs. 860vta.)

A la luz de lo expuesto, considero que debe rechazarse el planteo que sobre este aspecto han efectuado las recurrentes pues el análisis conjunto de las consideraciones realizadas por el Tribunal -expuestas párrafos más arriba-, la precisión de los relatos recabados y de los reconocimientos positivos practicados (muchos de ellos ratificados durante el juicio), impiden concluir -como pretende la defensa- que los jueces no motivaron suficientemente la sentencia.

En ese orden, los argumentos del Tribunal se mantienen incólumes frente a los embates que dirigen las defensoras en cuanto a que los testigos no fueron certeros en sus reconocimientos, pues si bien en algunos casos, hubo dudas, lo cierto es que en los hechos de las causas 937, 838, 1069, 839, 833 y 910 existe -al menos- un reconocimiento positivo que además, ha sido complementado a través de prueba directa y del análisis de diversos indicios.

Si bien la intervención de los imputados en el caso de la calle Montiel (investigado en la causa 972) y en la causa 851 (sólo por Mendoza) no fueron demostradas mediante reconocimientos directos, lo cierto es que el Tribunal valoró de manera fundada su participación en esos sucesos a partir del análisis de indicios, tal como fue expuesto oportunamente.

En relación a esta cuestión, se advierte que los recurrentes pretende restar fuerza convictiva a los indicios analizados en el fallo, bajo el argumento de que no fueron acompañados por otros medios de prueba, sin explicar por qué razón resultaban insuficientes para llegar a la condena de su defendido, sobre todo si se los considera como elementos que, tomados en su conjunto, afirman la responsabilidad de Lucas Matías Mendoza y Claudio David Núñez.

Arribado este punto, interesa destacar que la declaración de culpabilidad -certeza- puede basarse tanto en las llamadas pruebas directas como en las indirectas, siempre

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14.087 -Sala II-
 C.F.C.P "Mendoza, César
 Alberto y otros s/ recurso
 de revisión"

que se trate de indicios que en su conjunto resulten unívocos y no anfibológicos, porque los primeros son en definitiva los que tienen aptitud lógica para sustentar una conclusión cierta (T.S.J. de Córdoba, Sala Penal, S. N_ 41, 27/12/84, "Ramírez"; S. N_ 32, 2/5/00, "Agreda"; S. N_ 42, 31/5/00, "Agüero").

La eficacia de la prueba indiciaria dependerá, en primer lugar, de que el hecho constitutivo del indicio esté fehacientemente acreditado; en segundo término, del grado de veracidad, objetivamente comprobable, en la enunciación general con la cual se relaciona con aquél; y, por último, de la corrección lógica del enlace entre ambos términos (Cafferatta Nores, José I.; *La prueba en el proceso penal. Con especial referencia a la ley 23.984*, 3a. Edición, Ed. Depalma, pág. 193).

En virtud de todo ello, considero que la sentencia en crisis -dadas las especiales alternativas constatadas en la causa-, contiene una adecuada fundamentación, en lo que atañe a la acreditación de la ocurrencia de los sucesos juzgados y al grado de participación que en ellos cupo a los encausados.

Sobre tales aspectos, la decisión no contiene fisuras de logicidad, y las conclusiones a las que allí se arriban -acerca de los tópicos apuntados-, constituyen la derivación necesaria y razonada de las constancias de la causa, contando con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena (*conf. causas n° 6892, "Toledo, Marcos s/rec. de casación", reg. n° 1128/06, de fecha 9 de octubre de 2005; n° 6907, "Calda, Cintia Laura s/rec. de casación", reg. n° 1583/06, rta. el 27 de diciembre de 2006, ambas de la Sala III, entre otras*), sin que las críticas que formula el recurrente logren conmover lo resuelto como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 398, 404 inc. 2°, 471 a *contrario sensu* del CPPN).

Finalmente, cabe referir que la casación encuentra

su límite de revisión en aquellos elementos de persuasión producidos con la inmediación durante el debate. Tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "*Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa*", causa n° 1681, del 20 de septiembre de 2005 "...el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable...", agregando que "...lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación...".

Por todo ello, entiendo que corresponde rechazar los planteos formulados por las defensas de Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza en lo que a los aspectos tratados se refiere.

Análisis de la sentencia en relación con los agravios introducidos en los recursos de casación e inconstitucionalidad deducidos por las defensas de Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza y por las Defensora Pública de Menores en orden a las penas de reclusión y prisión perpetuas impuestas, respectivamente, a los nombrados

Al examinar la situación de los menores, el Tribunal tuvo en cuenta la naturaleza, modalidad y consecuencias de las numerosas acciones incriminadas. También puntualizó "la inusual barbarie evidenciada por los causantes, que no satisfechos en algunos casos con haber saqueado una vivienda, asesinaban despiadadamente a sus ocupantes e intentaban a las pocas horas o minutos un nuevo hecho" (fs. 878 vta.)

Y que "el estilo de vida de esta banda, su ferocidad, desprecio por la vida ajena y carencia total de valores de sus componentes, no tiene precedentes y debe computarse a los efectos de graduar la pena, más cuando ellos han sido encontrados culpables de conformar una asociación ilícita. Debe valorarse el enorme daño causado, material y especialmente moral y psicológico a sus víctimas, llegando a asesinar al Sr. Gazzia delante de su hijo de siete años de

edad. El terror sembrado en cada una de sus incursiones, con constantes amenazas de muerte y apoyando armas en la cabeza de sus víctimas, incluso de niños (...) Pocas veces la máxima pena prevista en el Código Penal ha merecido mejor justificación que en este caso" (fs. 878vta.)

En relación a Claudio David Núñez, los jueces consideraron además como pautas desfavorables, el hecho de que superó a su hermano en la cantidad de homicidios agravados, el delito de asociación ilícita, la tenencia de arma de guerra y ocho robos a mano armada, dos de ellos tentados.

No obstante todo ello, el Tribunal consideró en su favor que al tiempo de cometer los hechos era menor de edad; que fue llevado por su hermano por la "senda delictiva"; que no registra otros antecedentes (a excepción de la causa formada por el homicidio de su padre en la cual fue declarado inimputable y que evidencia el pésimo ambiente familiar en que se forjó su personalidad) y que tuvo un buen comportamiento durante su internación en institutos de menores.

Por todo ello, se estimó justa la imposición de la pena de reclusión perpetua.

Respecto de Lucas Matías Mendoza, el Tribunal consideró que no respondió al tratamiento tutelar de la misma manera que Núñez dado que tuvo un intento de evasión y su comportamiento intramuros no fue el mejor (a excepción del último informe en el que mostró un moderado repunte) y el haber simulado un intento de suicidio para llamar la atención.

Los jueces también valoraron que "registra en su haber dos homicidios calificados, ocho robos a mano armada, uno de ellos en grado de tentativa, asociación ilícita y tenencia de arma de guerra" (ver fs. 880), a lo cual se sumó su influenciabilidad, falta de carácter, demás circunstancias ambientales y su condición de menor al tiempo de cometer los

hechos. Por todo ello, se le impuso la pena de prisión perpetua.

Ahora bien, a los fines de evitar reiteraciones, corresponde tener por reproducido en lo que a este punto se refiere, aquello cuanto se sostuvo en el punto VI del presente al analizar la imposición de penas a perpetuidad a adolescentes en relación a la situación de César Alberto Mendoza por tratarse de situaciones sustancialmente análogas.

Sólo he de puntualizar que también en este caso se advierte que los jueces han valorado diversas circunstancias atenuantes que no se han visto reflejadas en la pena finalmente impuesta. La arbitrariedad consiste en la imposibilidad de conocer de qué manera los magistrados arribaron a la imposición de una sanción a perpetuidad (teniendo la posibilidad de aplicar la escala reducida de la tentativa -art. 4, ley 22.278) cuando mencionaron diversos atenuantes.

De este modo, se detecta un error lógico, pues la conclusión no se deriva de las premisas planteadas, todo lo cual permite concluir que el decisorio resulta arbitrario (art. 404 inc. 2° del CPPN).

Por otra parte, y no obstante todo lo expuesto, en lo que se refiere a la pena de reclusión perpetua impuesta a Claudio David Núñez, interesa recordar el criterio sentado en las causas nro. 6237 caratulada "*Ibañez, Juan Marcelo s/ recurso de casación*", reg. nro. 1127/05 del 14/12/05 y 6441 "*Guedes, Juan Ramón s/ recurso de casación*", reg. Nro. 120/06, resuelta el 2 de marzo de 2006 de la Sala III.

Así las cosas, en el precedente "*Méndez, Nancy Noemí*", se sostuvo que resulta "*acertada (la) decisión del Tribunal Oral que corrigió el cómputo (...) dado que la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la ley 24660 de Ejecución Penal, puesto que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión...*". (Cfr. considerando 8).

A su vez, cabe destacar que la Convención Americana

sobre Derechos Humanos en su art. 5° y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes Hombre en su art. XXVI proscriben la imposición de penas crueles, inhumanas o degradantes.

En esa línea, Zaffaroni, Alagia y Slokar señalan que *"(l)a historia legislativa argentina conoció una pluralidad de penas privativas de libertad (presidio, penitenciaría, prisión y arresto), que en el código de 1921 quedaron reducidas a dos: reclusión y prisión. La reclusión cargaba con el resabio de la pena infamante, hoy expresamente prohibida en la Constitución (inc. 22 del art. 75, art. XXVI DADH)...la distinción entre prisión y reclusión fue suprimida en todos los proyectos posteriores a 1921..."*.

Concluyendo que *"...el proceso de unificación se oficializó con la derogación formal de la pena de reclusión, al establecerse su ejecución indiferenciada (ni más gravosa ni infamante, sino igual a la de prisión)...lo que constituye la partida de defunción legal de la reclusión como pena...por lo que corresponde considerar derogadas todas las disposiciones que hacen referencia a ella en el resto del código..."* (Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *"Manual de Derecho Penal", Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2005, págs. 704/705*).

Bajo esa directriz y por imperativo de los tratados internacionales incorporados a nuestro ordenamiento interno, entiendo que la pena de reclusión no tiene virtualidad en el derecho penal contemporáneo.

En aplicación de todos estos lineamientos, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 80 inciso 7° del Código Penal en orden a la pena de prisión perpetua prevista con relación a niños, niñas y adolescentes, hacer lugar a los recursos de casación e inconstitucionalidad intentados por las defensas de los imputados y por las Defensorías Públicas de Menores, anular la decisión en crisis -en lo atinente al punto observado- y remitir las actuaciones

a otro Tribunal para que, previa audiencia, fije una nueva sanción respecto de los nombrados con arreglo a la presente y atendiendo especialmente a los lineamientos expuestos en el informe 172/10.

-VIII-

Sobre las recomendaciones efectuadas por la Comisión IDH en relación a los hechos de tortura denunciados por Lucas Matías Mendoza y Claudio David Núñez

No obstante todo lo expuesto, en el informe 172/10 la Comisión señaló que "tal como quedó establecido en los hechos probados, a instancia de varias autoridades como el Juez Nacional de Ejecución Penal y la Procuración Penitenciaria de la Nación, entre el 10 y el 27 de diciembre de 2007 se realizaron varias evaluaciones médicas a Lucas Matías Mendoza y a Claudio David Núñez. En términos generales, estos exámenes fueron coincidentes en revelar que ambos presentaban lesiones leves en distintas partes del cuerpo. Sin embargo, también ha quedado establecido que en el caso particular de Lucas Matías Mendoza, los últimos cuatro exámenes médicos revelaron de manera unánime que presentaba hematomas en las plantas de ambos pies." (párrafo 297)

"La Comisión concluye que mediante la aplicación de métodos atentatorios de la dignidad humana, destinados a causar sufrimiento físico, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza fueron sometidos a torturas por parte de agentes del Estado y, en consecuencia, el Estado de argentino incurrió en una violación a su derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana e incumplió la obligación de prevenir la tortura impuesta por los artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura." (párrafo 302)

"Respecto de la investigación penal por los hechos en los que resultaron lesionados Lucas Matías Mendoza y Claudio David Núñez, los peticionarios informaron que el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional No. 2 de Lomas de Zamora recibió la denuncia respectiva el 26 de diciembre

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14.087 -Sala II-
 C.F.C.P "Mendoza, César
 Alberto y otros s/ recurso
 de revisión"

de 2007. Posteriormente, en comunicación recibida el 10 de julio de 2009, los peticionarios alegaron que "lejos de profundizar en la determinación de la responsabilidad penal de los agentes penitenciarios [...] el Juez a cargo de las investigaciones resolvió archivarlas". El Estado por su parte, no presentó argumentos específicos con relación a estos alegatos." (párrafo 306)

"Con respecto a las causas penales seguidas por los apremios sufridos por Lucas Matías Mendoza y Claudio David Núñez, causas No. 615 y 616, el Fiscal Federal Subrogante a cargo del Ministerio Público No. 2 de Lomas de Zamora, quien estaba a cargo de las investigaciones, solicitó el archivo de las mismas el 23 de junio y el 1 de febrero de 2008, respectivamente. Del análisis de ambas solicitudes de archivo se desprende que la única consideración esgrimida por el instructor es la reticencia de las víctimas a identificar a quienes los habrían agredido. Esto, a pesar de que se reconoce que ambos señalaron como agresores a miembros del cuerpo de seguridad del servicio penitenciario." (párrafo 307)

"La Comisión considera que el Estado no puede justificar el incumplimiento de su deber de impulsar una investigación frente a denuncias de tortura, con base en que las víctimas no individualizaron a los actores del hecho. Las autoridades argentinas no desplegaron todos los esfuerzos que correspondían para llevar a cabo la investigación. Tampoco existe información en el sentido de que se adoptaran medidas para que las víctimas pudieran efectuar sus declaraciones en condiciones de seguridad. Correspondía a las autoridades encargadas de la investigación explorar todos los medios a su alcance para esclarecer lo sucedido, incluyendo la evaluación del temor manifestado por las víctimas, por el cual indicaron no se encontrarse dispuestas a aportar la información solicitada. Esto hubiera permitido que el Estado dispusiera los medios necesarios para eliminar cualquier fuente de

riesgo para las víctimas como consecuencia de sus denuncias y, en suma, superar los obstáculos para continuar la investigación." (párrafo 311)

"La Comisión estima que las consideraciones manifestadas por el fiscal, y luego seguidas por el juez de la causa, permiten inferir que no investigaron los hechos de manera diligente y efectiva. Por lo tanto, la Comisión Interamericana concluye que el Estado violó, en perjuicio de Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana en conexión con las obligaciones establecidas en artículo 1.1 del mismo instrumento. Asimismo, la Comisión concluye que el Estado violó los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura en perjuicio de las mismas personas." (párrafo 313)

Por todo ello, en atención a lo dispuesto en la Recomendación 7 del citado informe en punto a que se debe "realizar una investigación completa, imparcial, efectiva y dentro de un plazo razonable, para esclarecer los hechos de tortura sufridos por Lucas Matías Mendoza y Claudio David Núñez y, de ser el caso, imponer las sanciones que correspondan", considero que corresponde hacer saber al Procurador General de la Nación sobre tales conclusiones, a los fines que corresponda.

-IX-

Comunicaciones

En razón de los alcances de las recomendaciones del informe 172/10 que han motivado el sometimiento del caso ante la Corte IDH y, atendiendo a la solución que aquí se propone, corresponde comunicar lo resuelto al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la Sra. Defensora General de la Nación, doctora Stella Maris Martínez

(peticionaria en las denuncias ante la Comisión IDH).

También debe hacerse extensiva tal comunicación a los jueces que tienen a cargo la ejecución de las penas de César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, en virtud de la recomendación expuesta en el punto 3 del informe (Asegurar que mientras permanezcan privados de la libertad cuenten con la atención médica que requieran), a fin de que se cumpla con dicha pauta.

Por su parte, la Comisión ha recomendado "disponer las medidas legislativas y de otra índole para que el sistema de justicia penal aplicable a adolescentes por conductas cometidas siendo menores de 18 años, sea compatible con las obligaciones internacionales en materia de protección especial de los niños y de finalidad de la pena, según los parámetros formulados en el presente informe". (punto 4)

Y "disponer las medidas legislativas y de otra índole para asegurar el cumplimiento efectivo del derecho consagrado en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana de conformidad con los estándares descritos en el presente informe"(punto 5).

Por todo ello, corresponde comunicar lo resuelto con copia del informe al Honorable Congreso de la Nación, a través de la Secretaría General y de Gestión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 40, segundo párrafo del Reglamento para la Justicia Nacional).

En relación a este tema, interesa destacar que el presente caso ha puesto de manifiesto la falta de adecuación de las normas del Código Procesal Penal de la Nación y de las leyes del derecho penal juvenil respecto de los principios de la Constitución Nacional y de los que rigen en el derecho internacional (que han sido mencionados a lo largo de esta sentencia). Esta circunstancia -que en el caso concreto se ha cristalizado en efectos irreparables para las víctimas- impone la necesidad de una reforma integral del sistema que permita el adecuado cumplimiento de los derechos de orden

superior que han sido lesionados para evitar que se produzcan situaciones análogas en el futuro.

Finalmente, en atención a la certificación de autos en cuanto a que en la actualidad el Tribunal Oral de Menores nro. 1 se encuentra conformado por una integración distinta a la que oportunamente dictó la sentencia impugnada, considero que no corresponde practicar un nuevo sorteo y consecuentemente debe remitirse la causa a dicho Tribunal.

En virtud de todo lo expuesto, propongo al acuerdo

I. Declarar admisibles los recursos de revisión deducidos por las defensas de César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza; **II.** Declarar la inconstitucionalidad del artículo 80 inciso 7° del Código Penal con relación a la aplicación de las penas allí previstas a menores de edad; **III.** Hacer lugar, sin costas, a los recursos de casación e inconstitucionalidad deducidos por la defensa y por la Defensoría Pública de Menores en favor de César Alberto Mendoza respecto de la pena de prisión perpetua impuesta al nombrado y en consecuencia anular la decisión en crisis -en lo que se refiere al punto observado- y remitir las actuaciones al Tribunal Oral de Menores nro. 1 para que, previa audiencia, fije una nueva sanción respecto de César Alberto Mendoza con arreglo a la presente y atendiendo especialmente a los lineamientos expuestos en el informe 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; **IV.** Hacer lugar parcialmente, sin costas, a los recursos de casación intentados por las defensas de Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza y hacer lugar a los recursos de casación e inconstitucionalidad deducidos por las defensoras públicas de menores y por la defensa de Núñez en lo atinente a la imposición de las penas de reclusión y prisión perpetua, anular la decisión en crisis -sólo en lo referente a este aspecto- y remitir las actuaciones al Tribunal Oral de Menores nro. 1 para que, previa audiencia, fije una nueva sanción respecto de los nombrados con arreglo a la presente y atendiendo especialmente a los lineamientos expuestos en el citado informe; **V.** Remitir copia de dicho informe y de la

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14.087 -Sala II-
 C.F.C.P "Mendoza, César
 Alberto y otros s/ recurso
 de revisión"

presente a conocimiento del Procurador General de la Nación a los fines dispuestos en el punto VIII; **VI.** Comunicar lo resuelto -con copia del informe según corresponda- al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, a la Sra. Defensora General de la Nación, a los jueces que tienen a cargo la ejecución de las penas impuestas a los nombrados, al Honorable Congreso de la Nación, por intermedio de la Secretaría General y de Gestión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, todo ello con arreglo a los considerandos del punto IX.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

Que adhiere al voto de la colega que lidera el acuerdo y emite el suyo en igual sentido.

Tal es mi voto.

La señora jueza doctora **Ana María Figueroa** dijo:

I-

Vienen por vía de recurso de revisión los autos 14.087 caratulados: "MENDOZA, César Alberto; ÁLVAREZ, Guillermo Antonio; NÚÑEZ, Claudio David; NÚÑEZ, Dante y MENDOZA, Lucas Matías" interpuestos por la Defensoría Pública Oficial e *in pauperis*, los recursos de revisión a favor de César Alberto MENDOZA, Claudio David NÚÑEZ y Lucas Matías MENDOZA, la participación de la Secretaría Nacional de la Niñez Adolescencia y Familia -SENAF- en función de las atribuciones otorgadas por la ley 26.061, artículo 32, y el Sistema de Protección Integral, a los efectos que se realice el control de constitucionalidad y convencionalidad en la causa, donde se solicita el cese de las prácticas del Estado Nacional que condenó a reclusión perpetua y prisión perpetua a niños y adolescentes, por entender que se vulneran los

artículos 18, 75 incisos 22 y 24 de la Constitución Nacional y las leyes 22.278 y 26.061.

Adhiero al voto de la Jueza que lidera el acuerdo. Por una cuestión de economía procesal no reiteraré el análisis con el que concuerdo sobre el proceso seguido a los recurrentes, la gravedad de los delitos que se les endilgan, la calificación penal impuesta, la validez de las pruebas, la culpabilidad de los justiciables, la pena impuesta, que por el delito de homicidio calificado -artículo 80 inciso 7º) del CP-, corresponde una pena absoluta consistente en prisión o reclusión perpetua, si fueran los enjuiciados personas mayores de 18 años al momento de los hechos -que no es el caso en análisis-, con los argumentos que paso a desarrollar.

-II-

1º) Constituye cuestión federal suficiente para ser analizado en esta instancia, por encontrarse en crisis la sentencia recurrida, con normas de derecho internacional sobre derechos humanos con jerarquía constitucional y superior a las leyes internas: la Convención sobre los Derechos del Niño -CDN-; la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH-; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Interamericana sobre la Tortura; con el alcance y las pautas interpretativas del régimen legal de aplicación de penas a niños, como surge del Informe 172/10 de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, correspondiente al caso 12561, porque los tribunales locales aplicaron prisión y reclusión perpetua a niños.

Conforme los artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 1, 2, 3, 4, 12, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 5.5, 5.6, 7.6, 8, 19, 25 en relación a las obligaciones del 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2, 7, 9.4, 10.3, 14.4 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, se cuestiona la constitucionalidad de la aplicación de las penas de reclusión y prisión perpetua a

niños y se solicita se imponga las penas temporales prescriptas en el artículo 44, 2° y 3° párrafo del Código Penal; atento que el "Régimen Penal de la Minoridad" regulado en la ley 22.278, prevé en el artículo 4 inciso 3, 2° párrafo se aplique la reducción prevista para la tentativa. Las prescripciones del derecho internacional sobre derechos humanos, la incidencia del Informe 172 de la Comisión IDH, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -que tiene elevado el caso para su tratamiento contencioso- y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los artículos 1, 2 y 27 de la ley 26.061, avalan esta interpretación.

2°) Corresponde a los jueces en las cuestiones sometidas a su jurisdicción, analizar y resolver de acuerdo a la situación actual y por las constancias de autos, si efectivamente nos encontramos ante una violación a los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes y adoptar las medidas necesarias cuando no cumplan con los estándares internacionales, de la misma manera por deficiencias en las condiciones de encierro y como mecanismo de prevención a futuras violaciones a los derechos humanos.

El compromiso del Estado Nacional surge al ratificar los tratados en materia de derechos humanos ante la comunidad internacional y por las normas del derecho interno, conforme artículos 18, 75 incisos 22 y 24 CN, leyes 22.278 y 26.061. La aplicación del paradigma de los derechos humanos es la consecuencia del orden asignado al derecho convencional y su jerarquía constitucional, porque cuando el Estado asume la decisión política en un acto federal complejo, de suscribir tratados internacionales o regionales, en función de los artículos 27 y 31. 1 de la Convención de Viena del Derecho a los Tratados, éstos se deben interpretar de buena fe y asegurando su cumplimiento.

Cuando se analiza una incompatibilidad entre las normas convencionales con las de derecho interno, denunciando casos concretos de violaciones a los derechos humanos, como

el presente, corresponde tomar medidas para solucionarlo en el ámbito de la respectiva competencia y a la luz del deber de prevención que incumbe al Estado

Por esta razón todos los poderes del Estado en sus competencias ejecutivas, judiciales, legislativas y administrativas deben ajustar su accionar para el efectivo cumplimiento de los tratados, estando dentro de las atribuciones de los jueces la aplicación e interpretación del sistema jurídico y especialmente de sus normas convencionales y constitucionales.

3º) La Corte Suprema de Justicia de la Nación - CSJN- sostuvo que los jueces deben dictar *"... las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia"* -Causa 7537 "García Méndez, Emilio y otra" del 02/12/2008-.

También ha sostenido *"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, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resultan de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores"* - Caso "Maldonado" M. 1022.XXXIX del 07/12/2005, considerando 34-, señalando la aplicación de un corpus iuris convencional de máxima jerarquía normativa.

4º) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 17 -OC 17- sobre *"Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño"* del 28 de agosto de 2002, analiza la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH- y la Convención sobre los Derechos del Niño -CDN-. Sostiene el principio de la protección integral, basada en el interés superior del niño, afirmando que los niños son sujetos de

derecho pleno -reconociendo los derechos humanos básicos y además los propios de su condición de niños- y su vínculo a la autoridad parental; por lo que corresponde la aplicación de las normas convencionales y las garantías del proceso penal, siendo además acreedores de protecciones especiales, de un plus en razones de la edad, inmadurez, por su posición de desventaja, necesidades específicas, por lo que corresponde adoptarla en el presente caso.

Esta interpretación surge de su jurisprudencia en los siguientes procesos contenciosos "*Caso Chitay Nech*" -sentencia 25/05/2010, párrafo 45-; "*Caso La Masacre de las Dos Erres*" -sentencia 24/11/2009, párrafo 177, 181 y 195- "*Caso Servellón García y otros*" -sentencia 21/09/2006, párrafo 113-; "*Caso de las Masacres de Ituango*" -sentencia 01/06/2006, párrafo 106-; "*Caso de la Masacre de Mapiripán*" -sentencia 15/09/2005, párrafo 152-; "*Caso Balderón García*" -sentencia 06/04/2005, párrafo 244-; "*Caso Instituto de Reeducción del Menor*" -sentencia 02/09/2004, párrafo 147, 160-; "*Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*" -sentencia 08/06/2004, párrafo 166-; "*Caso de los Niños de la calle (Villagrán Morales)*" -sentencia 19/11/1999, párrafo 146, 191/4- CIDH; Informe de Comisión IDH 41/99 "*Caso 11491 Menores Detenidos en Honduras*"; entre otros, donde se ha analizado y establecido el criterio de interpretación sobre el interés superior del niño; apropiaciones, sustracciones y retenciones de niños; vulnerabilidad de niños en situación de desamparo familiar y social; niños/as de pueblos originarios; niños en conflictos armados y sus límites para su reclutamiento; ejecuciones sumarias ante situación de riesgo social; situación de los migrantes -OC 18- alerta acerca del hecho que los niños y las mujeres podrían ser los más afectados; *razzias*, detenciones arbitrarias y capturas colectivas; niños privados de libertad señalando que el objetivo debe ser la reinserción social, laboral y familiar; castigos corporales declarando que no son admisibles;

violencia de género y la aplicación de la Convención de Belem do Pará.

5º) Al momento de la interposición de los recursos de revisión por las defensas oficiales el 13 de marzo de 2012 a favor de César Alberto Mendoza -fojas 125/133-, de Claudio David Núñez -fojas 344/350-, de Lucas Matías Mendoza -fojas 355, 403/404 y 408- y por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia con fecha 7 de mayo de 2012 -fojas 415/423-, se denunciaba que continuaba la privación de la libertad de los peticionarios por cumplimiento de pena a prisión perpetua -a César Alberto Mendoza y Lucas Matías Mendoza- y reclusión perpetua -a Claudio David Núñez-, solicitando por ésta vía, la adecuación a los estándares internacionales y se de cumplimiento al Informe 172/10 y las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, atento encontrarse comprometida la responsabilidad del Estado ante la comunidad internacional.

-III-

1º) Corresponde el análisis constitucional y convencional en la presente causa, recordando que a partir de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, por imperio del poder constituyente en el artículo 75 inciso 22, se incorporan once instrumentos sobre derechos humanos que en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, se establece un mecanismo para que con la mayoría agravada del poder constituido, en el futuro puedan adquirir la misma jerarquía otros tratados y se establece el siguiente orden normativo: en primer lugar la Constitución Nacional, los tratados sobre derechos humanos enumerados en el artículo 75 inciso 22 y los que en el futuro adquieran dicho rango por el Congreso de la Nación; en segundo lugar los demás tratados y concordatos, que tienen jerarquía superior a las leyes -artículo 75 incisos 22 y 24 de la Constitución Nacional- y en tercer lugar las leyes de la Nación, encontrándose en este orden el Código Penal, el Código Procesal Penal y las demás leyes internas.

Es necesario aclarar que cuando me refiero a niños, siempre lo hago en los términos convencionales: *"...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"* -artículo 1 CDN-

De nuestro sistema jurídico y de las relaciones de supremacía, resulta que las niñas, niños y adolescentes tienen todos los derechos convencionales y constitucionales, correspondiente a cualquier sujeto de derecho -adultos o niños- y que además disponen de un plus por su situación de vulnerabilidad en razón de la edad, por lo que deben ser sometidos a jurisdicción y trato especial, siempre se debe respetar el *"interés superior del niño"*, las garantías del debido proceso ya sea en el momento de la detención, en el desarrollo, en el cumplimiento de penas, con la imposición de medidas educativas o en internación, debiendo ser oído, tomándose en cuenta su opinión en el momento de tomar decisiones ya sean de índole judicial o administrativa, cuando les afecten a sus derechos, porque de lo contrario el Estado incurre en responsabilidad internacional por ante los organismos encargados del cumplimiento de dichos tratados.

2º) Sobre el derecho al recurso, adhiero a lo expresado en el punto V a) por la jueza que lidera el acuerdo, con argumentaciones diferenciadas. Independientemente que en nuestro derecho interno los recurrentes hayan obtenido formalmente sentencia definitiva, con el rechazo del recurso extraordinario por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 23 de agosto de 2001 -fojas 343-, al haber acudido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y encontrarse actualmente en trámite contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, denunciando los representantes de los interesados, graves violaciones a los derechos humanos reguladas convencionalmente, las que fueron admitidas en el caso 12561 *"César Alberto Mendoza y otros S/ Prisión y*

reclusión perpetuas de adolescentes", conforme informe 172/10, que transcribe la Jueza preopinante en el punto IV por lo que lo doy por reproducido, corresponde hacer lugar al recurso para obtener una revisión amplia de la sentencia condenatoria, atento encontrarse comprometida violaciones a los derechos humanos y la responsabilidad del Estado por el cumplimiento de los tratados ante la comunidad internacional.

La apertura de la vía recursiva, solicitando la revisión amplia de la sentencia y la pena, es congruente con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al analizar el derecho al recurso de acuerdo al artículo 8.2.h) de la CADH, en el caso "*Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*" -sentencia del 02/07/2004-, que consagra: a) El derecho a recurrir es una garantía primordial del debido proceso, b) Una sentencia adversa al imputado debe ser revisada por otro juez o tribunal distinto, c) Dicho juez o tribunal debe revestir una jerarquía orgánica superior, d) El derecho a recurrir debe ser garantizado antes que el fallo adquiera calidad de cosa juzgada, asegurando el derecho de defensa para evitar firmeza del decisorio, e) El derecho a recurrir debe ser un recurso ordinario y eficaz, no bastando con la posibilidad o la existencia formal del recurso, sino que se debe tener acceso a él, para que el juez superior procure las correcciones de decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho, f) El recurso debe ser accesible, sin complejidades y formalismos que tornen ilusorio el derecho y g) Debe garantizarse un examen integral y comprensivo de todas las cuestiones planteadas de la decisión impugnada, hechos y pruebas, revisar todo lo revisable, para evitar que se mantenga una decisión adoptada con errores o vicios en perjuicio de las personas.

Con similar jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "*Casal*" -F 328:3399- falla la garantía y el derecho al recurso del imputado, de manera que corresponde hacer lugar a la revisión amplia, tal cual fue planteada por los recurrentes.

Debe recordarse que la CSJN en autos "*Girolodi*,

Horacio David y otro S/Recurso de casación" -F 318:530 del 07/04/1995- afirmó que "...la Corte Interamericana precisó el alcance del artículo 1 de la Convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella", sino además "garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción".

Por lo expuesto, la jurisprudencia citada, de incuestionable valor para determinar el alcance y la interpretación de las normas internacionales, con jerarquía por encima de las leyes internas, corresponde abrir la vía del recurso de revisión, atento encontrarse en juego el sistema convencional y la responsabilidad del Estado en el cumplimiento de los tratados, asegurando a los justiciables el derecho al recurso eficaz y las garantías al debido proceso legal.

-IV-

1º) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe 172/10, en el punto 2) recomienda al Estado Argentino que en la revisión "...se apliquen los estándares internacionales en materia de justicia penal de niños, niñas y adolescentes... y se determine la situación jurídica de las víctimas en congruencia con dichos estándares"; señalando en el punto 4) "Disponer las medidas legislativas y de otra índole para que el sistema de justicia penal aplicable a adolescentes por conductas cometidas siendo menores de 18 años, sea compatible con las obligaciones internacionales en materia de protección especial de los niños y de finalidad de la pena...".

Del análisis congruente de dichas recomendaciones surge que deben adoptarse las medidas judiciales y derribarse obstáculos procesales y del derecho interno, frente a normas de jerarquía convencional y suprema, por lo que corresponde expedirse sobre el tema traído a análisis en el presente

caso, sobre las penas de prisión y reclusión perpetuas de niños en términos de la Convención -artículo 1 CDN-, por conductas cometidas entre los 16 años y antes de cumplir los 18 años de edad, respetando las obligaciones que asumió el Estado en materia de protección especial de los niños y de finalidad de la pena.

2º) Ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación -CSJN M.1022.XXXIX, en el recurso de hecho en el caso "Maldonado"-, en el considerando 11) que: *"...si algún efecto ha de asignársele a la Convención del Niño es, sin lugar a duda, que a ellos les alcanza el amparo de las garantías básicas del proceso penal"*. Reafirmando en el Considerando 22, que: *"En este sentido, cabe recordar que también el art. 12 de la Convención del Niño señala expresamente que "se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional"*.

La CSJN adopta el criterio de protección integral del niño, dejando atrás la concepción tutelar que había imperado en nuestro sistema judicial, producto de la ley 10.903 hoy superada por la ley 26.061, por ello debe tenerse especial cuidado al analizar las condiciones de detención y los lugares de alojamiento de los niños privados de libertad, los efectos nocivos del encierro, dado que por su condición de niños repercuten en ellos de manera mucho más grave, por encontrarse en una etapa de desarrollo moral y afectivo, que en comparación con la madurez de los adultos, hace que estén en peores condiciones para afrontar la angustiante situación de la pena privativa de libertad.

Ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: *"...corresponde a un incuestionable dato óptico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos"* -Considerando 37, del precedente "Maldonado"-. Por lo tanto, este dato no es menor a la hora de analizar la concreta situación de vulnerabilidad

en que se encuentran los niños privados de libertad, analizando la finalidad de la pena, de acuerdo a lo establecido por los artículos 5 inciso 6) de la CADH y 10 inciso 3) del PIDCP, ambos con jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, que adhiere a la conocida teoría de la prevención especial positiva -más allá de las críticas que a ella puedan realizársele-, debe tenerse presente en éste caso.

Continúa afirmando la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el considerando 23: *"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. 3, 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"*.

Concordante con el rechazo de esta racionalización del discurso jurídico penal en desmedro de garantías constitucionales continúa sosteniendo: *"Que otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son "dispuestos", "internados" o "reeducados" o "sujetos de medidas tutelares". Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y*

limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la "libertad ambulatoria", aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias" -considerando 26-.

"Que el paradigma de la "situación irregular" recibió embates importantes en el derecho internacional, especialmente en las convenciones promovidas a instancia de las Naciones Unidas (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Para la Administración de Justicia Juvenil, 1985. Anteriormente las Naciones Unidas habían adoptado la Declaración de los Derechos del Niño, en 1959)"... en la Observación General 13 de las Naciones Unidas había señalado que "Los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". También corresponde citar las Directrices de Riad y las Reglas de Beijing.

Asimismo en el Considerando 33: "Que estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su 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. Así, en lo que aquí interesa, la Convención del Niño establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en los artículos 37 y 40 de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención, ha recomendado a los Estados Parte asegurar "la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención Internacional 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)".

3º) Con similar doctrina y construcción teórica, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 17 -OC 17- del 28/08/2002, al someter la Comisión IDH a su interpretación los artículos 8 y 25, para establecer si las medidas especiales del artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH-, constituyen límites al arbitrio del Estado, en relación a los niños y su solicitud de determinación de criterios generales, ha resuelto sobre la definición de niño, en su considerando 38 en los siguientes términos *"El artículo 19 de la Convención Americana, que ordena adoptar medidas especiales de protección a favor de los niños, no define este concepto. El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño indica que "niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".*

Continúa en el considerando 39 que *"En las Reglas de Beijing, en las Reglas de Tokio y en las Directrices de Riad se utilizan los términos "niño" y "menor" para designar a los sujetos destinatarios de sus disposiciones. De acuerdo con las Reglas de Beijing "menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por cometer un delito en forma diferente a un adulto".*

Interpreta que los niños gozan de especiales derechos, derechos que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo, previstos en el sistema internacional de protección de derechos humanos, además de los derechos que tiene el imputado adulto, afirmando 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" -punto 54*

de la OC 17/02-.

La Corte IDH entiende por "niño" a toda persona que no ha cumplido los 18 años de edad, considera que las garantías de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana deben aplicarse a la luz de la especialidad que la misma ha reconocido a los niños, en el sentido de "*proteger reforzadamente los derechos de los niños*", tal como sucede con otras situaciones especiales como son las consagradas en sus artículos 5.5 y 27 de la Convención, utilizando criterios amplios de interpretación. La aplicación de dichos artículos debe considerar los principios de interés superior de los niños, protección integral, justicia especializada, presunción de minoridad, principio de lesividad, confidencialidad y privacidad, formación integral y reinserción en la familia y la sociedad, así como la precisión acerca de la manera y condiciones en que los niños pueden acceder a esos recursos judiciales, tomando en cuenta que su capacidad de actuar no es plena, sino que está vinculada al ejercicio de la autoridad parental, y determinada por su grado de madurez emocional y capacidad de discernimiento.

El artículo 19 de la Convención Americana, obliga a los Estados a adecuar la normativa del derecho interno, para garantizar las medidas de protección que los niños requieran en su condición de tales, de manera que cualquier desarrollo legislativo que los Estados elaboren en torno a las medidas de protección de los niños, deben reconocer que los mismos son sujetos de derechos plenos, que deben realizarse dentro del concepto de protección integral, respetando el interés superior del niño, por lo que las medidas positivas que puedan tomarse en su beneficio, no pueden consagrar una potestad discrecional del Estado con respecto a esta franja etaria.

Los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de la CADH, han sido contemplados y desarrollados en el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo relevantes para la solicitud de opinión los artículos 3, 9,

12.2, 16, 19, 20, 25 y 37 del mismo instrumento internacional.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce la protección especial que el Estado debe brindar a los niños, particularmente en materia de administración de justicia, y reconoce como prioridad, que los conflictos en los que haya niños involucrados se resuelvan, siempre que ello sea posible, sin acudir a la vía penal; en caso de recurrir a ésta, siempre se les deben reconocer las mismas garantías de que gozan los adultos, así como aquellas específicas propias de su condición de niños. Dicha Convención se remite, asimismo, a otros instrumentos internacionales como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia a Menores -Reglas de Beijing-, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil -Directrices de Riad- y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, además de las Observaciones Generales que produce el "Comité de los Derechos del Niño".

Precisa el concepto de la doctrina de la protección integral, estableciendo que con la *Convención sobre los Derechos del Niño* se abandonó la antigua doctrina de la situación irregular, que consideraba a los niños incapaces de asumir responsabilidad por sus acciones. Por ello, se constituían en objetos pasivos de la intervención "proteccionista" o represiva del Estado. Además, esa doctrina creaba una distinción entre "niños", que tenían cubiertas sus necesidades básicas, y "menores", que eran miembros de la población infantil con sus necesidades básicas insatisfechas, y se encontraban por lo tanto, en una "situación irregular". Para este segundo grupo, el sistema tendía a judicializar e institucionalizar cualquier problema vinculado con su condición y edad, por lo que la figura del "juez tutelar" sobresalía como una forma de restituir las carencias del niño, el que muchas veces realizaba un ejercicio abusivo de

la prisión preventiva y de otras modalidades de privación de la libertad.

La Convención sobre los Derechos del Niño - artículos 37 y 40-, junto con otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, acogió la doctrina de la protección integral, que reconoce al niño su condición de sujeto de derecho y le confiere un papel principal en la construcción de su propio destino. En materia penal, específicamente, significó el cambio de una jurisdicción tutelar a una punitivo-garantista, en la cual, entre otras medidas, se reconocen plenamente los derechos y garantías de los niños; se les considera responsables de sus actos delictivos con una responsabilidad disminuida por su inmadurez; se limita la intervención de la justicia penal al mínimo indispensable; se amplía la gama de sanciones, basadas en principios educativos; y se reduce al máximo la aplicación de las penas privativas de la libertad, prohibiendo la pena capital y la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación y estableciendo 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;"* -conforme la CDN artículo 37 incisos a) y b).

En la OC 17 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en sus intervenciones escritas y orales consideró que: La aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño constituyó *"la culminación de un proceso durante el cual se construyó el llamado modelo o doctrina de la protección integral de los derechos del niño"*. Este nuevo sistema se caracteriza por: 1) reconocer a los niños como sujetos de derechos y la necesidad de brindarles medidas especiales de protección, las cuales deben impedir intervenciones ilegítimas del Estado que vulneren sus derechos, y prever prestaciones positivas que les permitan disfrutar efectivamente sus derechos; 2) haber surgido con base en *"los aspectos críticos"* del modelo de la *"situación irregular"* que imperó en nuestra región por más de ochenta años; 3) dejar

atrás la "judicialización" de asuntos exclusivamente sociales y el internamiento de los niños o jóvenes cuyos derechos económicos, sociales y culturales se encuentran vulnerados; 4) evitar la utilización de "eufemismos justificados por el argumento de la protección", lo cual impida emplear los mecanismos de protección de derechos fundamentales propios del debido proceso; 5) brindar un trato diferenciado entre los niños cuyos derechos se encuentran vulnerados, y aquellos otros a quienes se les imputa la comisión de un hecho delictivo; 6) adoptar las medidas de protección que promuevan los derechos del niño y que de ninguna manera los vulneren, considerando el consentimiento del niño y de su grupo familiar; 7) desarrollar políticas públicas universales, así como "focalizadas y descentralizadas", tendientes a hacer efectivos los derechos de los niños; y 8) establecer un sistema de responsabilidad especial para adolescentes, respetuoso de todas las garantías materiales y procesales".

Con este paradigma de respeto a los derechos humanos, los Estados asumen el compromiso de transformar su relación con los niños, abandonando la concepción del niño como "incapaz" y logrando el respeto de todos sus derechos como sujeto pleno, reconociendo que es objeto de una protección especial y adicional. Se enfatiza la protección a la familia, por ser el lugar por excelencia donde deben efectivizarse en primer lugar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuyas opiniones deben ser priorizadas para la toma de decisiones familiares y que les competen.

De ello resulta que en el sistema interamericano, el niño debe disfrutar determinadas garantías específicas "...en cualquier proceso en el cual esté en juego su libertad o cualquier otro derecho. Esto incluye cualquier procedimiento administrativo", conforme los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Dichas garantías deben ser observadas, en especial, cuando el procedimiento significa la posibilidad de aplicar una medida privativa de libertad, llámese "medida

de internación" o "medida de protección", que afecten sus derechos.

Los artículos 8 y 25 de la *Convención Americana DH*, en concordancia con los artículos 37 y 40 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, recogen garantías que deben observarse en cualquier proceso en el que se determinen derechos de un niño, entre ellas: el respeto a su integridad y la prohibición de torturas, tratos crueles inhumanos o degradantes; al goce de la libertad, prohibiendo los encarcelamientos arbitrarios y en caso de ser sometido a privación de la libertad, ésta debe ser usada como último recurso y por el menor tiempo posible; al respeto a su dignidad y trato humanitario; al acceso a una asistencia jurídica adecuada; al respeto a la legalidad; al juez natural independiente e imparcial; presunción de inocencia; a ser informado de los cargos en su contra para tener derecho de defensa y asistencia jurídica; a ser juzgado sin demoras; a la doble instancia; a no ser juzgado dos veces por el mismo delito y los mismos hechos; al establecimiento legal de una edad mínima para ser considerado responsable de infringir las leyes penales; evitar en lo posible recurrir a procedimientos judiciales; a priorizar a su favor el cuidado, educación, orientación y formas alternativas a la internación en instituciones; tomando como principio rector el interés superior del niño por la situación especial que por su edad, madurez y desarrollo atraviesa, recordando que es un sujeto de derecho con un plus a su favor.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la *Convención sobre los Derechos del Niño*, a través del análisis de los artículos 8, 19 y 25 de la *Convención Americana*. En el caso de los "*Niños de la Calle*", en que se aplicó el artículo 19 de la *Convención Americana*, utilizó el artículo 1 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, como instrumento para fijar el alcance del concepto de "niño" -Caso Villagrán Morales y otros. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 188-, destacando la existencia de un "*muy comprensivo corpus iuris de derecho*

internacional de protección de los derechos de los niños" (del cual forman parte la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana), que debe ser utilizado como fuente de derecho por el Tribunal para establecer "el contenido y los alcances" de las obligaciones que ha asumido el Estado a través del artículo 19 de la Convención Americana, en particular al precisar las "medidas de protección" a las que se hace referencia en el mencionado precepto..." -párrafo 194-.

Los niños integran un grupo que ha merecido el mayor interés de la comunidad internacional. El primer instrumento internacional relativo a aquéllos, fue la Declaración de Ginebra de 1924, adoptada por la Unión Internacional para la Protección de la Infancia. En ésta se reconoció que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, como un deber que se halla por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia. En el siglo XX se produjeron al menos 80 instrumentos internacionales aplicables, en diversa medida, a los niños. En el conjunto destacan la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1959), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores -Reglas de Beijing, 1985 o Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985, Quinta Parte, Tratamiento en establecimientos penitenciarios-, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad -Reglas de Tokio, 1990 o Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990- y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil -Directrices de Riad, 1990 o Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención

de la Delincuencia Juvenil adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990-. En este mismo círculo de protección del niño, figuran el Convenio 138 y la Recomendación 146 de la Organización Internacional del Trabajo y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por las normas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es preciso considerar el principio 8 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como los artículos 13, 15 y 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "*Protocolo de San Salvador*", suscrito por la Asamblea General de la OEA, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988 y en vigencia a partir de noviembre de 1999.

La Convención sobre los Derechos del Niño ha sido ratificada por casi todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos, el gran número de adhesiones pone de manifiesto un amplio consenso internacional "*opinio iuris communis*" favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia.

El principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El artículo 3 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* dispone: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los **tribunales**, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del**

niño. El mismo principio se reitera en los artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40, para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

En el considerando 61 de la OC 17 afirma que "... es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño". En el 64: "la puntual observancia de obligaciones establecidas en el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que señala: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención". En el 95: "Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño".

En el 96: "Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento".

En la citada OC 17, al referirse al título "PROCESOS JUDICIALES. Imputabilidad, delincuencia y estado de riesgo, sostuvo los siguientes conceptos que se sintetizan en

los puntos: 104: "Para el examen de la cuestión que ahora interesa conviene identificar algunos conceptos muy frecuentemente manejados en este ámbito -con mayor o menor acierto- como son los de imputabilidad, delincuencia y estado de riesgo". 105: "La imputabilidad, desde la perspectiva penal -vinculada a la realización de conductas típicas y punibles y a las correspondientes consecuencias sancionatorias es la capacidad de culpabilidad de un sujeto. Si éste carece de ella, no es posible formular en su contra el juicio de reproche que se dirigiría, en cambio, a quien es imputable. La **imputabilidad** queda excluida cuando la persona carece de capacidad de entender la naturaleza de su acción u omisión y/o de conducirse conforme a esa comprensión. Se suele aceptar que carecen de esa capacidad los menores de cierta edad. Se trata de una valoración legal genérica, que no examina las condiciones específicas de los menores, casuísticamente, sino que los excluye de plano del ámbito de la justicia penal." 106: "Las Reglas de Beijing en su disposición 4, que no tiene naturaleza vinculante, estableció que la imputabilidad penal "no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual" del niño." 107: "La Convención sobre los Derechos del Niño no alude explícitamente a las medidas represivas para este tipo de situaciones, salvo el artículo 40.3 inciso a), que obliga a los Estados Partes a tener una edad mínima en la cual se presuma que el niño no puede infringir la legislación penal o criminal." 109: "Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de **órganos jurisdiccionales especializados** para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como niño conforme al criterio predominante en el plano internacional. Consecuentemente, los menores de 18 años

a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el "establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes" (artículo 40.3). 118: "A nivel internacional, ... los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño han asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial, ... artículos 37 y 40". 126: "... la Regla 17 de Tokio señala que se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales a la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir la máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de estos casos a fin de que la tramitación sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables".

Corresponde señalar los siguientes puntos del decisorio de la OC 17 de la Corte IDH:

"1. Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, **los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección;**

2. Que la expresión "**interés superior del niño**",

consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño;

3. Que el **principio de igualdad** recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los **niños**, los cuales **requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales**. Este trato debe **orientarse a la protección de los derechos e intereses** de los niños;

6. Que para la **atención a los niños**, el Estado debe valerse de **instituciones que dispongan de personal adecuado**, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas;

8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan **disfrutar** ampliamente de todos sus **derechos**, entre ellos los **económicos, sociales y culturales**, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño;

9. Que los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la **protección a los niños contra malos tratos**, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales;

10. Que en los **procedimientos judiciales** o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del **debido proceso legal**. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural-competente, independiente e imparcial-: doble instancia; presunción de inocencia; contradicción, audiencia y defensa;

atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos;

11. Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una **conducta delictuosa** deben quedar sujetos a **órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad**. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar."

4º) Cabe señalar que a la fecha, Argentina es el único país de las tres Américas que mantiene en su régimen penal la aplicación de las penas de reclusión y prisión perpetua a niños, como surge del proyecto de modificación de la ley 22.278 y el anexo comparativo, donde consta que Bolivia para menores de 16 a 21 años aplica la legislación ordinaria; los demás países toma el estándar de considerar a los menores en términos convencionales antes de cumplir 18 años de edad, imponiendo las siguientes penas de máximo: Brasil, 3 años; Chile, 5 años; Costa Rica, 15 años; Ecuador, 4 años; El Salvador, 7 años; Guatemala, 5 años; Honduras, 8 años; Nicaragua, 6 años; Panamá, 5 años; Perú, 3 años; República Dominicana, 2 años; Uruguay, 5 años; y Venezuela, 5 años.

El último país que aplicaba en el continente americano perpetuas a menores era Estados Unidos. Había marcado un avance cuando en el año 2005 en el caso "Roper Vs. Simmons" -543 US 551- invalida la pena de muerte para todos los ofensores juveniles que al momento de los hechos fueren menores de 18 años, por considerar que dicha pena viola la Octava Enmienda. Al declarar inconstitucional la pena de

muerte a menores de 18 años, admite en "*Graham Vs. Florida*" - 17/05/2010- que la prisión perpetua sin posibilidad de recuperar la libertad, o sea el joven era condenado a morir en la prisión, al tener los menores infractores una culpabilidad disminuida, no deben ser acreedores de las penas más severas. En la interpretación de la Octava Enmienda, se prohíbe sentencias que obliguen a pasar la vida en prisión, sin posibilidad de salir, por entender que la sanción es excesiva y que el castigo debe ser proporcional y graduado, estableciendo que no es equiparable la lesividad de los ofensores juveniles con la de los adultos, por ello debe diferenciarse la severidad de la pena. Se argumenta que los niños son constitutivamente diferentes a los adultos por su falta de madurez y pobre desarrollo del sentido de la responsabilidad, son más vulnerables a las presencias negativas del entorno y del medio familiar, falta de formación en el carácter, sus rasgos personales están menos fijados y sus acciones no siempre son evidencia de depravación que no sea posible retroceder, marcando el principio que la imposición de las penas más severas en los jóvenes no puede proceder como si no fueran niños, considerando la cualidad juvenil como mitigante.

Con estas argumentaciones la CS USA en el caso "*Evan Miller Vs. Alabama*" con fecha 25 de junio de 2012, estableció en el caso de un menor de 14 años condenado a prisión perpetua sin posibilidad de salir bajo palabra, o condenado a morir naturalmente en prisión, que la prisión perpetua comparte elementos comunes con la pena de muerte, dado que su extensión es especialmente dura para un niño y sería establecer que éstos son incorregibles o no rehabilitables, por lo que se constituye en una pena desproporcionada, violatoria de la Octava Enmienda que prohíbe castigos crueles e inusuales y resolvió su inconstitucionalidad.

5º) En el derecho interno el "*Régimen Especial de la Minoridad Ley 22.278*", establece la ley penal aplicable a los niños desde los 16 años de edad hasta que no hayan

cumplido los 18 años, que incurrieren en delitos de acción pública, con excepción de los que fueren reprimidos con penas privativas de la libertad que no excedan de dos años, multa o inhabilitación -artículos 1 y 2 reformados por la ley 22.803-

También establece en el artículo 4 al tratar la imposición de la pena, que estará supeditada a 1) Que se haya declarado la responsabilidad penal y civil si correspondiere según las normas procesales; 2) Que haya cumplido los 18 años de edad; 3) Que haya sido sometido a un tratamiento tutelar no inferior a un año... Cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, **pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa.** Contrariamente, si fuere innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2°.

Sobre esta cuestión la Corte IDH en el caso "*Bulacio vs. Argentina*" sostuvo que: "... se han formulado diversas consideraciones específicas sobre la detención de niños, que, como lo ha señalado esta Corte y se reconoce en diversos instrumentos internacionales, debe ser excepcional y por el período más breve posible" -párrafo 135-.

En consonancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del corpus iuris internacional y nacional analizados, se desprenden los principios generales y rectores que deben utilizarse cuando se encuentran en debate los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes, por lo cual constituye una obligación de todos los órganos del Estado -Ejecutivo, Legislativo y Judicial- adecuarse a su cumplimiento y en esa función entiendo que le asiste razón a los recurrentes en el planteo jurisdiccional, acerca de que los niños no deben ser condenados a prisión o reclusión perpetuas, por ser violatorio de los estándares exigidos en

las normas convencionales y constitucionales.

Tomando en cuenta la situación de sujeto de derecho pleno en términos convencionales, constitucionales y legales, la situación de especialidad, vulnerabilidad, necesidades específicas, atendiendo siempre al interés superior del niño, cuando nos encontramos con infractores a la ley penal de niños entre los 16 años de edad hasta que no hayan cumplido los 18 años, corresponde aplicar la escala atenuada que se impone a los mayores, o sea la escala reducida de la tentativa, conforme los artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 1, 2, 3, 4, 12, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 5.5, 5.6, 7.6, 8, 19, 25 en relación a las obligaciones del 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 44 del Código Penal; 4 de la ley 22.278 y 1, 2 y 27, de la ley 26.061.

Ello determina que la pena absoluta de reclusión perpetua impuesta a Claudio David Núñez debe morigerarse con la aplicación de la figura de la tentativa, siendo su escala de 15 a 20 años de reclusión según el artículo 44. 2 párrafo del CP; la pena fija de prisión perpetua impuesta a César Alberto Mendoza y Lucas Matías Mendoza debe morigerarse con la aplicación de tentativa, siendo su escala de 10 a 15 años de prisión, según el artículo 44, 3 párrafo del Código Penal.

-V-

1º) Sobre el planteo de inconstitucionalidad de la aplicación de penas absolutas, como es la reclusión perpetua y prisión perpetua a niños, escala prevista para delitos de máxima gravedad, como es el caso de autos para el tipo del homicidio calificado, conforme el artículo 80 inciso 7º del Código Penal, entiendo que la misma no cubre los estándares convencionales y corresponde declarar inconstitucional su aplicación a niños.

2º) No me aparto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando afirma que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal, es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes

debidamente sancionadas y promulgadas, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debe hacerse lugar a la inconstitucionalidad. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley -CSJN Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300: 241,1087; 314:424-.

3º) Por mandato constitucional conforme surge del artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, es facultad del Congreso Nacional el declarar ciertos actos como punibles y fijar las penas de los mismos. Se trata de una potestad exclusiva y privativa del Poder Legislativo que se encuentra exenta en principio del control judicial de constitucionalidad, el cual sólo puede ser ejercido en el caso concreto y ante una manifiesta e inequívoca contradicción entre la norma legal y los preceptos de la Carta Magna y del derecho internacional de los Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

En consecuencia, los órganos que realizan dicho control cuando declaran la inconstitucionalidad del derecho, lo que hacen es aplicar la Constitución del Estado como ley suprema y no el derecho que la contradice, con el efecto de hacer ineficaz en el caso concreto la disposición impugnada pero sin derogarla, conservando la norma su validez para el futuro, atento nuestro sistema de control de constitucionalidad difuso y con efecto entre partes.

En aquél sentido, el Superior Tribunal de la Nación

ha señalado que el Poder Legislativo es el único órgano de poder que tiene la potestad de valorar conductas, constituyéndolas en tipos penales reprochables y decidir sobre la pena que estima adecuada como reproche a la actividad que se considera socialmente dañosa -C.S.J.N. Fallos: 209:342-. Además ha reconocido que es ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones -C.S.J.N. Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424-.

Se trata de las cuestiones o actos políticos, propios de los poderes políticos -Legislativo y Ejecutivo- y que por tanto no son justiciables, por ser actos discrecionales de aquellos. Sostener que todos los actos o cuestiones, aún las políticas, fueran justiciables, sería establecer el gobierno de los jueces, cosa inaceptable para el sistema republicano que nos rige.

Tampoco resulta aceptable que al operar cambios normativos generando avances significativos y cambios de paradigmas, como fue la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos con jerarquía constitucional en el años 1994 -artículo 75 inciso 22-, si las normas del derecho interno se contraponen con el texto constitucional, como es el caso de la ley 22.278 vigente desde el año 1980, que le da la potestad a los juzgadores de aplicar o no la atenuación prevista para la tentativa, posibilitando que los niños sean tratados como adultos e imponiéndoseles penas de adultos, por una cuestión de jerarquía y orden, como última ratio corresponde la declaración de inconstitucionalidad de la modalidad de la pena absoluta, prisión o reclusión perpetua establecida en el artículo 80 inciso 7º), inconstitucionalidad que sólo se considera respecto a los niños, atento encontrarse comprometida la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de los tratados sobre derechos humanos.

4º) Dicha declaración de inconstitucionalidad específica referida a niños infractores de la ley penal,

entiendo es congruente con la jurisprudencia de la CSJN, al resolver sobre la imposición de prisión perpetua o reclusión perpetua a los niños -desde los 16 años hasta que no hayan cumplido los 18 años de edad-, que ha sostenido en el citado precedente "Maldonado" en el considerando 14) *"Que las penas absolutas, tal como la prisión perpetua, se caracterizan, justamente, por no admitir agravantes o atenuantes de ninguna naturaleza. Esto significa que el legislador declara, de iure, que todo descargo resulta irrelevante: son hechos tan graves que no admiten atenuación alguna. En los casos de plena culpabilidad por el hecho, este recurso legislativo resulta, en principio admisible. Sin embargo, cuando se trata de hechos cometidos por menores, la situación es diferente, pues en caso de que el tribunal decida aplicar efectivamente una pena, aún debe decidir acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa. En consecuencia, ya no es suficiente con la mera enunciación de la tipicidad de la conducta para resolver cuál es la pena aplicable. Un hecho ya no es igual a otro, sino que es necesario graduar el ilícito y la culpabilidad correspondiente"*.

5º) Nuestro Estado Constitucional de Derecho, al receptar el derecho internacional sobre derechos humanos en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, asume por voluntad del constituyente, adherir al paradigma de los derechos humanos, que como anticipara consagra los derechos contenidos en la *Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*, que se contraponen con las normas señaladas del derecho interno, por la situación de especialidad, vulnerabilidad, inmadurez, influenciabilidad, menor comprensión de los actos, especificidad, que detentan los niños, de manera que no pueden ni deben ser tratados como adultos.

Convencionalmente surge del artículo 37.b) CDN, que los niños sólo pueden ser privados de la libertad, sufrir

encarcelamientos o detenciones, como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores -Reglas de Beijing- mantiene similares estándares; como las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad -reglas 1 y 2- y el principio III.1 de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

De un análisis racional de la ley 22.278 -artículo 4 inciso 3) que establece la potestad judicial de aplicar o no la escala de la tentativa- y el artículo 80 inciso 7° del Código Penal, aplicados al caso, surge que son incompatibles con el sistema convencional, al habilitar al juzgador a imponer penas a los niños como si fueran adultos, no respetando las características de especialidad de los mismos ni resguardando el interés superior del niño.

No cumple con los estándares convencionales la perpetuidad de una pena privativa de libertad, con la exigencia que la detención de los niños debe ser utilizada como medida de último recurso y durante el período más breve posible -artículo 37 b) CDN-. Es muy angustiante para un niño infractor de la ley penal soportar la carga del encerramiento perpetuo, resulta desproporcionada y excesiva con relación a los niños, modalidad de sanción que tampoco cumple con el estándar de la reinserción social como objetivo de la pena privativa de libertad.

Conforme lo expresado precedentemente, en correlación con el Informe 172/10 de la Comisión IDH que en el caso se trae a análisis y del corpus iuris internacional aplicable, corresponde hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión o reclusión perpetua establecida en el artículo 80 inciso 7°), impuesta a los recurrentes, niños al momento de la comisión de los hechos, efectuado por las defensas.

Por lo expuesto, en concordancia con los argumentos precedentes propongo al acuerdo:

1º) Hacer lugar a los recursos de revisión interpuestos a favor de César Alberto Mendoza, deducido contra la sentencia de fecha 28 de octubre de 1999 -fojas 125/133-; de Claudio David Núñez, contra la sentencia del 12 de abril de 1999 -fojas 344/350-; por Lucas Matías Mendoza *in páuperis* y sostenida por la Defensora Oficial -fojas 335, 403/404 y 408 en aclaratoria-, contra la sentencia de fecha 12 de abril de 1999; y de la presentación por la Secretaría Nacional de la Niñez Adolescencia y Familia a favor de Lucas Matías Mendoza, Claudio David Núñez y César Alberto Mendoza -por el caso 12651 ante la Comisión IDH-; todas las sentencias recurridas fueron dictadas por el Tribunal Oral de Menores N° 1; por no adecuarse la situación denunciada a los parámetros convencionales ni constitucionales sobre derechos humanos, a los que el Estado Argentino se ha comprometido.

2º) Hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 80 inciso 7 del Código Penal, sólo con relación a la aplicación de la pena allí prevista a los niños infractores de la ley penal.

3º) Anular las decisiones objeto del recurso, sólo con relación a las penas absolutas impuestas a los imputados y aplicar la sanción morigerada correspondiente a la tentativa, y dado las características especiales del caso, desinsacular otro tribunal con el objeto de remitir las actuaciones para la aplicación de las nuevas penas.

4º) Notificar como propone la jueza que lidera el acuerdo la resolución al Ministerio Relaciones Exteriores y Culto; al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; al Ministerio de Desarrollo Social, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia; al Procurador General de la Nación; a la Defensora General de la Nación; a los jueces que tienen a cargo la ejecución de las penas impuestas a los nombrados; al Congreso de la Nación; a la Corte

Interamericana de Derechos Humanos y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a sus efectos y con las formalidades que dispone la ley. Costas por el orden causado atento a lo novedoso del tema planteado -artículos 530 y 531 del CPPN-.

Tal es mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**

I. DECLARAR ADMISIBLES los recursos de revisión deducidos por la Defensa Pública Oficial en favor de César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza; **II. DECLARAR** la inconstitucionalidad del artículo 80 inciso 7° del Código Penal en orden a la pena de prisión perpetua prevista con relación a niños, niñas y adolescentes; **III. HACER LUGAR**, sin costas, a los recursos de casación e inconstitucionalidad deducidos por la defensa y por la Defensoría Pública de Menores en favor de César Alberto Mendoza respecto de la pena de prisión perpetua impuesta al nombrado y en consecuencia anular la decisión en crisis -en lo que se refiere al punto observado- y remitir las actuaciones al Tribunal Oral de Menores nro. 1 para que, previa audiencia, fije una nueva sanción respecto de César Alberto Mendoza con arreglo a la presente y atendiendo especialmente a los lineamientos expuestos en el informe 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; **IV. HACER LUGAR** parcialmente, sin costas, a los recursos de casación intentados por las defensas de Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza y hacer lugar a los recursos de casación e inconstitucionalidad deducidos por las defensoras públicas de menores y por la defensa de Núñez en lo atinente a la imposición de las penas de reclusión y prisión perpetua, anular la decisión en crisis -sólo en lo referente a este aspecto- y remitir las actuaciones al Tribunal Oral de Menores nro. 1 para que, previa audiencia, fije una nueva sanción respecto de los nombrados con arreglo a la presente y atendiendo especialmente a los lineamientos expuestos en el citado informe (arts. 456 inc. 1 y 2, 470, 471, 530 y 531 del

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 14.087 -Sala II-
C.F.C.P "Mendoza, César
Alberto y otros s/ recurso
de revisión"

CPPN); **V. REMITIR** copia de dicho informe y de la presente a conocimiento del Procurador General de la Nación a los fines dispuestos en el punto VIII; **VI. COMUNICAR** lo resuelto -con copia del informe según corresponda- al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, a la Sra. Defensora General de la Nación, a los jueces que tienen a cargo la ejecución de las penas impuestas a los nombrados, al Honorable Congreso de la Nación, por intermedio de la Secretaría General y de Gestión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, todo ello con arreglo a los considerandos del punto IX.

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del art. 400, primera parte del Código Procesal Penal de la Nación en función del art. 455 del mismo ordenamiento legal, y cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío.