



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

—I—

La Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma, provincia de Río Negro, declaró la responsabilidad penal de C J A por haber dado muerte a A L de un disparo, el 29 de mayo de 2011, cuando aquél tenía diecisiete años; lo consideró autor de los delitos de homicidio agravado por haber sido cometido con un arma de fuego en concurso ideal con portación de arma de uso civil (arts. 41 bis, 45, 54, 79 y 189 bis (2), tercer párrafo, del Código Penal) y, al determinar la respuesta que correspondía disponer en aplicación del artículo 4 de la ley 22.278, concluyó que era necesario aplicar una sanción, descartó la posibilidad de reducción de la escala penal “en la forma prevista para la tentativa” e impuso una pena de doce años de prisión (ver fs. 1294/1319).

La asistencia técnica de A y la defensora de menores impugnaron el pronunciamiento de la cámara mediante un recurso de casación conjunto. Objetaron en particular el pronunciamiento acerca de la pena, del que postularon que violaría el artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño y desconocería la doctrina de los precedentes de V.E. *in re* “Maldonado” (Fallos: 328:4343) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina” (sentencia de 14 de mayo de 2013), que exigirían la imposición de una sanción sensiblemente menor, en especial, una pena reducida mediante la regla de punibilidad de las tentativas (ver fs. 1321/1334 vta.).

El Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro resolvió, por mayoría, declarar formalmente inadmisibles los recursos de casación interpuestos en favor de A y, tras afirmar haber hecho una “revisión integral” de la resolución de la cámara, dispuso también “confirmar en todas sus partes” la sentencia impugnada (ver fs. 1348/1364).

Contra esa decisión la defensora penal y la de menores actuantes interpusieron sendos recursos extraordinarios federales (ver fs. 1375/94 y 1395/1409, respectivamente). Si bien el *a quo* concedió el primero de ellos sólo “respecto de los agravios vinculados con la violación de la Convención sobre los Derechos del Niño y con el incumplimiento de la garantía del doble conforme” (ver fs. 1439/49, punto dispositivo primero), en los fundamentos del voto de la doctora Piccinini, que formó mayoría con la adhesión de los vocales Barotto y Apcarian, se consideró que la admisibilidad también alcanzaba los agravios “por una arbitraria ponderación del incidente tutelar al momento de imponer la pena de prisión” (ver fs. 1448), razón por la cual –con arreglo a la doctrina de Fallos: 324:547; 325:2219 y 330:4040, entre otros– corresponde interpretar que la jurisdicción de la Corte se encuentra habilitada con ese alcance. En cuanto a la impugnación de la defensora de menores, se la declaró inadmisibile en aplicación de la Acordada 4/2007 de V.E. (ver fs. 1445 y punto dispositivo segundo de la misma resolución).

–II–

En el recurso extraordinario así concedido, se cuestiona el pronunciamiento del superior tribunal provincial con base en que, al rechazar como lo hizo la impugnación dirigida contra la determinación de la pena realizada por la cámara, violaría el derecho a una revisión amplia de la sentencia penal condenatoria que asegura el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal como ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en decisiones como las recaídas en los casos “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (sentencia de 2 de julio de 2004) y “Mohamed vs. Argentina” (sentencia de 23 de noviembre de 2012), y por V.E. mediante la doctrina desarrollada en el precedente de Fallos: 328:3399.

A su vez, la decisión confirmada de ese modo por el *a quo* –sostiene la apelante– incumpliría con principios fundamentales que han de guiar la administración



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

de justicia en asuntos, como el presente, que conciernen a adolescentes en conflicto con la ley penal, en especial el más general de la protección del interés superior del niño y el más específico reflejado en el artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto dispone que “[l]a 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 que proceda”. Estos principios obligaban al *a quo* –postula la recurrente– a fijar una pena sensiblemente menor a la de doce años de prisión que el tribunal confirmó.

–III–

El recurso se dirige contra la sentencia definitiva pronunciada en el caso por el superior tribunal de la provincia. Y si bien los agravios planteados en él refieren a asuntos que como principio son ajenos a la competencia extraordinaria de V.E. –en particular, la procedencia y extensión de los recursos de carácter local que se interponen ante aquéllos (Fallos: 308:2351; 313:1045, entre otros) y la individualización última del monto de pena a imponer, cuando su determinación por los jueces de la causa ha sido realizada razonablemente dentro de los límites establecidos por las categorías que en ese sentido fijan las leyes (Fallos: 310:2844; 311:2619, entre otros)– opino que, como viene concedido, es formalmente procedente, pues se ha puesto en cuestión la inteligencia de cláusulas de convenciones internacionales con jerarquía constitucional aplicables en la materia, y la decisión del *a quo* ha sido contraria a la pretensión que la recurrente ha fundado en ellas (art. 14, inc. 3º, de la ley 48 y Fallos: 325:1549 y 328:4343, considerando 4º).

–IV–

En lo que respecta al fondo del planteo traído a consideración de la Corte, advierto en primer término que se dirige –en rigor– no tanto a la interpretación del ré-

gimen que regulan la ley 22.278 para los menores imputados por la comisión de un delito, la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas de Beijing, entre otras, o respecto de la doctrina fijada por V.E. *in re* “Maldonado” y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Mendoza vs. Argentina”, todo lo cual ha sido invocado por el *a quo* y por el tribunal de mérito de modo expreso y sobre cuya aplicación al caso no existe en autos controversia alguna, sino a cuestionar los criterios que sobre esa base normativa y jurisprudencial y las constancias del proceso, tuvo en cuenta el tribunal *a quo* para resolver el recurso de casación contra el *quantum* de la sanción impuesta al menor imputado. Ello sin perjuicio del restante agravio, referido a la garantía de la revisión judicial suficiente de la condena (ver apartado XI *infra*).

En efecto, a excepción de la posibilidad de absolver que la ley confiere a los jueces cuando estiman innecesario aplicar sanción, la cual no fue utilizada en el *sub iudice* ni postulada por las defensas (ver fs. 1291), desde aquella óptica la recurrente reclama la procedencia de alguna de las otras alternativas previstas en el artículo 4 de la ley 22.278, es decir, reducir la pena del modo previsto para la tentativa o, en su defecto, imponer el mínimo legal en vez de los doce años de prisión aplicados. Para ello se funda, precisamente, en la misma base normativa y jurisprudencial que se invocó en la sentencia del *a quo* y concluye en la desproporción de la condena y su contradicción con lo que rige respecto de los menores en conflicto con la ley penal.

Al ingresar a los agravios así introducidos, se aprecia que ponen énfasis en cuestiones de hecho y prueba valoradas en la individualización de la pena, fundamentalmente referidas al incidente de tratamiento tutelar, la actitud del menor a lo largo del proceso, la impresión que produjo a los jueces de la causa, las cuales fueron consideradas por el tribunal de mérito, cuyo juicio –recurso de casación mediante– fue compartido por el *a quo*, y constituyen aspectos por los cuales, con el limitado alcance *supra* indicado, se encuentra habilitada la jurisdicción de V.E.



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Sin desconocer que la ponderación de esas pautas resulta difícil de tabular en esta instancia en orden al grado de culpabilidad atribuible al imputado, estimo que el examen de esos extremos será pertinente por la vía intentada, en la medida en que se vincule con la inteligencia de la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos comprometidos.

-V-

En esa dirección, corresponde observar inicialmente en cuanto a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos *in re* "Mendoza y otros", referida a casos donde –a diferencia del *sub judice*– se había aplicado a menores la pena de prisión perpetua, que además de objetar el régimen de la ley 22.278 por el amplio margen de arbitrio judicial que permite su artículo 4 y por admitir la posibilidad de imponer a los niños las mismas penas que a los adultos, lo cual es contrario al principio de proporcionalidad (párrafo 295), el tribunal consideró que "la prisión y reclusión perpetuas de niños son incompatibles con el artículo 7.3 de la Convención Americana, pues no son sanciones excepcionales, no implican la privación de la libertad por el menor tiempo posible ni por un plazo determinado desde el momento de su imposición, ni permiten la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad de los niños" (párrafo 163). En similar sentido, agregó que "la medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma" (párrafo 165 y, en igual sentido, párrafo 151).

Si bien la Corte Interamericana valoró positivamente la sentencia dictada por V.E. *in re* "Maldonado" por establecer "criterios importantes sobre la incompatibilidad de la imposición de la prisión perpetua con los derechos de los niños", interpretó que la ley 22.278 "contiene disposiciones contrarias a la Convención Americana y a los estándares internacionales aplicables a la justicia penal juvenil..." y determinó que el

Estado “está obligado a garantizar, a través de la adopción de las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias, la protección del niño por parte de la familia, de la sociedad y del mismo Estado”. De ese modo, aun cuando recordó su jurisprudencia en cuanto a que “las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley” (párrafo 323), consideró que “a fin de cumplir con dichas obligaciones, Argentina deberá ajustar su marco legal a los estándares internacionales ... en materia de justicia penal juvenil ... y diseñar e implementar políticas públicas ... para la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios eficaces que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes ... ” (párrafos 324 y 325, y punto dispositivo 20).

Es oportuno recordar, asimismo, que el caso “Maldonado” –resuelto con anterioridad a la referida sentencia *in re* “Mendoza”– significó una inteligencia del régimen penal de menores que –en la medida posible para un pronunciamiento judicial y conforme al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– buscó interpretarlo con arreglo a la Constitución Nacional y a las normas del derecho internacional de los derechos humanos que rigen la materia (considerandos 33 y 34 del voto de la mayoría). En efecto, tratándose de un proceso donde era aplicable una pena absoluta –pues se imputaba infracción a los artículos 80, inciso 7º, y 166, inciso 2º, del Código Penal– en el cual la Corte dejó sin efecto la condena a prisión perpetua que se había impuesto al menor, concluyó –en síntesis– que “cuando se trata de hechos cometidos por menores ... en caso de que el tribunal decida aplicar efectivamente una pena, aún debe decidir acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa”, y que “la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto” (considerandos 14 y 40 *idem*). También juzgó allí que para evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para la reintegración del menor condenado a la sociedad, al momento de determinarla, el tribunal no puede omitir “la



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

consideración relativa a la concreta necesidad de pena, desde la perspectiva indicada, respecto de ese autor en concreto” (considerando 35 *ibidem*).

–VI–

Así las cosas, estimo que al no tratarse en el *sub judice* de la aplicación de la prisión o reclusión perpetuas de niños, consideradas “incompatibles con el artículo 7.3 de la Convención Americana” sino de una pena temporal cuyo plazo sí se encuentra determinado desde el momento de su imposición, lo cual se adecua al criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (párrafo 163 del citado caso “Mendoza”), no es posible discernir en esta instancia a partir de la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos específicamente aplicables y de las condiciones de su vigencia, si la individualización efectuada por la justicia de la provincia de Río Negro resulta irrazonable, aun ponderando –en la medida habilitada por el *a quo*– las singulares características del hecho y la situación concreta del menor imputado.

Es que los principios incluidos en los instrumentos internacionales que rigen esta rama del derecho penal son, como no podría ser de otro modo, de una amplitud apta para poder abarcar el universo de casos posibles. Así, por ejemplo, el comentario al punto 6 de las Reglas de Beijing, que reconoce un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en los distintos niveles de la administración de la justicia de menores, la debida competencia para ello y la capacitación específica, alude a la “necesidad de permitir el ejercicio de las facultades discrecionales en todos los niveles importantes del procedimiento, de modo que los que adoptan determinaciones puedan tomar las medidas que estimen más adecuadas en cada caso en particular; y la necesidad de prever controles y equilibrios a fin de restringir cualquier abuso de las facultades discrecionales y salvaguardar los derechos del joven delincuente”. Precisamente ese punto 6, fue invocado por el tribunal de mérito al citar en su sentencia un precedente del *a quo* (ver fs. 1317).

Al referirse a los principios rectores de la sentencia y la resolución, esas mismas Reglas –en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño– contemplan que “las restricciones a la libertad personal del menor ... se reducirán al mínimo posible” (nº 17.1.b). El comentario respectivo explica que “significa que los enfoques estrictamente punitivos no son adecuados, si bien en los casos de adultos, y posiblemente también en los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía cierta justificación la idea de justo merecido y de sanciones retributivas, en los casos de menores siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven”. Esa referencia expresa concurre, en el sentido de la amplitud indicada, a la interpretación de la facultad judicial prevista en el artículo 4 de la ley 22.278 y a lo que V.E. ha reiterado en Fallos: 332:512 –con cita del precedente “Maldonado” y que también invocó la cámara a fojas 1314– en cuanto al “mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o, con las palabras de la Convención sobre los Derechos 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)’”.

Otro ejemplo de ello se advierte en la inteligencia de la fórmula referida a que el encarcelamiento o prisión de un niño se utilizará “durante el período más breve que proceda” del artículo 37.b de la Convención respectiva. Sobre este aspecto, que la Corte Interamericana ha identificado con el principio de “*ultima ratio* y de máxima brevedad” (párrafo 162 *in re* “Mendoza”), es ilustrativo el voto de la juez Carmen Argibay *in re* “Maldonado” donde, con cita de los antecedentes de ese instrumento internacional, afirmó que esa determinación corresponde a los jueces al momento de aplicar las alternativas que la ley ofrece, pues “aunque una privación de libertad más leve sea de hecho ‘posible’, puede no ser ‘procedente’, es decir, conforme a derecho” (considerando 17).



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Sobre la misma cuestión, así como el juez Fayt estimó en ese pronunciamiento que la sanción penal del menor “en su caso, deberá ser por regla reducida” (considerandos 16 y 25); la doctora Argibay juzgó en su voto que de la Convención sobre los Derechos del Niño deriva “una regla de máxima prudencia y cuidado en la imposición de penas de prisión ... que obliga para ello a descartar fundadamente la suficiencia de las alternativas más leves” (considerando 20), aunque también negó que siempre fuese obligatoria la aplicación de la pena más baja, pues de esa forma la escala penal perdería significado y no tendría sentido una regla que obligue a “aplicar la pena más breve” (considerando 17, subrayado original). Por su parte, en el voto de la mayoría se afirmó —como ya se dijo— que tratándose de menores, “en caso de que el tribunal decida aplicar efectivamente una pena, aún debe decidir acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa” (considerando 14).

En suma, el panorama descripto muestra de modo elocuente que en esta materia, aun mediando el interés superior del niño y su resocialización como principios rectores, no es posible afirmar de manera terminante que aquéllos instrumentos indiquen que la proporcionalidad de las sanciones que les sean aplicadas deba desentenderse de las constancias del proceso y de su razonable aplicación discrecional por parte de los jueces intervinientes ni que, aun cuando se la identifique con esos objetivos preponderantes, la pena deba ser, por regla, la mínima. En consecuencia, el alcance de la revisión en esta instancia debe ceñirse a la inteligencia que de dichos principios dimana a través de su aplicación concreta.

–VII–

Ahora bien, en el *sub judice* la fundamentación que invocó la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma, provincia de Río Negro, que fue compartida por el *a quo* en el fallo apelado, explicó, en primer lugar, los motivos por los cuales era necesario imponer sanción penal. Respecto de la necesidad de privación de la libertad los jue-

ces valoraron detalladamente la modalidad y gravedad del hecho, los antecedentes e informes psicológico y psiquiátrico del menor, el resultado adverso del tratamiento tutelar y la mala impresión personal. Sobre esa base juzgaron que si bien la sanción es la “última solución”, en el *sub examine* se justificaba por esas razones, las cuales también los llevaron a descartar la aplicación de la escala de la tentativa y el mínimo legal de la pena (ver fs. 1314/vta.).

Al discernir el *quantum* de doce años, compartieron el criterio de la Fiscal de Cámara y apuntaron que si se hubiera tratado de un mayor la pena habría sido más grave. Señalaron que “tomando en cuenta que el mínimo de la escala penal para el caso del homicidio agravado por el uso de arma de fuego, es de diez años y ocho meses de prisión, no se presenta como desmesurado su ajuste en función de la portación de arma de fuego...” (ver fs. 1315 vta./1316).

En cuanto a la escala de la tentativa, afirmaron que aun cuando la aplicación de su mínimo no es automática pues se trata de una facultad judicial, la pena aplicada “se inscribe” en ese rango (ver fs. 1316 vta.).

Esa fundamentación sobre la necesidad de sanción, la inaplicabilidad de la escala de la tentativa y, finalmente, la individualización de la pena, que el tribunal de mérito abordó en su fallo al tratar la “tercera cuestión”, fue compartida por la mayoría del *a quo*. (ver fs. 1356 y 1308/18). Sin perjuicio de que con arreglo a los criterios de Fallos: 247:202; 266:73; 308:2352; 327:787 y 954, voto del doctor Fayt, entre otros, esa remisión constituye base suficiente para la validez de una sentencia judicial, el Superior Tribunal de Justicia provincial también desarrolló otros argumentos para desestimar los recursos de casación de las defensas y sostuvo que carecían de la adecuada crítica del fallo impugnado.

En tal sentido, el *a quo* descartó que el agravio sobre afirmaciones dogmáticas respecto, por ejemplo, de la personalidad del imputado, careciera de sustento pues



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

en el fallo se habían detallado las constancias del proceso –incluido el incidente de tratamiento tutelar– sobre las que se “construyó una motivación fáctico/jurídica que las impugnantes no rebaten”. A similar conclusión arribaron al considerar que en aquella “tercera cuestión” se habían volcado “amplios y variados argumentos sustentados en circunstancias verificadas”, al contrario de lo postulado por las defensas, en cuanto a la mala impresión que causó el joven imputado; como así también sobre su falta de arrepentimiento y rehabilitación, falsedad de los testigos, actitud procesal del menor y su situación en cuanto al incendio que atravesó, pues la mayoría del Superior Tribunal estimó que “la sentencia funda motivadamente en los hechos y el derecho la ponderación de las pautas relativas a la necesidad de imponer pena y el *quantum* correspondiente”. También valoró que no podía desconocerse que los jueces de mérito aplicaron el fallo “Maldonado” de V.E. y que, por lo tanto, el agravio referido al incumplimiento de la obligación estatal de reconocer el derecho del joven a un trato diferente por su condición de menor al momento del hecho, desatendía los fundamentos concretos de la decisión. Asimismo, estimaron que la crítica acerca de que la omisión de reducir la pena según la escala de la tentativa o de aplicar el mínimo legal significaba sancionar al menor con iguales parámetros que a un adulto, pasaba por alto aspectos que habían sido explícitamente analizados en la sentencia.

A continuación, sostuvo que la decisión recurrida se ajustaba a la doctrina legal de los precedentes del propio Superior Tribunal que transcribió en lo pertinente (sentencias SE. 141/07, 2/09, 13/11 y 83/11) y afirmó que en el fallo apelado se estableció, con la debida motivación, que el tratamiento tutelar no había sido aprovechado por el menor para su rehabilitación. A resultas de ello, concluyó que cobró relevancia la necesidad de imponerle una sanción que, dentro de lo opinable o discutible, había sido determinada según la escala penal aplicable para que “internalice los límites que ya no debe trasponer”, sin que las recurrentes hubieran demostrado su arbitrariedad (ver fs. 1356/63).

Las consideraciones así desarrolladas por el *a quo* sobre la base de las constancias del proceso, encuadran en la amplitud de la normativa y en los precedentes ya referidos que rigen esta materia, por lo cual no es posible sostener que en el fallo recurrido se los transgreda. Esta conclusión se refuerza si se tiene en cuenta que en el *sub examine* se encuentra fuera de discusión la decisión de necesidad de sanción y lo único que se cuestiona es el *quantum* de la pena y que no se la haya reducido de acuerdo a la escala prevista para la tentativa (ver fs. 1377).

En particular sobre esto último, estimo relevante señalar que más allá de que la aplicación del artículo 44 del Código Penal constituya la regla o que sólo se trate – como lo entendieron el *a quo* y la Cámara, e incluso la mayoría de V.E. *in re* “Maldonado”– de la segunda etapa de análisis al decidir en un proceso seguido a menores, lo cierto es, por un lado, que en el *sub judice* se la descartó por las extensas razones por las que también se concluyó en la necesidad de la sanción y, por el otro, que se destacó especialmente que aún de considerarse imperativa esa disminución, la pena aplicada encuadraba en el rango de esa escala beneficiosa (ver fs. 1316 vta.).

Esta última afirmación –que integra el fallo del Superior Tribunal provincial y que, por lo demás, resulta corroborada al consultar las penas previstas para los artículos 79 y 189 bis (2), tercer párrafo, y las reglas de los artículos 41 bis, 44 y 54, todos del Código Penal– no ha sido refutada en modo alguno por la recurrente quien, aun cuando hizo su expresa transcripción (ver fs. 1382 vta./83 del recurso extraordinario), la pasó por alto no obstante insistir en que corresponde la aplicación de aquella escala reducida. Más aún, en su reclamo subsidiario de imposición de la pena mínima, se limitó a valorar la pena prevista en el artículo 79 del Código Penal, sin considerar las demás normas involucradas en la incuestionada calificación legal del hecho (ver fs. 1391). Esas omi-



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

siones, tratándose de aspectos centrales sobre los que se apoya la interpretación que se impugna, permiten advertir la insuficiente fundamentación del recurso.

Otra inconsecuencia que también debilita la apelación se aprecia en cuanto al agravio referido a las circunstancias que rodearon el incendio donde el menor resultó lesionado. La ocurrencia del siniestro se documenta en el incidente tutelar que corre agregado (ver fs. 225/9) y en los autos principales (ver fs. 419/24). Al cuestionar la valoración negativa que compartió el *a quo* sobre el punto, la recurrente sostuvo que “nunca se supo cómo se produjo” (ver fs. 1388 vta.), mientras que al interponer la vía casatoria las defensas habían reconocido que el nombrado “... se prendió fuego, quemó íntegramente su cuerpo ...” (ver fs. 1325), conceptos que al ser evaluados con aquellas constancias respaldan –sin el dogmatismo que se sugiere– la desestimación del planteo por parte del Superior Tribunal por considerar que la sentencia se “funda motivadamente en los hechos” y, asimismo, la conclusión de la anterior instancia al afirmar que “él fue quien dio fuego a las instalaciones del [Hogar] Pagano como acto de resistencia”, sobre la cual basó –entre otros elementos– su criterio indicativo del rechazo del menor “de los mecanismos que se le arrimaban desde el Estado para solventar una toma de conciencia y un cambio en él” (ver fs. 1357 y 1312, respectivamente).

Es oportuno señalar en este último sentido, que esa valoración adversa del *a quo* se ajusta a lo que surge de otras constancias del expediente que indican: (i) que aun cuando el 6 de septiembre de 2011 el juez de instrucción había prorrogado por noventa días su internación ante la evolución positiva que el menor exhibía merced al tratamiento que recibía en aquella institución, el 22 de ese mes se fugó de allí, su padre lo entregó al día siguiente y a los tres días ocurrió el incendio aludido (ver fs. 223 y 225/9 de incidente aludido y fs. 402/8 y 411/7 de estas actuaciones); (ii) que el informe psicológico fechado el 21 de septiembre de ese año, que fue valorado por la Cámara, da cuenta de que –poco antes de esa fuga– A había decidido que no era necesario seguir con las entrevistas (ver fs. 603/4 de este legajo); (iii) que ya al resolver la internación del menor

en el auto de procesamiento, el juez había indicado que “... se vislumbra que A presenta un desprecio por la autoridad estatal, lo que dificulta diagramar una estrategia de abordaje ...” (ver copia agregada a fs. 27/32 de dicho incidente); y (iv) que el homicidio por el que se lo condenó en este proceso fue cometido el 29 de mayo de 2011, que el nombrado se hallaba “externado” desde el 20 de abril anterior en relación a análoga medida ordenada en otro proceso judicial y que esa condición fue mantenida el 26 de mayo de ese año en un segundo proceso que se le seguía (ver fs. 170/2, 174/6 y 181 *idem*).

Estas relevantes circunstancias, según lo veo, refuerzan –con el alcance de la jurisdicción habilitada a través del recurso extraordinario y bajo las pautas reseñadas en los apartados V y VI– la razonabilidad de la fundamentación de la sentencia de la justicia provincial en aspectos vinculados estrechamente con lo que es motivo de agravio en esta instancia, tales como la personalidad de A y el resultado del tratamiento tutelar que, vale destacar, le era aplicado en otras actuaciones desde el año 2010 (ver fs. 81 y ss. *ibidem*).

–IX–

Con relación al *quantum* de la pena individualizada, aun cuando se trata de una cuestión que por regla resulta ajena a esta instancia, al involucrar la inteligencia de los citados instrumentos internacionales con rango constitucional el caso suscita cuestión federal de advertirse que en su aplicación se han menoscabado los derechos fundamentales que garantizan a los menores imputados o de haber existido una irrazonable interpretación (Fallos: 325:1549 y 328:4343 ya citados). Al abordar ese limitado análisis y sin perjuicio de lo expuesto en el apartado VIII, aprecio, en cuanto a lo primero, que no es posible afirmar que en el estado de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño resulte imperativa la aplicación de la pena más breve, pues sólo se trata de un



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

postulado que –si bien preponderante con miras a la resocialización, como ya se dijo– debe aplicarse cuando las características del caso concreto lo permiten. Estimo relevantes en tal sentido: (i) los votos de la mayoría de V.E. y de la doctora Argibay *in re* “Maldonado” en tanto juzgaron –como el *a quo*– que ello constituye una etapa en el análisis de la resolución de la causa y no una “regla” como sostuvo el doctor Fayt y propone la defensa; (ii) el comentario a las Reglas 6 y 17.1.b de las Reglas de Beijing, que reconocen para esta clase de procesos “que los que adoptan determinaciones puedan tomar las medidas que estimen más adecuadas en cada caso en particular” y la vigencia de “la idea de justo merecido y de sanciones retributivas” en casos de delitos graves; y (iii) lo considerado por la Corte Interamericana en el párrafo 163 del precedente “Mendoza” en donde admitió la posibilidad de aplicar sanciones que –como en el *sub examine*– cuentan con “un plazo determinado desde el momento de su imposición”. A todo ello ya se ha hecho referencia en los apartados V y VI *supra*.

Así lo considero en atención a que la brevedad contemplada en el artículo 37.b de la Convención, que armoniza con el artículo 4 de la ley 22.278 en cuanto faculta al juez a reducir la sanción “en la forma prevista para la tentativa”, no puede interpretarse como una pauta que suprima la escala penal prevista en la norma ni la discrecionalidad judicial para determinar –como en el caso– la sanción sobre la base de un fundado análisis de las circunstancias objetivas y subjetivas del proceso. Esta inteligencia del tema, es la que me lleva a concluir que la sentencia del *a quo* no exhibe una irrazonable aplicación de esos instrumentos en tanto contienen aquélla indeterminación propia en la materia.

No paso por alto que la pena de doce años aplicada se aleja del mínimo posible según la escala de la tentativa (cinco años y cuatro meses de prisión) y que también supera el umbral de diez años y ocho meses correspondiente sin esa reducción, lo cual podría suponer una afectación al interés superior del niño que cabe considerar primordialmente y a la prisión “más breve que proceda” (arts. 3 y 37.b de la Convención

respectiva). Sin embargo y dentro de lo opinable del asunto, estimo que los fundamentos desarrollados en el fallo a partir de las constancias del proceso y la gravedad del hecho imputado, a los cuales se ha hecho referencia en el apartado VII, corroboran la conclusión del párrafo anterior al no advertirse arbitrariedad en el ejercicio de las facultades propias que aquellos instrumentos reconocen a los jueces de la causa, máxime tratándose de una decisión dictada en el ámbito de la justicia local (arts. 5 y 121 y ss. de la Constitución Nacional) con sujeción “al imperio de la ley” 22.278, aún vigente en el derecho interno (conf. párrafo 323 del caso “Mendoza”, ya citado).

Por lo demás, a diferencia de la situación que pudo valorarse al dictaminar este Ministerio Público *in re* “Ayala” el 11 de febrero de 2009 (expte. A.1331.XLIII), donde un menor había sido condenado junto con un adulto por homicidio y fue posible apreciar la pena más leve aplicada al primero, en el *sub judice* se carece de tal referencia y sólo se cuenta –de acuerdo al criterio que debe regir en los procesos seguidos a menores– con la consideración del tribunal de mérito, que compartió el *a quo*, en cuanto a que “en el caso de haber sido A mayor de edad al momento de los hechos, una conducta como la juzgada merecería una pena de mayor gravedad” (ver fs. 1315 vta.). Empero, aun cuando se considere que el grado de culpabilidad es lo determinante de la necesidad de sanción y su medida, y, por hipótesis, ello podría no guardar proporción con la menor o mayor edad de imputados en un mismo proceso y, mucho menos, de un caso a otro, frente al argumento y las citas que formuló la defensa en el recurso de casación sobre el “rango de condenas para los adultos” en la misma jurisdicción para cuestionar la pena determinada en autos (cf. fs. 1329), es ilustrativa la reseña que efectuó el Fiscal General provincial al oponerse a la concesión del recurso extraordinario federal con especial referencia –ante la invocada afectación de la proporcionalidad– a penas graves allí aplicadas en procesos seguidos específicamente a menores (ver fs. 1428 y ss.).



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Si bien esos antecedentes no hacen más que reflejar la aludida imprecisión que rige en la individualización de la pena, lo cierto es que el planteo referido a que la pena de doce años de prisión aplicada en autos resulta desproporcionada en una escala que por aplicación de los artículos 41 bis, 54, 79 y 189 bis.2. tercer párrafo del Código Penal, corre entre diez años y ocho meses y treinta y tres años y cuatro meses de prisión —o bien entre cinco años y cuatro meses y veintidós años de seguirse la interpretación vigente respecto de la reducción para la tentativa— remite necesariamente a la consideración de los ya enunciados aspectos que valoraron los jueces de la causa para arribar a una conclusión que no comparte la defensa.

En tales condiciones, sólo resta agregar que el agravio se basa —en definitiva— en una diversa apreciación de los elementos de juicio considerados para individualizar la sanción, por lo cual el *sub judice* encuadra en el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que no le corresponde “dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre determinados alcances de la prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos” (caso “Castillo González y otros vs. Venezuela”, Serie C n° 256, sentencia del 27 de noviembre de 2012, párrafo 163 y sus citas en nota 96).

Por las razones hasta aquí desarrolladas, el reclamo de la asistencia técnica de C J A deviene improcedente.

—X—

No obstante esa solución adversa al planteo de la recurrente, ello no importará abdicar del control de convencionalidad que, por otra vía, compete a este Ministerio Público.

En esa línea, es pertinente señalar que a fin de adecuar el caso a la reintegración social que debe perseguir toda pena (arts. 18 de la Constitución Nacional y 5.6 de

la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en especial la aplicada a los menores (art. 40.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), de conformidad con el criterio señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos *in re* “Mendoza” – donde con invocación de lo observado por el Comité de los Derechos del Niño puntualizó como principio respecto de las medidas de privación de la libertad de los niños, que “la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico”– la autoridad provincial competente deberá proceder al cumplimiento de esa revisión pues “si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto” (párrafos 162 y su cita, y 163). Este temperamento, que es el que mejor se ajusta a la cláusula federal del artículo 28.2 del Pacto de San José de Costa Rica, se asimila al adoptado por V.E. el 5 de agosto de 2014 *in re* “Arce, Diego Daniel s/ homicidio agravado” (expte. A.1008.XLVII), donde en aplicación extensiva del fallo “Mendoza” y con remisión a los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora General, dispuso –en lo que aquí interesa– que por la vía procesal correspondiente la justicia mendocina examinara periódicamente la conducta de un menor condenado inicialmente a la pena de prisión perpetua, para verificar su evolución en el proceso de reintegración social.

Lo dicho no importa pasar por alto que en ese delicado equilibrio también habrá de ponderarse la evolución de la situación que surge de la constancia de fojas 9 del incidente tutelar, donde personal del Hogar Pagano informa que el hecho de autos “ha tenido gran repercusión social, lo cual sería también un gran impedimento para que el joven pueda reinsertarse en el medio, debido al inmenso rechazo social existente” y del auto de prisión preventiva de fojas 704/9, donde el juez aludió a la “alarma social” que el delito cometido provocó. Asimismo, si bien la señora S. S. , esposa de la víctima A. L. , no ha sido admitida como parte en el proceso (ver



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

fs. 12, 19 y 67/70 de incidente "Defensora de Menores – Dra. Patricia Arias s/ incidente de apelación ...", que corre agregado), estimo que no obstante esa condición y en virtud de los derechos que le asisten a ella y sus hijos menores (ver fs. 4 *idem*), corresponde a este Ministerio Público señalar que también debería ser informada al respecto (arts. 17.1, 19 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 1° de la ley 27.148).

Si bien esta medida no ha sido planteada por la defensa, pienso que su propuesta de oficio en esta instancia viene determinada en aplicación de las "condiciones de vigencia" de los instrumentos internacionales involucrados y del control de convencionalidad que imperativamente compete a este Ministerio Público (conf. arts. 120 de la Constitución Nacional y 2 del Pacto de San José de Costa Rica, y párrafos 221 y 323 de la sentencia *in re* "Mendoza").

–XI–

Resta tratar el agravio vinculado con la posible afectación de la garantía del "doble conforme" que aseguran los artículos 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por el cual también viene concedida la apelación extraordinaria. Es oportuno recordar que V.E. se pronunció al respecto *in re* "Casal", donde dejó sentado que "el contenido de la materia de casación propio de los tribunales nacionales y provinciales competentes, en la extensión exigida por la Constitución Nacional (garantía de revisión) ..." debe ser entendido en sentido amplio (Fallos: 328:3399, considerandos 29 y 34 del voto mayoritario y, más específicamente, Fallos: 328:4568, votos de los doctores Lorenzetti y Argibay y disidencia del doctor Zaffaroni, y Fallos: 330:2836).

En primer lugar, corresponde señalar que en el *sub judice* no se trata de la revisión integral del fallo condenatorio a que se refiere esa doctrina, pues aquí el planteo de la defensa se ha circunscripto a la individualización de la pena, lo cual también de-

termina la medida en que debe interpretarse la aplicación al caso del criterio de aquel precedente (conf. considerandos 35 del voto mayoritario y 12 del voto de la doctora Argibay). Con ese limitado alcance, el eventual menoscabo de aquella garantía fundamental permite hacer excepción a la regla que veda la jurisdicción de V.E. para intervenir en asuntos vinculados con la procedencia y extensión de los recursos locales que se interponen ante los tribunales superiores de provincia, tal como se señaló en el apartado III *supra*.

Así las cosas, en atención a que el segundo de aquellos instrumentos e incluso el artículo 40.2.b.v de la Convención sobre los Derechos del Niño contemplan de modo expreso que la pena impuesta sea revisada por un tribunal superior conforme a la ley, advierto que las consideraciones del *a quo* reseñadas en los apartados VII y VIII de este dictamen, a los que me remito en beneficio de la brevedad, no sólo le brindan fundamento suficiente al fallo impugnado, sino que también permiten afirmar que no ha existido afectación a la garantía en cuestión. En efecto, la revisión practicada sobre ese punto específico de la sentencia, máxime tratándose de proceso seguido a un menor de edad, se basó tanto en los argumentos sostenidos en la instancia de mérito que fueron compartidos por el Superior Tribunal y juzgados razonables, como en las consideraciones efectuadas en orden a que los agravios del recurso de casación de la defensa pasaban por alto aspectos determinantes del pronunciamiento respecto de la individualización de la pena, lo cual les restaba entidad para su procedencia.

Es pertinente recordar ante la insuficiencia del recurso de casación señalada por el *a quo*, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante no demuestra, por sí solo, la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos internos eficaces, pues podría ocurrir, por ejemplo, que el reclamante no hubiera acudido oportunamente al procedimiento apropiado” (casos “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”,



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 67; "Godínez Cruz vs. Honduras", sentencia del 20 de enero de 1989, párrafo 70; y "Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras", sentencia del 15 de marzo de 1989, párrafo 92). Este concepto también ha sido tomado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe n° 25/01 del 5 de marzo de 2001 – caso 12.144 "Álvaro José Robelo González vs. Nicaragua", párrafo 34).

Por lo demás y ante los cuestionamientos dirigidos por la defensa contra uno de los elementos tenidos en cuenta para determinar la sanción, esto es, la valoración negativa que causó el menor a los jueces en la audiencia (ver fs. 1324 vta./25 y 1388 vta./89) resta añadir, a todo evento, que aun "sin magnificar las cuestiones reservadas a la intermediación", se trata de un análisis que no puede reeditarse en la instancia revisora "por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas" (considerandos 34 del voto de la mayoría, 12 del voto del doctor Fayt y 12 del voto de la doctora Argibay *in re* "Casal").

Lo hasta aquí expuesto, permite concluir que en el *sub judice* no ha existido afectación de la garantía fundamental que asegura el "doble conforme", máxime teniendo en cuenta que la revisión planteada por la defensa ante el *a quo* se ciñó a un aspecto cuya consideración presenta las características enunciadas en los apartados V y VI de este dictamen.

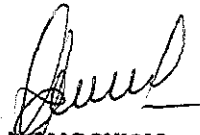
–XII–

Por ello, opino que V.E. debe confirmar la sentencia en cuanto pudo ser materia de recurso extraordinario y ordenar que, por donde corresponda, se cumpla oportunamente con lo indicado en el apartado X.

Buenos Aires, 16 de mayo de 2016.

ES COPIA

EDUARDO EZEQUIEL CASAL


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación