En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los veinte días del mes de agosto del año dos mil nueve la Cámara Primera en lo Criminal de Trelew, integrada por los Dres. Mónica Rodríguez, Fabio Monti y la Presidencia del Dr. Omar Florencio Minatta, dicta Sentencia en los autos caratulados “M., O. G. s/homicidio r/víctima-Trelew” **(Expte.n° 154-84/06 y acumulados 69/05 C.1ra.C. y 2405/07 Juzg. Correcc.),** seguidos contra **N. J. M.**, nacido en Trelew, el 24 de *** de 19**, hijo de M. y S. L. G., D.N.I. *******, domiciliado en Bº “V.”, calle xxxxx casa Nº * de Trelew, que fuera declarado autor responsable mediante sentencia registrada bajo el n° 42/2007 en autos nro.154/06, en orden al delito de **Homicidio simple (art. 79 y 45 del C.P.),** mediante sentencia registrada bajo el n° 02/2005, en autos nro.69/05, en orden al delito de **Robo agravado por el uso de arma de fuego en carácter de coautor (arts. 45, 166 inc. 2 y penúltimo párrafo del Código Penal)** y mediante sentencia registrada bajo el n° 116/2007 en autos nro.2405/07 del Juzgado Correccional, en orden al delito de **Amenazas con Arma (art.149 bis del Código Penal)**, por los hechos ocurridos el 30 de agosto de 2006, en perjuicio de G. M., el 30 de mayo de 2005 en perjuicio de J. G. Q. y pasajeros y el 13 de abril de 2006 en perjuicio de personal policial, respectivamente.-

Interviene por el Ministerio Fiscal la Dra. Alicia Susana Vilaseca, por el Ministerio Público de la Defensa el Dr. Sergio Rey, el Asesor de Familia Dr. Alfredo Martín.

En la audiencia, celebrada el 13/08/09, dentro del marco dispuesto por el art. 4º del decreto- ley 22278, la Sra. Fiscal, Dra. Susana Vilaseca, sostiene que si bien se encuentran reunidos en autos los recaudos previstos por el art. 4° de la ley 22278 para resolver la aplicación o no de pena al joven M., interesa al Tribunal para que, previo a pronunciarse, se escuche a quienes están a cargo del tratamiento dispuesto, en particular al Licenciado E. Á. El Ministerio Pupilar y la defensa técnica del joven adhieren a lo solicitado por la Fiscalía.

El licenciado E. Á., interrogado por la Fiscalía, dice que interviene en forma personal con una asistencia al joven M. hace unos meses, tres veces por semana, en entrevistas de noventa minutos. Que se reúne con N. y otros chicos, para que también puedan participar en la propuesta. Dice que al principio los jóvenes pedían realizar actividades que significaran aprendizaje y trabajo, por lo cual se pensó en una bloquera; hablaron con las autoridades de la Alcaidía y

vieron que era imposible avanzar en esa propuesta. Luego pensaron en fabricar juguetes, pero en ese lugar no se podía por falta de material y de herramientas. Apela, así, al tema de la lectura y la escritura como instrumentos de desarrollo personal de los jóvenes; N. pidió aprender computación, solicitaron ayuda al municipio en ese sentido y comenzó a ir un profesor una vez por semana a asistir al grupo. Dice que es muy fuerte la necesidad de los jóvenes de poder expresar sus ideas, sus pensamientos y es así como surge la propuesta de hacer un corto, en el cual participaron tanto en
el guión como en la producción del mismo; la idea fue poder mostrar algo que sirviera para que otros pibes no cometieran los mismos errores que ellos; este fue un proceso interesante. Agrega el Licenciado A. que ha notado un importante avance en N., pudiendo tomar conciencia de su responsabilidad, ha comenzado a pensarse él mismo, a su familia y su historia, se ha permitido repensar las acciones del pasado, pudiendo ver que hay respuestas alternativas, que no todo es un sí o un no, un blanco o un negro. Ha sido capaz de apelar a la creatividad, al diálogo; dice que es muy importante este proceso en el manejo racional de sus impulsos, el poder escribir es muy positivo, pues la escritura nos lleva a poder reflexionar y mirar a los otros. En ese marco se comenzó a trabajar el traslado del joven al campo del Sr. S., amigo de su padre, en compañía de éste último, con la idea que de que comience a desarrollar actividades propias del campo: alambrado, corrales, cuidado de animales, esquila, recorrer el campo, aprender el manejo del caballo, etc. Dice que el padre de M. es muy hábil en el trabajo del cuero, muy requerido en el ámbito rural, y podría ser un plus interesante en el aprendizaje del joven. Que han previsto prácticas concretas y tareas organizadas, con presencia semanal de los operadores, comenzando con un período de quince días a un mes, como reflexión y aprendizaje y, a la vez, para ir viendo la posibilidad de conseguir un trabajo más cercano a esta zona. El traslado se haría por personal del equipo de la Subsecretaría y se podría permanecer allí unos días para acompañamiento. Que si bien no hay gran comodidad en dicho lugar, pues es muy austero, se puede vivir dignamente allí y le proveerían de vivienda y comida. El equipo asumiría el compromiso de informar al tribunal la evolución de la propuesta, que estima llevaría un tiempo mínimo de quince días, pero que podría prolongarse hasta tanto se consiga algo acá.

El representante del Ministerio Pupilar, Dr. Alfredo Martín, lo interroga para que diga si, de darse las condiciones de adaptación del joven a las tareas rurales, es posible que ese trabajo se tome como una salida laboral, sin

supeditarla a la necesidad de volver a Trelew. El licenciado A. entiende que si resulta una actividad que le guste o le interese realizar al menor, no habría inconvenientes y que, como dijo, el propietario proporciona casa y comida.

Requerido por el Tribunal para que diga si esta propuesta ha sido trabajada con el joven y cuál es la posición de éste al respecto, dijo que hay dos momentos, al principio N. esperaba esta posibilidad con mucho deseo y convicción, pero con el correr del tiempo ha ido conociendo a otras personas y eso ha eclipsado esta posibilidad. El encuentra que lo más importante es trabajar y ganar su dinero, si ese lugar es el campo es lo que tendría que verse, y ellos están trabajando en otras alternativas.

A continuación se pronuncia el licenciado P. G., quien indica que el joven ha seguido un proceso interesantísimo y genuino, agregando que pese a las preocupaciones que compartimos como responsables del futuro de N., ha podido ver que de un tiempo a esta parte el contacto e intercambio que ha tenido con el terapista ocupacional, Lic. A., le ha permitido al joven un encuentro con él mismo, pasando de ser cerrado y con una postura demandante, a moverse de esa posición y comenzar a reflexionar, pese al condicionamiento del estado de detención. Que es clara la necesidad de autonomía económica, por lo que entiende que la propuesta de ir a trabajar al campo es valorable, siempre que no pierda el contacto con sus afectos, lo cual resulta esencial en esta etapa de tránsito a la condición adulta, esto es, que no se pierda la posibilidad de que N. pueda tener algunos días para estar con su novia, con su hermano, con su familia, para que este proceso siga mejorando. En el encierro tiene, dentro del pabellón donde está alojado, una actitud saludable, sostienen esa propuesta si es que el joven participa de la misma. Asimismo dice que se está viendo la posibilidad de que trabaje en esta zona, en una chacra o un vivero por ejemplo, pudiendo alojarse por ahora en la casa del E. de S..

Concedida la palabra al menor dijo que le parece bien la propuesta, que le haría bien irse un tiempo al campo, pero no mucho tiempo porque conoció a una piba y quiere estar con ella, que en realidad quiere encontrar trabajo en Trelew y tener donde vivir.

Otorgada la palabra a la Sra. Fiscal para que se pronuncie acerca de la cuestión por la que se ha fijado la audiencia, dijo que el ordenamiento penal juvenil otorga herramientas para llegar al fin de este tipo de procesos, que los distingue del proceso penal de adultos, en tanto apuntan a la recuperación o

rehabilitación, para que la conducta que configura su objeto tenga el carácter de un hecho aislado y lo prepare a no repetir ese tipo de episodios. Por eso pone acento en la evolución positiva del joven, pese a que el encierro se ha dado en un lugar que no es el adecuado, como lo es la Alcaidía policial. Sin embargo entiende que se ha hecho una intervención que ha permitido avanzar en tareas que el joven podría cumplir en libertad. Toma en cuenta que el Lic. G. dijo que el proceso realizado por el menor es “genuino” y el Lic. A. ha manifestado que se han revertido en el joven muchas actitudes, que hoy se manifiesta muy diferente, con una mayor posibilidad de reflexionar y ponerse en el lugar del otro. Que entiende necesario, por lo dicho, valerse de estas herramientas que brinda el proceso de menores y poner al servicio del joven el acompañamiento de este equipo para lograr afianzar estos pasos. Por ello considera que antes de decidir la aplicación de una sanción o no, puede aceptarse el proyecto de laborar en el campo, aunque con una mayor duración y estabilidad, sin desatender el contenido formativo, más allá de que sea transitoria la propuesta. Por ello interesa al Tribunal para que acepte la propuesta, en la modalidad que han sugerido los operadores, prorrogando el tratamiento tutelar por un término de tres meses, con concurrencia en principio al domicilio que han fijado e informando sobre toda otra tarea que el equipo pueda evaluar como alternativa. Que se inclina por esta posición para darle una mayor estabilidad a la propuesta y para que el joven vaya adaptándose a las pautas de comportamiento de la vida en libertad.

A su turno la Defensa dice que la garantía del debido proceso, que impone respetar la voluntad del imputado, lo obliga a señalar que en atención a todo lo actuado hasta el momento, debe disponerse la absolución plena de su defendido. Que no puede ser de otra manera si se observa la evolución llevada a cabo por N., la toma de conciencia de su responsabilidad, el cambio de actitud que lo ha llevado a repensar sus acciones, a un manejo racional de sus impulsos, tal como lo han sostenido en la audiencia quienes han acompañado al joven en ese proceso. El interés superior del niño al que alude la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que impone evaluar sus intereses de un modo integral, debe respetarse en este proceso; sin embargo, advierte, aquí no se ha escuchado al joven pues su pensamiento, y lo ha manifestado, es estar cerca de sus afectos, de sus vínculos. El Lic. G. ha aludido al reencuentro con sus propios afectos, a su posibilidad de moverse, de cambiar, de reflexionar, de lograr un manejo racional de sus impulsos, pero también ha señalado que todos esos avances están limitados, condicionados por la privación de libertad. Por eso

entiende que la propuesta laboral en el campo no es apropiada, pues el mismo menor ha expresado su necesidad de mantener el contacto con sus afectos y sus vínculos, particularmente una relación sentimental que ha iniciado; los profesionales han advertido sobre la importancia de que esto se garantice. Si la persona está respondiendo positivamente a los desafíos y exigencias planteados, cabe proveer lo necesario para asegurar la continuidad de esa respuesta. Ha hablado de una relación de noviazgo. Como un manotazo N. toma esta propuesta, pero eso no significa que sea lo que quiere, lo que corresponde, ni lo más adecuado. Entiende que atento el tiempo de privación que lleva cumplido y la positiva evolución que se ha informado, corresponde disponer su absolución y la inmediata libertad. Subsidiariamente, de conformidad a lo previsto por el art. 4° de la ley 22278, deja solicitado el mínimo de la pena establecido para el delito imputado, disminuido en la forma prevista para la tentativa, o sea cuatro años de prisión, hallándose su defendido en condiciones de acceder a la libertad condicional, lo que deja peticionado.

En representación del Ministerio Pupilar, el Dr. Alfredo Martín comienza destacando la importancia de lo interdisciplinario para decidir estas cuestiones. Dijo que los operadores sí poseen los conocimientos necesarios para evaluar qué aspectos de la personalidad del joven se han modificado, qué indicadores, positivos o negativos, aconsejan que la decisión se tome en un sentido o en otro. En ese marco indica que los profesionales que han asistido al menor son coincidentes en destacar la evolución que muestra el joven ante el apoyo brindado. Ninguno soslayó la posibilidad de que la libertad sea posible hoy para él, ni que ello sea disfuncional socialmente. Agrega que desde su rol de Asesor adhiere a los argumentos del defensor, pues es claro que el joven necesita una posibilidad laboral para afrontar una vida útil y lucrativa en libertad, y pese a lo valioso del aporte o alternativa ofrecida, el joven no la ve como positiva.

Concedida nuevamente la palabra al joven M. manifiesta que quiere recuperar su libertad y, en caso contrario, la estadía en el campo sea por un término de quince días.

La Sra. Fiscal, por último, aclara que la prórroga del tratamiento tutelar que solicita apunta a beneficiar al joven, con incidencia en la necesidad o no de aplicar pena y en su caso en el monto de la misma, a fin de contar con mayores elementos de juicio. Sin perjuicio de ello, subsidiariamente, teniendo en

cuenta la responsabilidad decretada, el favorable proceso llevado a cabo por el joven, solicita se aplique una pena de seis años de prisión por el hecho por el cual fuera oportunamente declarado autor responsable en esta causa.

Habiendo quedado centradas las cuestiones a resolver y luego de deliberar, los jueces emiten el siguiente pronunciamiento.

La Dra. Mónica Rodríguez dijo:

I) La solicitud de prórroga: Que en autos se fija audiencia a fin de determinar si se encuentran reunidos los requisitos para decidir sobre la aplicación o no de pena al menor N. J. M. y, en caso afirmativo, individualizar la misma. Si bien no hay discrepancia entre las partes acerca de que concurren en el caso los presupuestos exigidos por el art. 4° del decreto-ley 22.278 para decidir al respecto, la Sra. Fiscal solicita una prórroga de tres meses en el tratamiento tutelar que viene cumpliendo el menor.

Considero, más allá de la terminología que se emplee para nombrar la situación actual del joven –disposición tutelar, tratamiento, prisión preventiva-, que el período de casi tres años de privación de libertad que viene sufriendo –actualmente en un establecimiento con estructura carcelaria-, exige, sin más dilaciones, un pronunciamiento que defina su situación frente a la ley, y ponga fin a la incertidumbre que genera la ausencia de una resolución definitiva en este proceso.

Coincido, en este punto, con el representante de la Defensa técnica cuando señala que el importante cambio evidenciado por el joven amerita, también, una modificación sustancial en la respuesta de quienes tienen la facultad de decidir sobre su futuro inmediato. Es así que la continuidad del tratamiento tutelar en los términos solicitados, aún con el propósito explicado por

la Sra. Fiscal de no soltarle la mano al menor y de seguir brindándole las herramientas con que cuenta el sistema, no consulta el interés superior del niño en el caso, tal como claramente lo explicara el Dr. Rey en la audiencia.

No puedo, en este aspecto, soslayar la circunstancia de que el joven se encuentra detenido desde hace casi dos años en la Alcaldía Policial de Trelew, lugar que no sólo desde lo edilicio carece de condiciones dignas para alojar a adolescentes –cuenta con un único pabellón, con capacidad máxima para veinte jóvenes, aunque normalmente se encierra allí un promedio de diez

personas-, sino que no cuenta con ningún programa, ni tiene prevista actividad educativa o laboral alguna que permita siquiera albergar la mínima esperanza de que pueda llevarse a cabo allí alguna tarea seria de rehabilitación o resocialización.

Por su parte el menor ha expuesto su preferencia por obtener un pronunciamiento definitivo de parte del Tribunal y ese valor –seguridad o certeza ante el derecho-, resulta así preponderante para él. Esa posición no excluye la continuidad del acompañamiento que viene recibiendo el joven, por lo cual no se advierte un conflicto de intereses o de valores que sea menester aquí decidir.

Respetar, en la medida de lo posible, la opinión del menor importa el cumplimiento de una de las bases sustanciales en la nueva perspectiva de la justicia juvenil, esto es, la concreta aplicación del art. 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y del art. 24 de la Ley 26.061, en consonancia con lo dispuesto por los art. 8.1 CADH y 14.1 PIDCP, en cuanto se refiere al derecho a expresar las propias opiniones y a que esas opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de resolverse una situación que pueda afectarlo. Ello no sólo integra la noción del derecho a ser oído, como una derivación del derecho de defensa, sino que permite avanzar sobre la autonomía del niño o adolescente y sobre su formación democrática y ciudadana.

Lo dicho no significa, como anticipara, descartar la propuesta que han formulado los profesionales en la audiencia pues, como veremos, la misma aparece como una adecuada posibilidad de tránsito desde la situación de encierro que hoy padece a la recuperación de su libertad, en el caso de aplicar el Tribunal una pena.

Entiendo que es momento de decidir, como lo ha requerido en forma expresa el joven y su defensor técnico así como también el representante del Ministerio Pupilar, quien ha hecho hincapié en la necesidad de que M. se inserte socialmente y que tenga la posibilidad concreta de afrontar una vida útil y lucrativa en libertad. Por todo ello propicio el rechazo del pedido fiscal de prórroga en el tratamiento tutelar de N. J. M..

II) Acerca de la necesidad o no de aplicar pena.

Tal como se adelantara, más allá de la ausencia de discrepancia entre las partes, se advierte que en la causa se hallan reunidos los requisitos que en

tal sentido exige el art. 4° del decreto-ley 22.278: se ha demostrado que el joven M. ya tiene más de dieciocho años (certificado de nacimiento de fs. 110 Expte. 2405-319-2007), se ha declarado su autoría responsable en cada uno de los casos acumulados, y ha transcurrido en exceso el lapso de un año de tratamiento tutelar.

Corresponde, pues, decidir acerca de la necesidad o no de aplicación de pena, tópico cuyo específico tratamiento resulta insoslayable desde que ni siquiera la gravedad del hecho imputado a una persona menor de edad habilita, sin más, la imposición de una pena, como claramente lo ha dejado expuesto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Maldonado”, al señalar *“Que esta Corte ha establecido que la 'necesidad de la pena' a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a 'gravedad del hecho' o a 'peligrosidad'... Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a 'la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad (art. 40, inc. 1º)"* ("Maldonado, Daniel E. y otro", considerando 22, Fallos: 328:4343).- Este criterio ha sido reiterado por el Alto Tribunal en autos “M., A.A. s/homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas” del 17/03/2009.

Si bien lacónico, el pedido de la Fiscal sobre la necesidad de aplicación de una pena de Seis Años de Prisión con base en la gravedad de los hechos por los que fuera declarado autor responsable, pero teniendo en cuenta también la evolución mostrada por el joven en su tratamiento, habilita a este Tribunal a decidir la cuestión, debiendo luego, en su caso, pronunciarse sobre la mensuración de la pena que corresponde aplicar.

El marco jurídico y conceptual de la decisión. Sabido es que la incorporación al ordenamiento jurídico argentino de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, además de ampliar el elenco de la legislación vigente en la materia, significó un avance sustancial, un tránsito entre el paradigma llamado de “la situación irregular” hacia el modelo de “la protección integral de derechos”. El proceso de adecuación de nuestro derecho interno a las previsiones de la CDN, no ha avanzado aún en el dictado de una ley de justicia juvenil. Es por ello que los jueces deben extremar su esfuerzo interpretativo

dentro del marco del decreto-ley 22.278, a fin de compatibilizar sus reglas con la normativa constitucional y de derechos humanos que emerge del art. 75 inc. 22º de la Constitución Nacional. Una premisa inicial, de la que debe partirse, es que el marco jurídico que regula la respuesta estatal ante delitos cometidos por personas que al momentos de los hechos tenían menos de 18 años de edad, está dado por las normas del derecho penal y aquellas que integran el bloque normativo denominado de la *protección integral.*

En el ámbito penal, los expertos coinciden en que la respuesta estatal a los delitos cometidos por adolescentes, a partir de aquel instrumento internacional, *"es un sistema basado en la responsabilidad de todos los actores sociales: adultos y niños. Así, el Estado debe tener políticas eficaces para la garantía de los derechos y si no las tiene, es responsable por ello. La familia debe hacerse cargo de los niños que trae al mundo. Los adolescentes son responsables por los delitos que cometen, de manera específica"*

En relación al joven infractor esta "responsabilización", entendida como la necesidad de tratar al niño o adolescente como sujeto proporcionalmente capaz de responder por el daño ocasionado, debe ocupar un lugar central al momento de construir una adecuada respuesta estatal. Por otra parte, si bien el menor goza de los mismos derechos que un adulto frente al sistema penal, ello no significa afirmar que deba ser tratado de idéntica manera, pues ellos tienen derechos especiales derivados de su condición y que, a su vez, implican deberes para el Estado, la familia y la sociedad toda (Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Maldonado" del 7/12/05)

El término 'responsabilidad' remite etimológicamente a la voz 'responsum', forma latina del verbo 'responder' o 'habilidad de responder'. A la vez el Diccionario de la Real Academia Española contempla distintas acepciones, pero, en lo que interesa, se destaca la noción de "estar obligada (una persona) u obligarse a la pena y resarcimiento correspondientes al daño causado o a la culpa cometida".

Esta noción es trascendente, pues implica considerar al individuo como inmerso en un proceso que lo afirma y lo incluye, como un sujeto-en-relación-a-otro. No se trata del individuo frente al Estado por haber desobedecido la ley, sometido a "disposición tutelar", sacado de circulación por molesto o peligroso,

sino de un sujeto necesitado de dar una respuesta al otro y también a sí mismo, dentro de un contexto de inclusión.

Dos son, básicamente, las tendencias que analizan la noción de "Justicia Penal Juvenil" en relación al proceso judicial. Por un lado, desde el Garantismo Penal, un sector propicia la equiparación de derechos con los adultos y la regulación de la sanción como medio socio-educativo, estableciendo una escala de alternativas diferenciadas según el tipo de infracción, con pretensiones educativas insisto, que van desde la advertencia a la privación de libertad, previendo sanciones intermedias tales como, entre otras, la prestación de servicios a la comunidad. Otra posición, denominada de la "Justicia Restaurativa o Integradora", trabaja también con este "modelo de responsabilidad", en tanto propone reforzar la posición legal del menor en el proceso penal garantizándole los mismos derechos y garantías que a los adultos pero intentando minimizar la judicialización –previéndola sólo para delitos graves-, y maximizar el uso de otras herramientas o salidas diferentes al proceso penal. Ambas posiciones, que se reproducen a nivel local a través de distintos exponentes, no aparecen como excluyentes si se interpreta la normativa de fondo desde una perspectiva constitucional.

Desde esa óptica, la imposición de una pena, como respuesta estatal a infracciones penales cometidas por adolescentes -en particular la privativa de libertad-, debe aplicarse como *última ratio* y sólo respecto de delitos graves. Esa respuesta no puede tener un mero sentido de retribución pues si bien es obvio el reproche que conlleva, no puede desconocer el aspecto preventivo de la intervención, orientada a que en el futuro el adolescente no vuelva a cometer delitos. Entiendo que, más allá del debilitamiento que hoy sufre, el ideal resocializador que inspira nuestro modelo constitucional sigue siendo la guía que orienta la aplicación concreta de una sanción y tiende a evitar que sea reproductora de mayor violencia social.

En autos fue declarada judicialmente su autoría responsable en un hecho de homicidio, uno de robo con arma y una amenaza con arma, habiéndose unificado el tratamiento tutelar en estos autos. Teniendo en cuenta la reiteración de hechos y, en particular, la gravedad de uno de ellos por haber lesionado dolosamente y de modo irreversible el bien jurídico más preciado de los que contempla nuestro ordenamiento sustantivo, cual es la vida humana, entiendo que se impone una respuesta acorde con la magnitud de dicho injusto. Deberá tenerse en cuenta, también, como correctivo del reproche, las

circunstancias personales del joven, tales como su edad, condición social, situación familiar, etc., así como la respuesta dada a las medidas tutelares cumplidas, a fin de dotar de proporcionalidad a la decisión. Por todo lo dicho, soy de opinión que el supuesto de autos es uno de aquellos que amerita la aplicación de una pena, en los términos previstos por el art. 4º del decreto-ley 22.278, correspondiendo en consecuencia individualizarla. Así lo voto.

III) La individualización de la pena

El concurso de delitos atribuido (Robo agravado, Amenazas agravadas por el uso de arma y Homicidio Simple (art. 166 inc. 2º, 149 bis, segundo párrafo y 79 del Código Penal), establece una pena mínima en abstracto de ocho años de prisión. Considerando la pena requerida por el Ministerio Público Fiscal –seis años de prisión-, y de acuerdo a la facultad que otorga el artículo 4º, segundo párrafo, de la Ley 22.278, la pena a imponer debe ser reducida en la forma prevista para la tentativa, con lo cual el mínimo de la escala penal correspondiente es de cuatro años de prisión.

Corresponde, ahora, valorar en forma particularizada, los distintos parámetros que han de incidir en la individualización de la pena a aplicar.

Como agravantes debo considerar las características de los hechos cometidos, el empleo de arma de fuego y el desprecio por la vida del prójimo –que en el caso del homicidio se trató de un vecino del joven-. La modalidad de ese último episodio muestra una mayor gravedad si se repara en la nimiedad de los motivos que tuvo para actuar, que no estaba influenciado por alcohol u otras sustancias psicotrópicas, que va a buscar a la víctima a su propia casa y lo hace salir diciéndole que no quería pelear, que actúa frente a una víctima desarmada, desprevenida respecto del arma de fuego que el agresor portaba, en presencia de un hermano, así como también tengo en cuenta la magnitud e irreparabilidad del daño causado.

Como atenuantes de la sanción a imponer tengo en cuenta su edad, pues ella es indicativa de una menor madurez emocional. Tampoco puedo dejar de considerar el contexto de vida del joven, su precaria situación económica (por lo general determinante de falencias alimentarias, de salud, de vivienda, etc), la falta de instrucción primaria (apenas puede hacer cuentas rudimentarias), situación que no fue reparada en tan prolongado encierro. La falta de adecuada contención familiar, su madre analfabeta no asumió como un problema serio que el niño abandonara la escuela, el padre muy mayor, frecuentemente alejado por

sus tareas rurales, con una severa disminución auditiva. En síntesis, valoro la desaventajada posición del adolescente en la sociedad, particularmente vulnerable al sistema penal.

Pese a todas las falencias apuntadas y si, como dijimos, la responsabilidad es el eje para un abordaje que considere al joven como sujeto de derechos, debe destacarse que ese ha sido el paradigma a partir del cual los operadores, tanto el Lic. A. como el Lic. G., han decidido y llevado adelante las distintas medidas adoptadas, tendientes a cumplir con el tratamiento tutelar dispuesto en autos.

El avance que ha mostrado N. M. en su evolución deberá ser ponderado favorablemente. Al escuchar a quienes tuvieron a su cargo la tarea de acompañamiento del joven, al menos en el último tramo, se advierte que poco es lo que ha brindado el Estado para lograr su reinserción en la sociedad y evitar que entre nuevamente en conflicto con la ley penal. Más bien surge de las actuaciones que los cambios favorables que muestra N. son consecuencia de un pertinaz e importante esfuerzo de los mencionados operadores. Baste rememorar los frustrados proyectos de instalación de una la boquera y de fabricación de juguetes, la alusión a que nada era posible en el ámbito de ese encierro que, evidentemente, condena a los jóvenes al hacinamiento y al ocio. El Lic. A. fue muy explícito al decir que debió recurrir a la lectura y la escritura, ante la absoluta escasez de recursos disponibles para los jóvenes encerrados a disposición de la justicia penal.

Es destacable el trabajo desarrollado por los profesionales a los que reiteradamente he mencionado en este voto, los Licenciados E. A. y P. G.. Ambos han realizado lo que en ciencias sociales suele denominarse como “intervención transformadora”, es decir aquella actuación profesional orientada a modificar las condiciones de vida de un sujeto, en este caso menor de edad, en el aspecto material y también en el simbólico, brindando herramientas que le permitan adquirir una mayor autonomía y dignidad, construir una libertad más cualificada y, en definitiva, ampliar sus posibilidades de inclusión social como ciudadano.

Y desde la autoridad que, real y simbólicamente también, me ha tocado ejercer en este tramo del proceso, es que propicio la imposición de una pena, como reproche y como límite, pues estoy convencida de que sólo una justa responsabilización por las graves transgresiones cometidas va a permitir al joven construir una adaptación, activa y aún crítica, al orden jurídico vigente. El

verdadero cambio implica para él abandonar las conductas que lo segregan, lo estigmatizan y, en definitiva, lo alejan de la posibilidad de recuperar los derechos, económicos, sociales y culturales que corresponden a su dignidad humana.

He de considerar también positivamente las circunstancias que rodearon el episodio de la fuga protagonizada por el joven a fines de marzo de 2009, cuando se trasladaba en compañía del Lic. A. y algunos allegados hacia el sitio donde mantendría, por algunas horas, un encuentro familiar. Debe quedar claro que ello no implica reivindicar la actitud de fugarse, al contrario: provocó inquietud y temor, tanto en familiares y allegados, como en los operadores del programa y en otros protagonistas institucionales comprometidos, de verdad, en su suerte y en el éxito del tratamiento. Más allá de la injustificada trascendencia mediática que tuvo el episodio, producto más bien de una reacción demagógica por parte del poder político que de una real preocupación por el asunto, la actitud asumida por el joven con posterioridad merece ser ponderada de manera positiva. Así, ponerse en contacto inmediatamente con su hermano, luego con el mismo Lic. A., entregarse voluntariamente unos días después ante la autoridad judicial, pedir disculpas ante el Tribunal y brindar las razones por las que había tenido el impulso de escapar –aludió a la miseria en que vive su familia y a que hace meses que le habían prometido una beca, sin tener resultado alguno-, son todas fuertes razones que demuestran el avance en el desarrollo de la conciencia moral del joven, tal como lo refiriera el propio Lic. A. en la audiencia.

También valoro en el mismo sentido el respeto a las reglas de convivencia en el pabellón donde se encuentra alojado, como lo refirió uno de los operadores, pese a tratarse de un lugar absolutamente inadecuado para incidir positivamente en el desarrollo de una personalidad en formación. Ese avance resulta, a mi juicio, significativo pues una cosa es respetar las reglas de la institución policial, por mera obediencia o por temor y otra, muy distinta, es asumir respeto por las reglas establecidas entre los propios pares, en un pabellón que aloja, condenándolos al ocio forzado, a numerosos jóvenes (entre ocho y doce). La primera actitud denota lo que Piaget llama *heteronomía* –respeto a las reglas impuestas por los adultos-, la segunda, en cambio, hace a la *autonomía* individual, al desarrollo de la propia conciencia moral y, en definitiva, al avance en la construcción de su propia condición de ciudadano.

Pondero, asimismo, que haya asumido una actitud respetuosa pero firme en la audiencia de juicio, en una postura que fue correctamente interpretada desde el punto de vista jurídico por su defensor técnico, así como que haya podido trasmitirla al Tribunal pese a saber que no era, justamente, una posición del todo conciliadora con la propuesta de los operadores. La actitud de exponer sus puntos de vista ante los operadores judiciales, dejando en claro su posición y hasta sus preferencias, denotan un cambio, en mi opinión, muy positivo en la construcción de su personalidad.

Nada de todo cuanto se ha dicho habrá de aliviar el dolor de los familiares de la víctima. La irreversible consecuencia del absurdo episodio por el que se sometió a proceso al joven M. sólo podrá encontrar con el tiempo alguna mitigación o, a lo sumo, una resignada aceptación. La dolorida, pero respetuosa, presencia de la madre del joven fallecido, en cada una de las audiencias que mereció el prolongado tratamiento tutelar de M., nos recordó una y otra vez que es muy difícil, a veces imposible, intentar siquiera reparar algo de lo perdido como consecuencia de un hecho delictivo. Pero también nos reafirma en la idea de que la intervención judicial, si bien no puede reparar el inmenso daño ocasionado, debe intentar evitar que el conflicto se vea agravado, aún más, con respuestas violentas o vindicativas. En ese sentido cabe destacar el acompañamiento que realizó el Servicio de Asistencia a la Víctima, brindado contención y asesoramiento en cuanta oportunidad fue requerido.

En conclusión, efectuada la evaluación que mandan a hacer los artículos 40 y 41 C.P. sobre los parámetros fijados más arriba, propicio imponer a N. J. M., por los hechos que fueran detallados más arriba, una pena de CINCO AÑOS de prisión de efectivo cumplimiento y las costas del proceso.

Teniendo en cuenta que el joven ingresó detenido el 30.08.2006 y que está próximo a cumplir en prisión un período equivalente a las dos terceras partes de la condena que aquí se impone, siendo asimismo posible la aplicación del Artículo 17 de la ley 24.660 (salidas transitorias), a efectos de dar continuidad al tratamiento iniciado y evaluado, intereso a los colegas del Tribunal a autorizar el traslado del joven al campo del Sr. S., bajo las condiciones de acompañamiento detalladas por los operadores en la audiencia realizada el día 13/08/09, pudiendo regresar a esta ciudad durante dos fines de semana –alternados-, por mes, alojándose en el domicilio que se considere más adecuado, a criterio de los operadores. Estos últimos deberán informar quincenalmente al Tribunal la evolución y cumplimiento de las pautas fijadas en

la presente, así como toda modificación que estimen conveniente sugerir al Tribunal.

El Dr. Omar Florencio Minatta dijo:

Que fuimos convocados a los efectos de estimar la necesidad o no de imponer pena al menor M.. En este sentido, al haberse cumplido con los requisitos del artículo 4 del la ley 22278/ref.22803, el tribunal se haya habilitado para el tratamiento de la cuestión, lo que seguidamente haremos.

En primer lugar este juez adhiere al marco teórico expuesto enjundiosamente por la colega preopinante, Dra. Rodríguez Mónica, especialmente en cuanto trata de despegar la responsabilidad del menor del simple argumento de “desobediencia” al Estado, así como de que el niño sea un simple instrumento a favor de alguna supuesta resocialización, a lo que hay que agregar que tampoco puede ser utilizado como medio para una supuesta ejemplarización en materia de prevención general.

Así las cosas, corresponde también estar de acuerdo con la solución en cuanto a la necesidad de la pena y su monto, así como la medida laboral dispuesta. Esto debe ser así en el caso, porque resulta más que conveniente efectuar una continuidad mínima de las medidas que hoy se aplican en el menor y que harán a su reintegración social. Es decir, si se absuelve, directamente se cortaría de cuajo el pequeño avance del trabajo, tal como lo manifestaran tanto el licenciado A. como el psicólogo G., lo que perjudicaría y echaría por tierra lo ya laborado al respecto, riesgo que no se puede correr en el asunto. Este punto funda la necesidad de pena en el caso, a lo que hay que agregar que la imposición de pena a un menor tiene aristas distintas a la del adulto, especialmente por los efectos jurídicos, ya que, a diferencia de éstos últimos, no agrava de ningún modo la situación en el futuro, por lo que desde este punto de vista la imposición no cambia la cuestión.

No obstante hay que dejar sentado una vez más, la pobre y escasa tarea del Estado Provincial en la atención de los menores privados de libertad en la Alcaldía local, lugar que funciona como un simple depósito, sin ninguna alternativa a la prisión y condenados al hacinamiento y ocio permanente. Ni siquiera ha sido capaz el Estado Provincial de instalar una simple bloquera o imaginar alguna alternativa seria y responsable, lo que también se tendrá en cuenta para estimar el monto de la pena, toda vez que los jueces no podemos

legitimar tamaño incumplimiento de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Recuérdese que el menor lleva privado de libertad más de tres años y si no fuera por los enormes esfuerzos individuales de los operadores Licenciado A. y G., absolutamente nadie se hubiera ocupado del caso, siendo al respecto muy explícito el licenciado A. al afirmar ante este tribunal la absoluta escasez de todo tipo de recursos , materiales y humanos, para atender a los menores en contacto con el sistema penal. Entiendo que este tópico de incumplimiento estatal es harto decisivo para fijar el monto de la pena, la que no llegará al mínimo sólo por lo dicho en el párrafo anterior en el sentido de la inconveniencia de desligar al menor totalmente del seguimiento y control del tribunal. Amén de ello, aboga como atenuantes, tanto su edad, como el reducido ámbito de autodeterminación para decidir en forma contraria a lo que hizo, como lo demuestra la falta de contención familiar y social en su experiencia vital. .

En definitiva, tal cuestión se resuelve razonablemente elevando el monto de la pena en un año del mínimo, puesto que de esta manera se posibilita la libertad con el seguimiento señalado, a la para que el menor estará ocupado laboralmente y tendrá la humana y lógica posibilidad de visitar sus afectos, todo lo cual hace a la formación de su personalidad.

El Dr. Fabio Andrés Monti dijo:

Que habiendo reseñado mis colegas preopinantes las postulaciones finales deducidas por el M. Fiscal, la Defensa y la Asesoría de Flia. e Incapaces, me concentraré en la fundamentación de la decisión adoptada por el suscripto en relación a lo que se ha debatido en el presente debate.

a) Petición del M. Fiscal de prórroga de tratamiento: en la audiencia fijada a los fines del art.4º de la Ley 22.278, la Sra. Fiscal solicita una prórroga de tres meses en el tratamiento tutelar que viene cumpliendo el menor.

Sobre el particular, se advierte que en la causa ha transcurrido en exceso el lapso de un año de tratamiento tutelar contemplado en la citada normativa, debiendo consignarse que el joven viene sufriendo casi tres años de privación de libertad, actualmente en un establecimiento con estructura carcelaria (Alcaidía Policial), el cual no cuenta con programas ni recursos materiales y/o humanos para llevar a cabo alguna tarea seria de rehabilitación o resocialización.

Por otra parte tanto el joven M., como su defensa técnica y el Asesor de Flia. e Incapaces han solicitado un pronunciamiento que defina su situación

frente a la ley y permita que el nombrado se inserte socialmente y que tenga la posibilidad concreta de afrontar una vida útil y lucrativa en libertad.

En consecuencia, entiendo que el pedido de prórroga de tratamiento postulado por el M. Fiscal no consulta el interés superior del niño y por tal motivo voto por el rechazo del mismo.

b) Sobre la necesidad o no de aplicación de pena:

En autos se encuentran cumplidos los requisitos exigidos en el art.4º de la ley 22.278: a) el joven M. cuenta con más de 18 años (ver certificado de nacimiento de fs.110 Expte 2405-319-2007), b) ha sido declarado autor responsable en relación a los hechos que fueran descriptos por mis colegas preopinantes, y c) ha cumplido con exceso el lapso de un año de tratamiento tutelar. En consecuencia, debe decidirse acerca de la necesidad o no de aplicación de una sanción punitiva.

Coincido con lo expresado por la Dra. Rodríguez en su voto, en cuanto a que la imposición de una pena, como respuesta estatal a infracciones penales cometidas por adolescentes –en particular la privativa de libertad- debe aplicarse como última ratio y sólo de respecto de delitos graves (Convención sobre los Derechos del Niño, art.37 inc.”b”). En tal sentido, M. fue declarado autor responsable de los delitos de homicidio, robo con arma y amenaza con arma, habiéndose unificado el tratamiento tutelar en estos autos. Merituando la cantidad de hechos y la gravedad de los mismos, en especial el hecho por el cual se afectó de modo irreversible una vida humana, considero que debe existir una respuesta acorde con la magnitud del injusto y por lo tanto resulta necesaria la imposición de una pena.

Ahora bien, si se está de acuerdo en que la finalidad de la sanción penal a un menor- por el evidente menor grado de culpabilidad- debe buscar una perspectiva socio- educativa en el sentido de despertar en el mismo un mínimo de responsabilidad para sus actos y de hacerle sentir de que alguna forma debe responder por ellos bajo pena de ver restringido sus derechos, la sanción en el caso deberá tener un seguimiento de cumplimiento continuo y férreo, lo cual funda la continuidad del acompañamiento que viene recibiendo el joven.

c) Individualizaciòn de la pena:

Al joven M. se le atribuye un concurso real de delitos (robo

agravado, amenazas agravadas por el uso de armas y homicidio simple – arts.166 inc.2º, 149 bis segundo párrafo y 79 del C. Penal), cuya pena mínima en abstracto parte de los ocho años de prisión.

Ahora bien, el M. Fiscal haciendo aplicación de la posibilidad de reducción de la pena en la forma prevista para la tentativa (contemplada en el penúltimo párrafo del art.4º de la ley 22.278), ha postulado la aplicación de una pena de seis años de prisión. De modo tal que el monto punitivo a imponer parte del mínimo legal contemplado (cuatro años) a un máximo de seis años requerido por el M. Fiscal.

Como circunstancias agravantes he de merituar: las características y gravedad de los hechos cometidos, las circunstancias particulares que obraron como contexto en el cual se produjo el homicidio (nimiedad de los motivos para actuar, víctima desarmada y que desconocía que el agresor portaba un arma de fuego), a lo cual debe sumarse el desprecio por la vida humana, la magnitud e irreparabilidad del daño causado.

Como atenuantes deben evaluarse: la vulnerabilidad del joven frente al sistema penal generada a raíz de su contexto de vida (precaria situación económica, falta de educación y de contención familiar), como asimismo los avances alcanzados por M. en el tratamiento tutelar implementado. Sobre este tópico se han referido en la audiencia los profesionales que tuvieron a su cargo la tarea de acompañamiento del joven en el último tramo (Lic.A. y G.). El Lic. A. declaró que ha notado un importante avance en N., pudiendo tomar conciencia de su responsabilidad, ha comenzado a pensarse él mismo, a su familia y su historia, se ha permitido repensar las acciones del pasado, pudiendo ver que hay respuestas alternativas. Por su parte el Lic. G. relató que el joven ha seguido un proceso interesantísimo y genuino, pasando de ser cerrado y con una postura demandante, a moverse de esa posición y comenzar a reflexionar, pese al condicionamiento del estado de detención.

En síntesis, efectuada la evaluación que mandan a hacer los arts.40 y 41 del C.P, propicio la aplicación a N. J. M., por los hechos que fueran detallados más arriba, una pena de cinco años de prisión de efectivo cumplimiento y las costas del proceso.

También de coincidir con mis colegas preopinantes en cuanto a la autorización del traslado del joven al campo del Sr. S. por períodos quincenales, pudiendo regresar dos fines de semana al mes, de manera alternada, a esta

ciudad, bajo las modalidades propuestas por los operadores de la Subsecretaría de Desarrollo Humano y Flia. Ello por cuanto el joven está próximo a cumplir en prisión un período equivalente a las dos terceras partes de la condena que aquí se impone, siendo posible la aplicación del art.17 de la ley 24.660 (salidas transitorias).

Así lo voto.

En mérito a todo lo expuesto, habiendo escuchado al menor, al Ministerio Público Fiscal, a la Defensa y al Ministerio Pupilar el Tribunal da el siguiente

F A L L O:

I) **IMPONER** a **N. J. M.**, de las demás circunstancias personales ya mencionadas en autos, declarado oportunamente autor responsable de los delitos de Robo Agravado, Amenaza con arma y Homicidio Simple, hechos ocurridos el día 30 de mayo de 2005 en perjuicio de J. G. Q. y pasajeros; el 13 de abril de 2006 en perjuicio de personal policial; y el 30 de agosto de 2006, en perjuicio de G. M., (Exptes.n° 60/06-C.1ra.C.) (arts.166, inc. 2º y penúltimo párrafo, 149 bis, segundo párrafo, 79 y 45 del C.P.), la pena de **CINCO AÑOS DE PRISIÓN,** con costas.

II) Autorizar el traslado del joven al campo del Sr. S. por períodos quincenales, pudiendo regresar dos fines de semana al mes, de manera alternada, a esta ciudad, bajo las modalidades propuestas por los operadores de la Subsecretaría de Desarrollo Humano y Familia en la audiencia del 13/08/09.-

III) **Regular** los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de PESOS MIL ($1500.-), por la labor desarrollada (art. 59 Ley 4920), los que quedarán a cargo del encartado.

IV) **REGISTRESE,** notifíquese por su pública proclamación y firme, comuníquese.

OMAR FLORENCIO MINATTA

MÓNICA RODRÍGUEZ **FABIO ANDRÉS MONTI**

Ante mi:

Amalia Noemí Ferrari

REGISTRADA BAJO EL NRO. 009 DEL AÑO 2009. CONSTE.-

Amalia Noemí Ferrari