

ESCALA PENAL - GRADUACION DE LA PENA - HOMICIDIO - LEY DE PROTECCION DE MENORES - MENOR - NULIDAD - PENA - PROTECCION DEL MENOR - TENTATIVA - TRATADO INTERNACIONAL

Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III

01/08/2011

F., E. E. s/ recurso de casación

DPYC 2012 (mayo), 256; ONLINE AR/JUR/56327/2011

Buenos Aires, agosto 1 de 2011.

La doctora Catucci dijo:

Primero: Las presentes actuaciones llegan a conocimiento de esta Alzada en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 568/581 por el Fiscal, contra la condena dictada por el Tribunal Oral de Menores n° 3, a E. E. F. por los delitos de robo con armas, homicidio *criminis causae* y homicidio *criminis causae* en grado de tentativa, en concurso real por los que fuera declarado penalmente responsable por esta Sala a la pena de tres años de prisión cuyo cumplimiento se deja en suspenso, y costas procesales (arts. 42, 44, 45, 55, 80 inc. 7°, 166, inc. 2°, 26 y 29 inciso 3° del Código Penal de la Nación; 2° y 4°, inciso 3°, de la ley 22.278; 37 inc. b) y 40.1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño —conforme ley 23.849—) y la imposición de las siguientes reglas de conducta por el término de cuatro años: a) Fijar un domicilio fijo y someterse al control del patronato de liberados que por domicilio corresponda, b) Someterse, bajo la supervisión del Cuerpo Médico Forense, a un tratamiento psicológico y psiquiátrico especializado en una institución pública a determinar por el aludido Cuerpo Médico, con miras a abordar las circunstancias personales que dieron origen a esta causa; y c) Acreditar, cada cuatro meses y durante el tiempo fijado precedentemente, ante el Cuerpo de mención la realización de aquél tratamiento (arts. 26, 27 bis, incisos 1° y 6° del Código Penal de la Nación). El recurso fue concedido a fs. 582/584 y mantenido en esta instancia a fs. 596. Puestos los autos en Secretaría por diez días, a los efectos de los artículos 465 primera parte y 466 del ordenamiento ritual, la Sra. Defensora Pública Oficial propició el rechazo del recurso (fs. 599/600 vta.). Finalmente, habiéndose celebrado la audiencia prevista por el artículo 468 del código de forma, el expediente quedó en condiciones de ser resuelto.

Segundo: a) El Sr. Fiscal General invocó los motivos previstos en el artículo 456 del código de rito, por errónea aplicación de la ley sustantiva y arbitrariedad del pronunciamiento cuestionado. Manifestó que el Tribunal de Menores sancionó a F. con una pena privativa de la libertad de cumplimiento en suspenso, por debajo de las escalas permitidas para los hechos por los que fue declarado penalmente responsable, desproporcionada con los daños causados y con el grado de culpabilidad del nombrado, de modo tal de afectar la vigencia de las normas penales y los intereses de la sociedad. Recordó los requisitos establecidos por el artículo 4° de la ley de menores para definir la aplicación de una pena a un menor de edad, norma que fuera ratificada por el Congreso Nacional, por la Ley 23.077, y receptada por nuestra Carta Magna a través del artículo 75 inc. 22, en los términos del Alto Tribunal fijados in re "Maldonado, Daniel Enrique" (M1022 XXXIX). Señaló, que una vez que el encartado alcanzó la mayoría de edad, regían las alternativas previstas en el citado artículo 4° de la ley minoril. Por consiguiente, si el Tribunal entendía que debía sancionarlo, debió hacerlo dentro de los márgenes legales. Acotó que la interpretación sostenida en el fallo se desajusta a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que no establece ninguna escala penal y que en su artículo 37 inc. b) expresamente prevé que la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley, y se utilizará tan sólo como medida de último recurso, durante el período más breve que proceda, en clara remisión a los topes legales del país que corresponda. Recalcó que si bien por la condición de menor de F. a la época de comisión de los delitos no podía imponérsele una pena de prisión perpetua, vedada por la Convención citada, ante la imposibilidad de liberación ni graduación y oponerse a la facultad de reducción prevista en el artículo 4° de la ley minoril, debió ajustarse la pena a las reglas pertinentes. Parámetros sobre los cuales el recurrente había requerido la de quince años de prisión, accesorias legales y costas, atendiendo a la pena contemplada para el homicidio simple del artículo 79 del Código Penal, y según las estipulaciones de los artículos 55 del Código Penal y 4° de la ley 22.278, en cuanto permite aplicar las reglas de la tentativa. Quedó expuesto de esa manera que la sanción impuesta fue inferior a la resultante de los parámetros legales de la figura del homicidio simple, y, por consiguiente, para el impugnante la pena de ejecución con las reglas de conducta, es incompatible con el orden jurídico vigente y con la gravedad de los hechos. Puso de relieve que las penalidades establecidas en el código de fondo responde a la jerarquización de los bienes jurídicos protegidos, fijando las más graves para aquellos de valor superior, como la vida. Insistió en que la imposición punitiva efectuada por el tribunal de juicio es claramente ilegítima; no es una derivación razonada del derecho vigente sino una forzada

interpretación de la legislación para mantener a F. en libertad y puso de manifiesto la vulneración del sistema republicano de gobierno (art. 1° de la Constitución Nacional). Agregó que se estaba en presencia de hechos aberrantes contra la vida de las personas, en los que F. obró con total desprecio y salvajismo hacia terceros, despojando a Gumersindo Díaz de su bien máspreciado y dejando secuelas gravísimas a su esposa Estrella Vidal. Reiteró que la pena escogida por el Tribunal se apartó de lo dispuesto en los artículos 4° de la ley 22.278, 40 y 41 del Código Penal, pues no guardó proporción con el grado de culpabilidad del autor, la naturaleza de la acción y la magnitud del daño ocasionado, máxime cuando el condenado no ha demostrado a lo largo de su tratamiento tutelar merecer tal beneficio. En conclusión de lo expuesto, el Fiscal solicitó que se case el pronunciamiento cuestionado y se condene al nombrado a la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas, propiciada en su oportunidad. Respecto de la inobservancia de la ley procesal el recurrente marcó una causal de arbitrariedad, entre la contradicción de la necesidad de una pena con la reducción de la tentativa anotada en la sentencia, basada en las circunstancias personales de F. y el resultado de la observación tutelar, y el esmero en mantener la libertad de F. durante la tutela, incurriendo de ese modo en una manifiesta incongruencia.

Destacó el Fiscal que según se acreditó en autos, F. es una persona carente de actitud reflexiva y de autocrítica, sin mostrar el más mínimo signo de arrepentimiento, tal como se dejó constancia en la pericia realizada por el Cuerpo Médico Forense. Incluso, puso de resalto que en la audiencia de visu cuando se le concedió la palabra, el imputado "...dio cuenta de que nunca le preocupó la razón de su encierro, sino solamente que éste se prolongara. Es decir no se ha sentido obligado porque no ha asumido ninguna responsabilidad...". Por último, afirmó que la fundamentación de la sentencia resulta contradictoria y no constituye una derivación razonada del derecho vigente de acuerdo a las constancias de la causa. b. La Sra. Defensora Oficial solicitó el rechazo de la impugnación por considerar que sería perjudicial y antifuncional para el menor desde el punto de vista de los fines de la pena, volver a encarcelar a F. por el lapso que pretende el fiscal, o por algún otro. Dijo que su defendido cumplió satisfactoriamente el tratamiento y alcanzó la evolución esperada, finalizó sus estudios primarios y secundarios; se insertó en el mercado laboral; regresó a su hogar y formó el propio; se hizo cargo de su hijo y de los de su concubina y mostró permanente disposición para la realización de las terapias. Sobre la base de esa evolución justificó la sentencia de la instancia anterior, que descartó fuese caprichosa o arbitraria, y derivada

de un cuidadoso análisis, guiada por el fin resocializador orientador del derecho penal, especialmente el de menores. La graduación punitiva, es en su criterio, acorde a los principios establecidos en nuestra Carta Magna y en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos y su encarcelamiento sería altamente contraproducente.

Tercero: Para exponer las razones por las cuales el agravio del fiscal ha de ser acogido ha de comenzarse por señalar que por sentencia de fecha 2 de julio de 2009, obrante a fs. 478/489, esta Sala Tercera, con distinta integración, hizo lugar al recurso de casación deducido por el Sr. Fiscal General, sin costas; casó la sentencia dictada por el Tribunal Oral de Menores n° 3, y declaró a E. F., autor penalmente responsable de los delitos de robo con armas, homicidio criminis causae y homicidio criminis causae en grado de tentativa, en concurso real (arts. 42, 44, 45, 55, 80 inc. 7°, 166 inc. 2°, del C.P.; 123, 404 inc. 2°, 456, 470, 471 y 530 del C.P.P.N.). Firme ese pronunciamiento, y cumplidas las condiciones previstas en el artículo 4° de la ley 22.278, el citado Tribunal Oral de Menores n° 3 condenó al nombrado por los delitos atribuidos, a la pena de tres años de ejecución condicional, y costas, con la obligación de cumplir reglas de conducta por cuatro años. Para así concluir, el a quo hizo un repaso de los antecedentes de F., destacando que en líneas generales no tuvo problemas de convivencia con sus compañeros ni con los responsables de su cuidado y asistió a las entrevistas con los profesionales del servicio social y psicología, "...sin abordar con tales profesionales los hechos que lo condujeron al encierro"; luego, una vez externado, bajo la supervisión del Tribunal, retornó a su hogar, asumió su rol de padre, reanudó sus lazos familiares y se presentó a las entrevistas psicológicas en la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, "...para realizar tratamiento psicológico, labor que no fue desarrollada adecuadamente de acuerdo con lo oído en el marco de las audiencias celebradas, por cuanto allí se brindaba básicamente acompañamiento con operadores y no seguimiento terapéutico." Destacó que F. "...era y sigue siendo un joven afecto al trabajo, con contención familiar, capaz de generar y mantener vínculos afectivos y con recursos cognitivos como para poder proyectarse...conductas que habitualmente exhibía poseer antes de su internación pues demostraba ser responsable en sus trabajos y podía obligarse con otros, como por ejemplo lo demuestra su vínculo de pareja. Incluso su capacidad de reflexionar sobre el rol de padre, y su preocupación por abordar el tema en el marco de las entrevistas psicológicas y sociales en el instituto, hablan a las claras...que le interesa asumir responsabilidades de modo comprometido".

Insistió en que "...el único aspecto que no quiso abordar ni en situación de encierro, ni luego en libertad, pese a esa capacidad reflexiva apreciada por todos los profesionales..., ha sido el vinculado con los graves hechos que motivaron la causa, que ha preferido callar, negándolos. Este mecanismo advertido por las Licenciados M. y Ch. —quienes refirieron que el joven tendía a la hiperactividad y a la demostración de sumisión como recurso evasivo— no fue desmantelado durante la observación, a estar a las sólidas conclusiones producidas por los señores médicos forenses en la junta médica y por la Licenciada O., de ese mismo organismo, y constituye un núcleo central para poder hablar de que ha superado siquiera mínimamente los obstáculos personales para su integración social.". En tal contexto, entendió que "...una sanción deviene necesaria.". También señaló que "...no puede negarse que el espacio terapéutico para que F. asumiera su responsabilidad existió, y éste lo tomó para tratar otras problemáticas que le resultaron de más importancia abordar... a estar a la actitud elusiva asumida a través de su hiperactividad; a la impresión que todos los profesionales se forjaron de él en cuanto a que es una persona capaz para tratarla pese a su reservada personalidad; con posibilidades cognitivas y de trato para abordar sus problemas; y a su aptitud para manipular el vínculo terapéutico y de acompañamiento,... en realidad F. nunca se sintió obligado a dar una respuesta por lo hecho y esa percepción aún persiste en él... A estar a lo apreciado en el marco de la audiencia de visu,...F. fue preguntado en esos términos y dio cuenta de que nunca le preocupó la razón de su encierro, sino solamente que éste se prolongara. Es decir no se ha sentido obligado porque no ha asumido ninguna responsabilidad" (cfr. voto del Dr. González Ferrari). En el mismo sentido, se expuso que "...nada hay en la conducta del joven F. desarrollada durante el marco de pautas impartidas que salga de los parámetros normales esperados para su normal desarrollo en la vida diaria, cierto es que ha estudiado, que ha trabajado y que ha formado una familia asumiendo su paternidad. Ahora bien, estos aspectos formales deben ser complementados con aquello que se ha producido internamente en el causante luego de haber acontecido este "accidente criminoso" —sic— en el derrotero de su vida...para lo cual fue necesario contar con la peritación psiquiátrica a efectos de despejar cualquier duda atinente al impacto que necesariamente debió haber causado en la psiquis de F.. Los galenos de la especialidad concluyeron que el joven causante presenta indicadores de un trastorno de la personalidad a base esquizoide, con rasgos narcisistas y proclividad a conductas inadecuadas, esto no implica anormalidad psicojurídica y su potencial peligrosidad puede ser controlada con un tratamiento psiquiátrico psicológico ambulatorio con supervisión judicial estricta y revaluación psiquiátrica forenses cada seis meses... sostuvieron que

el grado de conciencia, reflexión y autocrítica real sobre sus acciones es muy reducido, pero cuenta con notable capacidad para impresionar a sus interlocutores sobre lo contrario. en cuanto al tratamiento recibido durante la supervisión tutelar afirmaron que ha sido el indicado, aclarando que los reportes en los mismos apuntan a signos de alarma sobre una falla real de conciencia de la enfermedad, haciendo notar a su vez que este caso particular reviste condiciones tan especiales que superan los medios más idóneos de evaluación y control...".

A la vista de esos antecedentes, se reafirmó la "...plena convicción de la necesidad de imponer una sanción al joven F., toda vez que no se han cumplido los requisitos mínimos que permitan determinar su verdadera reinserción social, aparentemente todo indicaría que se encuentra en condiciones de asumir su rol de ciudadano, más la peritación médica sobre el estado de sus facultades nos advierte sobre la desestabilización producida en el seno interno del menor causante. Ello evidencia la imperiosa necesidad de realizar un tratamiento que permita asimilar acabadamente el suceso criminoso en el cual se viera involucrado, el cual no ha sido debidamente tratado en el ámbito institucional, apuntando preferentemente a una contención para evitar desbordes de cualquier índole que provoquen malestar en la población y operadores de turno..." (cfr. voto del Dr. Real). No quedó dudas de que "...sigue ausente en F. un registro psíquico preciso de los gravísimos hechos de los que fuera brazo ejecutor, y sobre los que evitó avanzar durante todo el tiempo de la observación tutelar con una actividad intensa y ajustada a las pautas que le fueran impuestas, y gracias a una notable capacidad para impresionar a sus interlocutores sobre una presunta y efectiva conciencia reflexiva y autocrítica, sobre sus acciones, aspectos que, en verdad, se encuentran muy reducidos en él". "Ante tal panorama y ausente su necesario abordaje durante la observación tutelar, achacable a deficiencias conceptuales y metodológicas del sistema penal juvenil,...", consideró que correspondía imponer a F. una sanción para "...fortalecer la asunción de responsabilidad por parte de F. en relación al atroz hecho cometido, con el objeto de aventar para lo futuro la reiteración de conductas de similar gravedad, ningún aporte significativo habría resultado para el supuesto de no imponerle sanción alguna, pues, como es fácil advertir, se habría consolidado una contradicción insalvable: F., ajustando su conducta a las pautas impartidas a lo largo de la observación tutelar —contando, para ello, con su natural tenencia a maniobras "evitativas" para afrontar el conflicto— habría logrado borrar todo registro de lo sucedido cuando, en realidad, se trata de lograr precisamente el efecto contrario...y el objetivo que se pretende alcanzar permita a F. reflexionar sobre

tal suceso, con el auxilio de un adecuado tratamiento de apoyo" (cfr. voto del Dr. Barberis).

Llegado el momento de definir la sanción que correspondía aplicar a F., los jueces se abocaron a un análisis del artículo 4° de la ley 22.278 a la luz de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (art. 40 inc. 4°), de la cual extrajeron que contenía una "...propuesta que persigue imponer medidas socio-educativas en vez de penas". En esa dirección, dejaron sentado que nuestro país aún no ha adaptado la legislación interna para dar acabado cumplimiento con sus disposiciones y que la labor interpretativa tiene sus límites, por cuanto no pueden los jueces crear medidas por fuera de las reconocidas en el marco legal existente, ni tampoco imponer su regulación, facultades propias de los otros poderes del estado. También asentaron la inexistencia de motivos para tildar de inconstitucional la ley 22.278, pues pese a que se trata de una ley sancionada durante gobierno de facto, el pertinente control de su contenido fue efectuado en el Congreso Nacional a través de la ley 23.077 de "Protección del orden constitucional y la vida democrática", no integrando el lote de normas derogadas...y...contando ya para entonces con la Convención Internacional de los Derechos del Niño... la Corte Suprema de Justicia de la Nación...no la consideró contraria a ésta...". Más adelante el a quo puntualizó que "La primera consideración que cabe efectuar es que la reducción establecida por la ley en su artículo 4, se ajusta a los criterios de la Convención pues permite aplicar una pena diferenciada respecto de la que pueda corresponder a una persona mayor de dieciocho años de edad en las mismas circunstancias. Ahora bien bajo la invocación equivocada de un mandato constitucional no expreso, los jueces anunciaron su deber de ajustar el encarcelamiento por el menor tiempo posible, en los términos del artículo art. 37 de la Convención Sobre los Derechos del Niño. Y aún con ese preludeo y en un evidente avance legislativo, que habían descalificado por ser ilegítimo y prohibido, entendieron que el mínimo imperativamente impuesto por la ley no les resultaba suficiente; y, con absoluto poder discrecional, propio y exclusivo de otros poderes del estado, pero otra vez con alocución de una norma, esta vez el artículo 40, inc. 4° de la normativa supralegal citada, aplicaron una pena por una decisión cuyo único contenido fue su voluntad. Pues bien, repasados los antecedentes del caso, habré de señalar, en concordancia con la opinión de la fiscalía, que a las notorias contradicciones argumentales que exhibe esta sentencia se suma un claro desconocimiento de las normas vigentes que rigen la determinación de la penas cuando se trata de menores de edad. Inclusive se observa una cita legal, la del artículo 40, de la Convención Sobre los Derechos del Niño, de contenido programático y no

operativo por cuanto reza que "Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción" (punto 4), a toda luces improcedente e imaginando una contradicción entre la norma internacional y el derecho interno inexistente. En ese tema sería conveniente la lectura de lo expuesto in re "Zelada, Cristian L. E. s/recurso de casación", reg.... del....) en la que señalé que sobre los Pactos Internacionales incorporados a la Constitución Nacional en su artículo 75, 22, parece olvidado el precepto que los afecta enunciado en los siguientes términos : "en las condiciones de su vigencia", que no tiene otro significado que en las condiciones en que se encuentre la legislación vigente". "Esa frase encuentra su sentido con sólo recordar que los pactos no son operativos sino programáticos, es decir que la legislación emergente debe propender a satisfacer sus principios (cfr., entre otros, arts. 3 y 2.1.c de la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 2 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; art. 2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 4 de la Convención Sobre los Derechos del Niño)". "Adviértase que por sus mismas calidades carecen de efectos derogatorios de la legislación vigente." Hace ya tiempo la Corte señaló que si bien el artículo 75 inc. 22 otorgó jerarquía constitucional a los tratados, ellos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución; que el legislador ha efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir; y que no se puede sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la Constitución Nacional, por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarios y, por lo tanto no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente (cfr. Fallos 319:3148 319:3241; 321:885; 321:2314; 324:975; 324:2895, entre otros).

Obsérvese que, como con acierto lo indico el Fiscal, las disposiciones internacionales mencionadas por el Tribunal no imponen ni delimitan escalas punitivas y tampoco vedan la aplicación de penas privativas de la libertad a menores de edad. Los artículos 37 y 40 de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño perfilan garantías básicas mínimas que los Estados

parte han de respetar, entre ellas no imponer "...la pena capital ni la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad" (37, ap. a); que "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 que proceda" (37, ap. b) y que se "dispondrán medidas alternativas a las de internación para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción" (40.4 citado supra). Incluso las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), contemplan expresamente la privación de la libertad personal de un menor condenado "...por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada (principio 17.1.c). Ahora bien, el 28 de septiembre de 2005 se sancionó la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (B.O., 26 de octubre), que derogó la llamada ley de Patronato de Menores n° 10.903, pero no la 22.278 (conf. art. 76). Ese plexo normativo, estableció la obligatoriedad de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en su artículo 19 expresamente dispuso que "Las personas sujetos de esta ley tienen derecho a su libertad personal, sin más límites que los establecidos en el ordenamiento jurídico vigente"; y que la privación de un menor de edad "...debe realizarse de conformidad con la normativa vigente". Naturalmente, esas disposiciones, en lo que aquí concierne, se armonizan con lo dispuesto en los artículos 4° de la ley 22.278, 40 y 41 del Código Penal. Por ese motivo, discernir una pena en relación a un menor de edad, como lo era F. al cometer los hechos por los que fue condenado, ajustada a la escala penal que rige su caso (arts. 55, 166 inc. 2° y 80 inc. 7° del C.P.) no resulta una medida ilegítima, cruel o inhumana. De lo contrario cabría suponer que el legislador deliberadamente decidió incumplir los compromisos internacionales asumidos por mandato constitucional (art. 75 inc. 22). No puede soslayarse entonces, la reiterada jurisprudencia del Superior, referida a que en materia de interpretación de las leyes no cabe presumir la inconsecuencia, la falta de previsión del legislador, razón por la cual las normas deben ser entendidas evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, procurando adoptar como verdadero el que las concile y deje a todas con valor (cfr. Fallos 330:2800; 330:4713; 330:1910; 330:304; 331:866, entre muchos otros). Además, la ley 22.278, repito, aún vigente, tampoco ha sido declarada constitucional, por el Máximo Tribunal de la Nación ni al expedirse en Fallos "Maldonado, Daniel Enrique y otros s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado —cn/

1174—", del 7 de diciembre de 2005, ni en "García Méndez, Emilio, Musa, Laura C. s/causa 7537", del 2 de diciembre de 2008". Justamente, son esos mismos precedentes de la Corte los que descalifican la interpretación de las normas de fondo que efectuó el sentenciante, pues aún cuando ha enfatizado en el fin resocializador que debe orientar el sistema punitivo minoril con sustento en los principios emanados de las Convenciones Internacionales en juego, lo hizo con arreglo al derecho vigente en el país, es decir, a la luz del artículo 4° de la ley 22.278 y 40 y 41 del Código Penal (vid. "Maldonado", citado supra). Incluso en "García Méndez", el Alto Tribunal alertó que no se puede "...justificar que por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la ley 22.278,...no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el artículo 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar... Ello implicaría sustituirse a competencias propias de los otros poderes del Estado (Fallos330:4866; 4873/4874)...". Todo lo expuesto anteriormente, ratifica que la solución a la que arribó el sentenciante afectó, a no dudarlo, el saludable equilibrio de poderes de la República sentado en la Constitución Nacional (arts. 1, 75 inc. 12 y 116). De tal guisa, si para el a quo debía imponerse a F. una pena disminuida conforme a las reglas de la tentativa, según lo prevé el artículo 4° de la ley minoril, esa pena debía ser determinada según el marco punitivo resultante de los artículos 42, 44, 55, 80 inc. 7 y 166 inc. 2° del Código Penal, que parte de diez años a treinta y cinco años de prisión. Sin que ningún criterio de "discrecionalidad" permita apartarse del catálogo legal vigente para aplicar una pena de ejecución condicional, como tampoco lo permite, la llamativa afirmación de que la ley de ejecución penal —24.660— carece de recursos para alojar detenidos que, como F., presenten "...indicadores de un trastorno de la personalidad a base esquizoide, con rasgos narcisistas y proclividad a conductas inadecuadas", sin anormalidad psicojurídica, como surge del informe del Cuerpo médico Forense de fs. 531/34. Afirmación que impacta al grado de generar una responsabilidad internacional del Estado Argentino, por inobservancia, por ejemplo, de los arts. 22 y 25 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (Resoluciones 663 C 31- 7-57 y 2076-13-5-77 del Consejo Económico y Social) y 9 de los Principios Básicos para el Tratamiento de Reclusos. Sin embargo ello no es así pues la ley 24660 dispone de un capítulo IX titulado "Asistencia Médica", cuya lectura se recomienda. Aclarado este punto, y retomando el tema de los marcos penales, resulta interesante releer la obra "Lineamientos de la determinación de la pena" (pág. 36 y ss. Ed. Ad Hoc, Bs. As., 1996), escrita por Patricia Ziffer,

quien, con respecto a su función, manifestó que éstos ponen límites a la discrecionalidad judicial, y por su intermedio el legislador refleja el valor proporcional de la norma dentro del sistema; así "... se señala la importancia y rango de la norma prohibitiva o imperativa dentro del ordenamiento social. Para decidir cuál es la posición de un bien jurídico en relación con otro, la intensidad de las sanciones previstas resulta un criterio decisivo, si no el único jurídicamente admisible. De este modo, ella se convierte en un punto de partida esencial para determinar la pena en forma racional, pues es el reflejo de la escala de valores plasmada en el ordenamiento jurídico". "Una consecuencia básica de concebir a los marcos penales como indicadores del valor proporcional de la norma es considerar que la gravedad de una pena no puede ser determinada en abstracto, sino sólo en relación con el mínimo y el máximo del delito de que se trate"... y que "... no puede admitirse"...que el juez pueda determinar, "discrecionalmente", primero, cuál es la pena "justa", y luego, buscar un tipo penal y fundarla, lo cual echaría por la borda cualquier esfuerzo de la ciencia del derecho por introducir racionalidad en las decisiones""(cfr.causa nº 11.264 "Alume, José M. s/recurso de casación", reg. Nº 25/2010 del... , de esta Sala III). A mayor abundamiento, recuérdase también que "en virtud de la facultad que le otorga el art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional, resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas (Fallos 11:405; 191:245; 275:89), y asimismo y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estima pertinente, de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción de los principios consagrados en la Carta Fundamental; sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (Fallos 257: 127; 293:163; 300:642; 301:341). Valga la repetición, por mandato constitucional y dado al sistema de división de poderes, es atribución exclusiva del Congreso de la Nación la creación de las leyes mientras que los jueces deben decidir que es lo justo para el caso concreto aplicando e interpretando las leyes vigentes. En síntesis, se trata de una sentencia con graves consideraciones que se hacen notar al tribunal que las emitió. Además, previa alusión a la necesidad de imponer una sanción, frente a los delitos de homicidio, homicidio en grado de tentativa y robo con armas cometidos por F., inventan una pena ilegal, por ende carente de todo sustento jurídico, y contrapuesta, como ha quedado dicho, no sólo la jurisprudencia del Alto Tribunal sino a los propios Pactos Internacionales citados en la resolución cuestionada. Las incoherencias apuntadas afectan de insalvable nulidad al pronunciamiento en ciernes en los

términos del artículo 404 inc. 2° y 4° del Código Procesal Penal de la Nación, que en tales condiciones pierde su calificación de acto jurisdiccional válido en los términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 261:209; 274:135; 284:119 y 297:100; S-49, XVIII, "Sarasola de Markendorf, Marta E. c/Markendorf, Alfredo J.", resuelta el 4 de noviembre de 1980; y C.518, XX, "Campetti S.R.L. c/Provincia del Chaco s/demanda contencioso-administrativa", del 8 de mayo de 1986, entre muchos otros). Consecuencia de todo lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar al recurso de casación articulado por el Fiscal, sin costas, anular la resolución cuestionada, apartar al Tribunal del conocimiento de la causa y remitirla a otro órgano jurisdiccional que habrá de dictar nuevo pronunciamiento, sin otro límite que el impuesto por la escala penal resultante de los artículos 42, 44, 55, 166 inc. 2° y 80 inc. 7° del Código Penal, en función del 4° de la ley 22.278. Previo a ello, deberá practicarse una nueva evaluación psiquiátrica y psicológica a E. E. F. con intervención del Cuerpo Médico Forense. En tales términos voto.

El doctor Mitchell dijo:

En el caso de resultar necesaria la imposición de pena al menor procesado, la discernida en la sentencia recurrida es manifiestamente ilegal pues está muy por debajo del mínimo previsto en los respectivos tipos penales en los que se encasilló la conducta acriminada, aun efectuando la reducción a la escala de la tentativa que autoriza el artículo 4 de la ley 22.278 y habría que disponer la nulidad del fallo por las razones que sustentan el voto de la Dra. Catucci.

Mas, previamente a ello, como presupuesto lógicamente anterior, me detendré a analizar si esa "necesidad" de aplicar pena se encuentra debidamente fundada, de conformidad con las pautas que para ello deben tenerse en cuenta según lo establece el citado art. 4 de la ley 24.278, o sea que "...las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieran necesario imponerle una sanción...".

Queda así plasmado el sistema de nuestra ley, la que exige meritar una serie de factores y, a diferencia de otras concepciones, no excluye la posibilidad de atenuar la pena o eximir de ella por la sola gravedad del o los hechos, por extrema que fuera. Si así no fuese, el menor a quien se declaró autor responsable de delitos fulminados con la pena máxima —prisión o reclusión perpetuas— no debería ser sometido a observación y tratamiento tutelar, toda vez que su suerte quedaría sellada con aquél pronunciamiento.

Paso, seguidamente, a hacer un breve repaso y consideración de aquellas piezas procesales obrantes en el legajo y que a mi ver son de fundamental importancia para cumplir con las exigencias normativas que relevé en los párrafos precedentes y que son: A) Auto de fs. 529, especialmente su punto b) B) Los dictámenes de los facultativos en respuesta a dicho requerimiento (fs. 531/534 y 535/40) C) Los fundamentos de los jueces del Tribunal Oral de Menores (fs. 547/556 vta.) D) La audiencia de fs. 543 y vta. y sentencia de fs. 544 y 545. De todo ello destaco: 1) Los señores jueces del Tribunal Oral de Menores han demostrado una preocupación digna de encomio al disponer las medidas tuitivas tendientes a la resocialización del encausado, como ya lo enfatizaran los Sres. Médicos Forenses. 2) La medida del punto b de fs. 529 no debe ser entendida como referida a los hechos por los que se acusara al causante, pues lo contrario y la consideración de tales conclusiones puede importar una clara transgresión al principio constitucional de que nadie está obligado a declarar en su contra.

El reconocimiento de los hechos motivos del proceso, aun con fines terapéuticos, por peritos que luego informarán al Tribunal de la causa, no puede exigirse ni siquiera sugerirse, pues ello importa una grave transgresión constitucional; por ende la actitud negativa o elusiva del acusado a tal respecto no puede ser valorada en su contra, en manera alguna, sin detrimento de las garantías constitucionales de que nadie está obligado a declarar contra si mismo, al derecho a guardar silencio y al debido proceso legal. Tal garantía debe observarse aun cuando ya exista una sentencia firme que lo declare autor responsable de los hechos, pues siempre habrá de su parte un interés legítimo (así, por ejemplo en el eventual caso de nuevas pruebas del art. 479 inciso 4° del C.P.P.N.). Quedarían pues para considerar: a) La extrema gravedad de los hechos, sus modalidades y su número. b) La buena conducta del causante posterior a esos episodios, tanto en encierro como en libertad. c) Los trastornos de su personalidad evaluados por los médicos y psicólogos, con prescindencia de lo que se refiere a su actitud respecto de los hechos que se le imputan d) Los tratamientos aconsejados por los facultativos y su forma y lugar de cumplimiento. e) De lege lata la pena discernida por el a quo, por exigua, es ilegal al estar por debajo de su límite mínimo, y por ello, habrá de anularse el fallo recurrido; no obstante, de lege ferenda propicio un sistema que otorgue mayores márgenes a los magistrados para imponer sanciones privativas de libertad u otras medidas alternativas, que resulten adecuadas al caso concreto. Si aceptamos que el derecho penal es la última ratio tanto más debe serlo la imposición de penas graves a menores de edad. En definitiva y más allá de las breves consideraciones que dejo expuestas, me adhiero a las

conclusiones a las que arriba en su voto la Dra. Catucci, con la salvedad que en la nueva evaluación psiquiátrica y psicológica que propicia deberán tenerse en cuenta los límites que, según mi criterio y que dejo expuesto ut-supra, imponen las garantías constitucionales y procesales. Tal es mi voto.

El doctor Riggi dijo:

Por compartir los fundamentos y conclusiones a las que arriba la doctora Liliana E. Catucci, nos expedimos en igual sentido al que propone.

En mérito a la votación que antecede, el Tribunal resuelve: Hacer lugar al recurso interpuesto por el Fiscal, sin costas; declarar la nulidad de la sentencia de fs. 547/566, apartar al Tribunal Oral de Menores n° 3 del conocimiento de la causa y remitir las presentes actuaciones a la Secretaría General de esta Cámara para que desinsacule el Tribunal que deberá dictar un nuevo pronunciamiento ajustado a la doctrina aquí fijada, y dar cumplimiento al peritaje ordenado en el último punto del Considerando Tercero de este pronunciamiento (arts. 4° de la ley 22.278, 40 y 41 del C.P.; 123, 404 inc. 2° y 4°, 456, 470, 471, 530 y ccs. del C.P.P.N.). Regístrese, hágase saber y remítanse las actuaciones, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.— Liliana E. Catucci.— Gustavo Mitchell.— Eduardo R. Riggi.