

Graduacion De La Pena Atenuantes Minoridad

JURISPRUDENCIA

Graduación de la pena. Atenuantes. Minoridad

Se mantiene la

sentencia del tribunal oral que, al momento de evaluar la posible atenuación de la pena, computó en favor del imputado su minoridad al momento del hecho.

- I - El Tribunal Oral de Menores nº 2 de esta ciudad, condenó a D. E. M. a la pena de catorce años de prisión y accesorias legales, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión mediante el uso de armas, en concurso real con el de homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad artículos 12, 45, 55, 166 inc. 2º y 80 inc. 7º del Código Penal, y 4º de la ley 22.278 y sus modificatorias, en función de la ley 23.849 (ver fs. 2/3, 4/14 y 24/28) . Contra ese fallo, el señor Fiscal General interpuso recurso de casación por entender que se había efectuado una errónea interpretación del artículo 4º de la ley 22.278 (ver fs. 29/41) . Al conocer en esa impugnación, queja mediante (ver fs. 42/43, 44/57 y 58/59) , la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió casar la sentencia y condenar al nombrado a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, en calidad de coautor de los delitos señalados (ver fs. 71/79) . Para así decidir, el a quo interpretó que el tribunal de juicio había individualizado la pena sin razón suficiente y con argumentos contradictorios en cuanto al resultado del tratamiento tuitivo aplicado a M. A la vez, juzgó que las constancias de la causa acreditan el fracaso de ese tratamiento y que la peligrosidad exhibida por el nombrado tanto en el hecho de autos como en los que le son imputados en otro proceso, determinaban que no correspondía la reducción de pena que prevé el artículo 4º de la ley 22.278; razón por la cual, al establecer el artículo 80, inciso 7º, del Código Penal, una sanción privativa de la libertad fija que había sido requerida por el Ministerio Público Fiscal, se pronunció del modo indicado. La Cámara desestimó, además, el planteo de inconstitucionalidad de la prisión perpetua a menores de dieciocho años que había alegado la defensa oficial, con remisión a precedentes de otra sala del mismo tribunal. Contra ese pronunciamiento, la señora Defensora Oficial interpuso recurso extraordinario (ver fs. 80/93) que, al ser rechazado (ver fs. 96) , motivó la presentación directa de fs. 98/102 ante V.E. Los agravios que trae la recurrente, que abarcan tanto la sentencia de fojas 71/79 como aquéllas a cuyos fundamentos el a quo hizo expresa remisión, se dirigen a cuestionar la constitucionalidad de la pena aplicada a M., pues considera que por su gravedad resulta violatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, como así también del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, instrumentos comprendidos en el artículo 75, inciso 22, de la Ley Fundamental. De ese modo, afirma, se han dejado de lado los artículos 3º y 37, inciso "b", de la citada convención, en tanto predicen el "interés superior del niño" y que la pena de prisión se utilizará "tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda". También invoca arbitrariedad en el fallo, al haberse interpretado que la posibilidad de excarcelación que requiere el artículo 37, inciso "a", de la Convención sobre los Derechos del Niño para que pueda aplicarse la prisión perpetua, es asimilable a la libertad condicional, pues entiende que las diferencias entre ambos institutos impiden arribar a esa conclusión. Agregó que la posibilidad de acceder, luego de doce años de ejecución de la pena, al período de prueba previo a la incorporación al régimen de semilibertad (conf. arts. 17 de la ley 24.660 y 27 del decreto 396/99 de Poder Ejecutivo) , tampoco se adecua a ese mandato convencional. Asimismo, la defensa considera que lo resuelto compromete la presunción de inocencia, por haberse tenido en cuenta en el juicio de peligrosidad y como fundamento de la prisión perpetua, la existencia de un segundo proceso penal contra M. sin que mediara sentencia firme a su respecto. Por último, alega que el a quo también ha incurrido en arbitrariedad al desconocer el artículo 4º de la ley 22.278, por haber aplicado aquella pena sin cumplir con el conocimiento personal del imputado que esa norma exige. Para finalizar esta reseña, estimo ilustrativo mencionar que de las constancias obrantes en autos surge que D. E. M. nació el 14 de abril de 1981, fue juzgado por los delitos de robo con armas y homicidio calificado cometidos el 28 de febrero de 1998 cuando contaba con dieciséis años y diez meses de edad declarado coautor penalmente responsable el 5 de mayo de 2000 cuando tenía diecinueve años y se hallaba bajo tratamiento tutelar y condenado por el tribunal oral de menores el 5 de noviembre de 2002 cuando ya había cumplido veintitún años (ver fs. 2/14 y 24/28) .

- II - En cuanto a la procedencia formal del recurso, estimo que aun considerando que el planteo se dirige en definitiva a revisar el quantum de la pena aplicada (como surge expresamente de fs. 101 vta. de la queja) , al haberse fundado en la interpretación de aquellos instrumentos internacionales de derechos humanos, frente a la decisión contraria dictada por el a quo, el caso suscita cuestión federal suficiente para habilitar la vía intentada (art. 14, inc. 3º, de la ley 48 y Fallos: 323:91 y 325:1549 referidos, precisamente, a la Convención sobre los Derechos del Niño) . Cabe, por lo tanto y con ese alcance, hacer excepción al criterio de V.E. que indica que lo vinculado con la individualización de la pena constituye un aspecto ajeno al remedio extraordinario por ser materia propia de los jueces de la causa (Fallos: 303:449; 304:1626; 324:4170) , sin que ello signifique que corresponda inspeccionar en esta instancia los criterios con que los jueces de la causa han mensurado la sanción, sino

la razonabilidad en la aplicación de aquellos instrumentos internacionales y su directa incidencia en el sub júdice. Ello sin dejar de señalar que, por las reglas del concurso real, el caso se rige únicamente por la pena del artículo 80 del Código Penal que prevé reclusión o prisión perpetua, y lo vinculado al quantum se limita aquí a la interpretación de la facultad que reconoce a los jueces de la causa el artículo 4º de la ley 22.278. En ese sentido advierto, no obstante, la ausencia de una crítica fundada sobre la inteligencia que la Cámara de Casación efectuó, precisamente en respuesta a lo pretendido por la defensa en sus escritos de fojas 61/64 y 70, respecto de las normas que rigen la individualización de la pena en materia de menores (art. 4º de la ley 22.278 y arts. 40 y 41 del Código Penal ver considerandos "c" y "d" a fs. 76 vta./78), pues la sanción que se cuestiona ha sido directa derivación de ello. Así lo prueba, por ejemplo, lo afirmado sobre la condición de menor del imputado, tenida en cuenta por el tribunal oral para aplicar la escala reducida y que a criterio del a quo "carece de relevancia para discernir la disminución de una pena pues no es sino uno de los requisitos para la reducción, beneficio que no está previsto para los mayores", sin que la recurrente más allá de invocar documentos y doctrina referidos la materia se haya hecho cargo de este argumento (conf. Fallos: 310:2937; 311:499 y 1191, entre otros). Sin perjuicio de ello, las restantes objeciones de la esmerada defensa pública sobre otros aspectos de la mensuración de la pena (ver punto V.2 del escrito de recurso extraordinario, a fs. 92/vta.), serán consideradas en los apartados IX y X infra. Resta advertir, tal como surge de fojas 86 del recurso extraordinario, que si bien no ha sido aquí cuestionada la validez constitucional de la facultad que el recordado artículo 4º reconoce a los jueces para aplicar o no la reducción de la pena del modo previsto para la tentativa, la recurrente ha postulado que en virtud de la primacía que cabe asignar a la Convención sobre los Derechos del Niño, esa potestad judicial ha devenido en un mandato constitucional a partir del cual la aplicación de la escala penal reducida resulta imperativa. Es por ello, que objeta el criterio judicial adoptado en el sub lite al haberse interpretado esa norma de modo opuesto a su pretensión. Por lo tanto, al margen de sus posibles efectos sobre la pena aplicable, habrá de analizarse si la interpretación que de dicho instrumento se ha efectuado en la sentencia apelada, se ajusta a las "condiciones de su vigencia" que prevé el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (conf. Fallos: 318:514; 319:1840; 321:3555, entre otros). - III - Al ingresar al tratamiento de los agravios planteados, corresponde señalar en primer término, que aun cuando la defensa pretenda considerar que la prisión perpetua aplicada a su asistido constituye un acto cruel, inhumano y degradante de los que veda el artículo 16.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, el propio texto de su artículo 1.1 permite desvirtuar esa afirmación. En efecto, luego de definir el significado del término "tortura", este precepto prevé que "no se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas". En virtud de ello, en modo alguno puede admitirse el planteo de la recurrente en cuanto a que la sanción penal aplicada a M. sea encuadrable en ese concepto pues, pese a su firme discrepancia con el quantum fijado por el a quo, no puede pasarse por alto que ha sido el resultado de un proceso seguido en legal forma. Del mismo modo, aquella definición del término "tortura" permite descartar el agravio fundado en los demás instrumentos de derechos humanos que ha invocado la recurrente, que igualmente proscriben la aplicación de penas o tratos inhumanos, crueles o degradantes (arts. 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 7 y 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Lo hasta aquí considerado también significa que la aplicación de una pena como la que judicialmente ha sido fijada en el sub exámine, tampoco contradice el artículo 37, inciso "a", primer párrafo, de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto postula que los Estados parte velarán por que "ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes". Tan es así, que a continuación esa misma norma admite como se dijo la aplicación de prisión perpetua bajo la condición que exista la posibilidad de excarcelación, lo cual permite afirmar que dentro del sistema de ese instrumento internacional se trata de institutos diversos que, en esos términos (sobre los que infra se volverá), resultan compatibles. Es que sería una inconsecuencia suponer que aquéllo que su segunda parte autoriza (prisión perpetua con posible excarcelación) pueda ser comprendido por la prohibición que establece el párrafo anterior. Como corolario de lo expuesto, resulta evidente que la aplicación de la pena de prisión perpetua al joven D. E. M. no puede ser encuadrada en los términos que prohíben aquellos tratados de derechos humanos. - IV - Sin perjuicio de lo anterior, no dejo de advertir que este cuestionamiento se ha fundado especialmente en la condición de menor que M. registraba al momento de los hechos por los que ha sido condenado, con sustento en los principios de "interés superior del niño" y de uso de la pena privativa de libertad "como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda", que han sido consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 3º y 37, inciso "b". Al respecto, es necesario puntualizar que en consonancia con esos elevados criterios y también con los que surgen del artículo 40, incisos 3º y 4º, de la citada convención (referidos a otras pautas a tener en cuenta en materia de legislación, alojamiento y tratamientos alternativos), en el ámbito del derecho interno argentino rige la ley 22.278, reguladora del régimen penal de menores y en cuya virtud se ha juzgado y condenado a M., que establece la punibilidad a partir de los dieciséis años, aunque entre esa edad y los dieciocho años contempla que solo sean punibles quienes incurran en delitos de acción pública cuya pena supere los dos años de prisión, pues cuando no exceda ese umbral o tengan pena de

multa o inhabilitación, se ha previsto su disposición judicial provisoria y, eventualmente, tanto el estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales, como su disposición definitiva, la cual puede cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluir de pleno derecho cuando alcance la mayoría de edad (conf. arts. 1º a 3º) . Asimismo, para la imposición de pena privativa de libertad, es requisito entre otros que el menor haya cumplido dieciocho años de edad e inclusive se prevé que el tribunal, luego de evaluar las modalidades del hecho, los antecedentes del imputado, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida, puede decidir que no es necesario aplicar sanción y absolver o, en caso contrario, condenar según la escala penal del respectivo delito, hallándose facultado como se ha dicho a reducirla en la forma prevista para la tentativa (art. 4º) .

Como surge claramente de lo anterior, el régimen vigente en la República Argentina atiende los aludidos principios de aplicación de la pena privativa de libertad como último recurso y del interés superior del niño, pues el Estado ha abdicado de perseguir penalmente a los menores de dieciséis años y lo hace de modo limitado entre esa edad y los dieciocho años. A la vez, se ha privilegiado el tratamiento tutelar en todos los casos y ningún menor puede ser penado antes de cumplir dieciocho años, lo que va más allá del marco de aquella convención, bajo cuyo régimen podría penarse incluso antes de esa edad (conf. art. 40, inc. 3º, ap. "a", de la Convención sobre Derechos del Niño) . En coincidencia con ello, estimo oportuno señalar que en la Opinión Consultiva nº 17/2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al referirse a la participación del niño en los procesos judiciales o administrativos, mencionó que el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de dieciocho años, entre las cuales hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. También destacó que "la capacidad de un niño de tres años no es igual a la de un adolescente de dieciséis años", por lo que debe matizarse razonablemente el alcance de la intervención del niño en los procedimientos (conf. párrafo nº 101) . Tal ha sido, precisamente, el espíritu de la ley 22.278 al establecer aquel umbral de punibilidad y el régimen reseñado. Para finalizar este apartado, cabe mencionar que al dictar sentencia el 19 de noviembre de 1999 en el caso "Villagrán Morales y otros (´Niños de la calle´)" Serie C nº 63 , aquel tribunal sostuvo que "cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad" (párrafo nº 197) . Aun cuando esos fines son los que han inspirado nuestra legislación, su resultado constituye siempre una contingencia incierta y el "no esperado fracaso" del tratamiento tutelar del joven M., proceso que el propio tribunal de mérito había calificado como "prometedor" (ver fs. 26/vta.) , no ha dejado otra alternativa que la sanción penal. Precisamente en el comentario al artículo 19.1 de las Reglas de Beijing, que prevé que "el confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso ...", se afirma que allí se recoge uno de los principios rectores de la resolución 4 del Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Caracas 1980) : un menor delincuente no puede ser encarcelado salvo que no exista otra respuesta adecuada (ver "Derechos", publicación conjunta de Unicef. y la Procuración General de la Nación, tercera edición, Buenos Aires, 1999, página 42) . - V - Fijada la conclusión anterior, corresponde analizar ahora si el régimen penal de menores vigente, al que confluyen las mencionadas normas de derecho internacional y de derecho interno, permite la aplicación de la prisión perpetua o si, como lo postula la recurrente, su reducción según la escala de la tentativa (art. 4º de la ley 22.278) resulta un imperativo constitucional. En tal sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño prescribe en su artículo 37, inciso "a", segundo párrafo, que "no se impondrá la pena capital ni la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años". La redacción de la norma es clara en cuanto a que lo único prohibido es la pena de muerte y la prisión perpetua sin esa posibilidad. En el ámbito interno, dada la prisión perpetua a la que ha sido condenado M., esa posibilidad existe bajo la forma de libertad condicional luego de cumplir veinte años de condena (conf. art. 13 del Código Penal, en su redacción anterior a la reforma introducida recientemente por la ley 25.892) . De tal modo, debe concluirse que la ley penal argentina aplicada al caso se ajusta objetivamente a las condiciones que fija aquella convención. A fin de interpretar esa norma del instrumento internacional, es pertinente acudir a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865 (conf. Fallos: 315:612) cuyo artículo 31, inciso 1º, prevé en lo que aquí interesa que deberán interpretarse "... conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". Por lo tanto, al resultar del propio texto del citado artículo 37 que la aplicación de la prisión perpetua, con ese límite, es admitida respecto de menores, corresponde concluir que la sanción fijada por el a quo en virtud del artículo 4º de la ley 22.278, no se opone a ese régimen. En abono de lo anterior, estimo de utilidad hacer referencia a que en el ámbito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, solo se encuentra expresamente vedada la aplicación de la pena de muerte a los menores de dieciocho años de edad (art. 4.5) , sin que se prevean restricciones sobre la prisión perpetua a su respecto. Análoga previsión contienen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6.5) y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores Reglas de Beijing (art. 17.2) . - VI - No dejo de advertir que el plazo de veinte años que prevé el artículo

13 del Código Penal puede parecer prolongado y, por lo tanto, opuesto al "interés superior del niño" y al criterio que recomienda la prisión "durante el período más breve que proceda" (arts. 3º y 37, inciso "b", de la convención) . Pero para determinar el alcance de esos conceptos, también debe señalarse que ese propio instrumento internacional admite la posibilidad de aplicar prisión perpetua. Al tratarse de una pena fija que por definición nunca podrá ser considerada "breve", es razonable interpretar que esa sanción ha sido contemplada para supuestos de extrema gravedad en los cuales no resulta aplicable otra menos severa. Esta conclusión coincide, en lo esencial, con lo que surge de lo informado el 28 de octubre de 2002 por el "Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos" del Centro de Investigación de la Universidad de Barcelona, España, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a pedido de la Procuración Penitenciaria de la República Argentina, con referencia a un caso similar denunciado en esa instancia por el Ministerio Público de la Defensa (ver transcripción íntegra de ese informe a fs. 90/92 del escrito de recurso extraordinario) . Al referirse allí a los acuerdos internacionales, se menciona que "la ambigüedad es la característica principal de sus contenidos y alcance" y se hace expresa referencia al artículo 37, inciso "a" de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto si bien impide la prisión perpetua, acota esa prohibición a los casos en que no conlleve la "posibilidad de excarcelación", lo cual permite sustentar una condena como la de autos. En igual sentido, se alude al texto de las Reglas de Beijing, cuya imprecisión también admitiría aplicar la sanción que aquí se cuestiona (ver en especial fs. 91 vta.) . Por lo demás y en cuanto al alcance de la fórmula "durante el período más breve que proceda", considero útil mencionar que en este último instrumento internacional, también específico en materia de administración la justicia de menores e invocado por la recurrente, se contempla que la respuesta que se dé al delito será proporcionada no solo a sus circunstancias y gravedad, "sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad"; y que la privación de libertad personal solo se impondrá "en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada" (ver art. 17.1, incs. "a" y "c") . Precisamente en el comentario al inciso "b" del citado artículo 17.1, se reconoce que aun cuando los enfoques punitivos no sean adecuados, es posible que "en los casos de delitos graves cometidos por menores tenga todavía cierta justificación la idea de justo merecido y de sanciones retributivas" (ver "Derechos", publicación ya citada, páginas 40 y 41) . En este sentido, debe observarse que los hechos por los que ha sido condenado M. en estos autos (homicidio criminis causae y robo con uso de armas) , aun sin tomar en cuenta los delitos que se le imputan en el otro proceso que se le sigue (tentativa de homicidio calificado reiterado, robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa y resistencia a la autoridad ver referencias a fs. 66 y 80 vta.) a cuyo respecto se volverá infra al tratar otro de los agravios (ver apartado IX) , exhiben relevancia a aquellos fines, tanto por su gravedad y violencia como por su repercusión en materia de seguridad pública. Adviértase que la pauta de la gravedad de los hechos también es habitual en el ámbito de los instrumentos de derechos humanos para ceñir interpretaciones que puedan limitar los derechos en ellos reconocidos. Así se observa que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, luego de establecer que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, admite para los países que no la han abolido, la posibilidad de imponer pena de muerte aunque solo "por los delitos más graves" (art. 4.2) . Similar previsión contiene el artículo 6.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Al respecto, cabe destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos cuyos precedentes han sido invocados tanto por V.E. (Fallos: 310:1476 considerando 6º ; 319:2557 considerando 15 del voto de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert ; entre otros) , como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (v. gr. casos "Genie Lacayo", sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C nº 30, párrafo nº 77; "Suárez Rosero", del 12 de noviembre de 1997, Serie C nº 35, párrafo nº 72; "Blake", del 22 de enero de 1999, Serie C nº 48, párrafo nº 55) ha fijado un criterio similar al que aquí se propone. Al reconocer validez a la detención "hasta que Su Majestad quede satisfecha", regulada en el derecho inglés para los casos de delitos graves cometidos por menores, ese tribunal sostuvo que la indeterminación de la duración de la detención de una persona joven convicta, la cual puede ser tan larga como su vida, solo puede justificarse por consideraciones basadas en la necesidad de protección pública; y agregó que la razón decisiva para determinar la continuidad de la detención es su peligrosidad para la sociedad (caso "Hussain v. The United Kingdom", sentencia del 21 de febrero de 1996, párrafos nº 53 y 54) . De la inteligencia hasta aquí desarrollada surge que, en definitiva, "la mayor brevedad posible" que se postula en el instrumento internacional de menores no impone per se la inconstitucionalidad de la aplicación a su respecto de la prisión perpetua pues, bajo cierta condición (posibilidad de excarcelación) , se trata de una pena que la propia convención autoriza para supuestos de gravedad y sin perjuicio de la vigencia del "interés superior del niño" que proclama su artículo 3º. Esta última conclusión se fortalece si se tiene en cuenta que al expedirse en la ya citada Opinión Consultiva nº 17/2002 (párrafo nº 59) , la Corte Interamericana de Derechos Humanos remarcó que el "interés superior del niño" ha sido aludido, entre otros, en el artículo 37 de la convención respectiva, con lo cual al surgir de los propios términos de esta norma lo afirmado en el párrafo anterior, es posible sostener que ese interés debe interpretarse según las circunstancias de cada caso; y la gravedad de los hechos del sub júdice brinda razonable sustento al criterio adoptado por el a quo. Por lo tanto, considero que la facultad judicial que autoriza el artículo 4º de

la ley 22.278 no se opone a las pautas que se han reseñado, pues en virtud de ella el tribunal competente dispone de una herramienta legal que le permite, con mayor amplitud que para los adultos, adecuar la reacción estatal si es que se la juzga necesaria según los principios que rigen específicamente en materia de menores. Frente a tal conclusión, que reconoce sustento en los instrumentos internacionales citados y en la interpretación que de ellos han hecho los órganos de ese mismo carácter, carecen de relevancia las demás opiniones que invoca la defensa (ver fs. 89 vta. y 90) en la medida que no ha demostrado que éstas hayan alcanzado, dentro del ámbito de aplicación de los derechos humanos, el consenso necesario para modificar las condiciones actuales de su vigencia en lo que aquí interesa.

- VII - La recurrente también se ha agraviado por considerar arbitraria la sentencia, pues a su criterio la libertad condicional que regula la ley penal argentina para los condenados a prisión perpetua, no satisface la "posibilidad de excarcelación" que exige el citado artículo 37, inciso "a", de la Convención sobre los Derechos del Niño. Fundó su objeción en que mientras ésta comporta un dispositivo más flexible en manos del juez encargado del caso y ligado "a la ideología del tratamiento integral", aquélla remite al otorgamiento de un beneficio cuya concesión depende del cumplimiento de condiciones impuestas por el Servicio Penitenciario Federal, organismo concebido como una fuerza de seguridad cuya estructura no observa los métodos y recursos que el tratamiento del menor delincuente requiere según los estándares internacionales. Agregó que aun cuando la libertad condicional es otorgada por un juez, está condicionada a los informes del personal penitenciario y su concesión es restrictiva en los casos de prisión perpetua, lo cual, según su criterio, concurre a su descalificación en el marco de la citada convención. Sin perjuicio del carácter dogmático de esa afirmación, estimo pertinente señalar que el distingo que se esfuerza en realizar la recurrente entre ambos institutos resulta insustancial a la luz del texto del artículo 37, inciso "a", de aquel instrumento. En efecto, en mi opinión no es posible sostener que la utilización del vocablo "excarcelación" remita inexcusablemente el régimen específico que bajo esa denominación regula el Código Procesal Penal de la Nación en sus artículos 316 y siguientes y, a la vez, excluya el que se prevé en los artículos 13 y concordantes del Código Penal. Así lo considero pues aquel término debe ser entendido como la posibilidad de recuperar la libertad en forma anticipada al agotamiento de la condena, cualquiera sea el instituto a través del cual el derecho interno lo regule. Esta conclusión se sustenta en la norma interpretativa del artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en tanto alude "... al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado ...". Adviértase que al no preverse en nuestro derecho interno que un condenado por sentencia firme pueda ser "excarcelado", de seguirse el criterio gramatical de la defensa, la libertad de un menor condenado tanto a prisión perpetua como a una pena temporal importaría una alambicada cuestión de hermenéutica jurídica, incompatible tanto con aquella clara pauta cuanto con la inmediatez que merece una decisión de esa naturaleza. Si alguna duda queda sobre esta cuestión y en aplicación del artículo 33, inciso 3º, de la aludida Convención de Viena, que establece la presunción que "los términos de un tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido", estimo de utilidad cotejar la palabra con que el concepto ha sido expresado en las versiones en inglés y francés del citado artículo 37, inciso "a". En la primera de ellas, se expresó "without possibility of release", cuyo significado es "sin posibilidad de liberación, excarcelación, libertad" (conf. "Collins Diccionario Español Inglés Inglés Español", Ed. Grijalbo, Barcelona, 1986); mientras que en la segunda la fórmula se redactó "sans possibilité de libération", que debe traducirse como "sin posibilidad de liberación", pues si específicamente se tratara de la "excarcelación", debería haberse acudido al término "élargissement" (conf. "Dictionnaire Général Français Espagnol Espagnol Français", Ed. Larousse, Paris, 1993). Más aun, los propios autores cuyo trabajo ha invocado la recurrente a fojas 87 y 88 del escrito de apelación, afirman que "...el término 'excarcelación' del inc. 'a' del art. 37 permite ser interpretado como libertad condicional" (ver Pinto, Gimol y López Oliva, Mabel "La sanción de reclusión perpetua a adolescentes y la Convención sobre los Derechos del Niño o la imposibilidad de su justificación", en "Nueva Doctrina Penal, 2001/A", Ediciones del Puerto S.R.L., páginas 175 a 192, nota al pie 45 en página 187). Tal asimilación también surge claramente del texto de las Reglas de Beijing, cuyo artículo 28.1 alude a que la autoridad pertinente recurrirá en la mayor medida posible a la libertad condicional y la concederá tan pronto como sea posible. Con las consideraciones que anteceden, cabe concluir que la posibilidad de aplicar a M. el régimen de libertad condicional de los artículos 13 y siguientes del Código Penal, satisface plenamente la "posibilidad de excarcelación" que exige el artículo 37, inciso "a", de la convención. Otro tanto habré de afirmar con respecto a la aplicación de la ley 24.660 pues, no obstante lo alegado por la defensa, la ejecución de la pena está sometida al permanente control judicial, que debe garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales y de los tratados internacionales ratificados por la República Argentina (art. 3º), y la eventual aplicación del régimen de semilibertad que establece su artículo 17.I.b armoniza con las limitaciones al confinamiento en establecimientos penitenciarios que, "en la medida de lo posible" y "por el plazo más breve posible" aconsejan los artículos 18.1 y 19.1 de las Reglas de Beijing, ya citadas.

- VIII - En cuanto a los precedentes de la Corte Europea de Derechos Humanos que la recurrente ha evocado a fojas 92 en apoyo de su apelación (casos "T. vs. The United Kingdom" y "V. vs. The United Kingdom", ambos del 16 de diciembre de 1999, n° 24.724/94 y n° 24.888/94 respectivamente), estimo de utilidad señalar que se trató de casos donde lo relevante resultó la indeterminación de la sentencia de detención de los

menores "hasta que Su Majestad quede satisfecha", pues si bien el Ministro del Interior facultado para ello según la ley de Inglaterra y Gales había fijado inicialmente en quince años ese período ("tariff"), su decisión fue anulada por la Cámara de los Lores y no se había fijado uno nuevo a la fecha de pronunciarse aquel tribunal internacional. Estas circunstancias se juzgaron alcanzadas, en primer lugar, por el artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos que garantiza el derecho a un tribunal imparcial e independiente e incluye el procedimiento de apelación y de determinación de la sentencia, y resultaron esenciales para entenderse acreditada la violación a esa norma ante la falta de independencia que reviste el Ministro del Interior respecto del Poder Ejecutivo (ver párrafos n° 108, 110 y 113 del primero de esos casos, análogos a los n° 109, 111 y 114 del segundo). Asimismo, la Corte Europea analizó la cuestión con respecto al artículo 5.4 de la citada convención regional, que asegura la posibilidad de recurrir a un tribunal para que revise la legalidad de toda detención, y concluyó que en esos casos esa norma también había sido violada en atención a esa indeterminación, pues el período ("tariff") que había fijado el Ministro del Interior había sido anulado por la Cámara de los Lores sin haberse fijado uno nuevo al tiempo de su pronunciamiento, lo cual impedía acceder a una revisión judicial periódica a fin de determinar si la detención de los menores conservaba su legalidad (ver párrafos n° 114 a 121 del caso "T", análogos a los n° 115 a 122 del caso "V"). Sin perjuicio de lo anterior, frente a la afirmación que se transcribe a fojas 91 vta. in fine y 92 del escrito de recurso extraordinario, merece señalarse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también resolvió no examinar el reclamo bajo el conjunto de los artículos 6.1 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos. De ese modo, no se expidió sobre el planteo de discriminación que habían efectuado los solicitantes (ver párrafos n° 90/91 del caso "T", y n° 92 del caso "V", y punto dispositivo n° 4 de ambos fallos). Como surge de esta breve reseña, los defectos que aquel calificado tribunal de derechos humanos tuvo en cuenta para considerar afectadas las garantías en cuestión, se encuentran ausentes en el caso de autos, pues aquí la pena ha sido fijada por el Poder Judicial con observancia de las garantías del debido proceso y defensa en juicio, y cuya sentencia de primer grado fue recurrible ante un tribunal superior. Cabe destacar que sobre esos aspectos no han existido agravios de la defensa y, además, ellos se ajustan a los criterios que emanan de los puntos 10, 11 y 12 de la ya citada Opinión Consultiva n° 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, referida específicamente a la "condición jurídica y derechos humanos del niño". Por último, aquí el régimen de duración de la pena se encuentra claramente definido, como también el plazo para la eventual procedencia de la libertad anticipada, de modo que no se advierte la pertinencia de esos precedentes de aquel tribunal internacional con respecto al sub exámine.

- IX - Resta considerar el agravio sobre la valoración que en orden al juicio de peligrosidad, efectuó el a quo respecto de otro proceso que se sigue a M. por hechos cometidos en ocasión de una de las salidas periódicas a las que había sido autorizado durante el tratamiento tutelar aplicado en la causa que viene condenado. La recurrente cuestiona ese temperamento por entender que afecta el principio de inocencia e importa la creación la categoría de "semi inocente" o "cuasi culpable", ajena tanto al artículo 18 de la Constitución Nacional como a los tratados de derechos humanos. Del propio fallo surge el alcance exacto que, dentro del juicio de peligrosidad de M., se asignó a ese segundo proceso en trámite. Tal como se lee a fojas 78 vta./79 de estas actuaciones, la referencia fue solo como un dato objetivo que corroboraba "por lo demás" y pese a la presunción de inocencia, el "manifiesto desprecio por la vida propia y la ajena con tal de lograr su objetivo ilícito y, al propio tiempo, resguardar su libertad e impunidad", condiciones que había exhibido la conducta del nombrado en los hechos por los que ha sido juzgado en estos autos y que fueron valorados por el a quo como muestra "elocuente" a aquellos fines. Estimo relevante mencionar que esas actuaciones también habían sido consideradas incluso de modo adverso a su pupilo por la defensa de M., para descartar la procedencia de la absolución que autoriza el artículo 4° de la ley 22.278 y admitir una condena reducida ante el "sorpresivo fracaso" del esfuerzo realizado para "lograr su reinserción social" (ver sus escritos de fs. 15/16 y 61/64, y fs. 83 y 92 vta. del recurso extraordinario). Asimismo, ese segundo proceso también fue aludido en la sentencia del tribunal de menores, en el recurso del representante del Ministerio Público y la resolución del a quo que hizo lugar a la queja por denegación del recurso de casación deducido por el fiscal general (ver fs. 26/vta., 38 vta. y 58 vta.). Lo expuesto permite afirmar que aun cuando la referencia a esa causa no era extraña a la discusión del sub exámine, su mención en el fallo apelado fue sobreabundante e incluso ociosa, pues como se dijo ya los hechos de autos se juzgaron como prueba "elocuente" de la peligrosidad de M. y, por lo tanto, careció de efectos concretos al momento de la decisión, máxime al tratarse de una pena fija como la del artículo 80 del código de fondo. En tal sentido advierto, que de las dos especies de pena previstas en esa norma, el tribunal no solo optó por la menos grave, sino que tampoco aplicó la reclusión por tiempo indeterminado que allí se autoriza. A tal punto llega esa ambigüedad, que así como el a quo aludió a ese proceso con el alcance descripto, el tribunal oral también lo hizo al tiempo de individualizar la pena de catorce años de prisión que, cabe recordar, fue consentida por la parte recurrente (ver fs. 27/vta. y 101 vta.). De lo anterior surge con claridad que el agravio analizado no guarda relación directa con la supuesta cuestión federal que bajo la invocación de la presunción de inocencia se pretende someter a decisión de V.E., lo cual determina su improcedencia con arreglo a la doctrina de Fallos: 310:2245; 311:504 y 312:1679, entre otros.

- X - Por último, en cuanto a la alegada infracción al artículo 4° de la ley 22.278 en que habría incurrido la Cámara al casar la

sentencia sin celebrar la audiencia de visu allí prevista, dejando de lado el análisis sobre si se trata de un recaudo que debe observarse en el trámite del recurso ante ese tribunal, pues ello importaría abordar una cuestión de derecho común y procesal extraña al remedio intentado, observo que se trata de un agravio meramente formal desde que no se han indicado los perjuicios que tal omisión en esa instancia podría haber generado a los derechos de M., como así tampoco su incidencia para una solución distinta a la adoptada, lo que conduce a su desestimación (conf. Fallos: 306:1111; 311:2337 y 2461, entre otros) . A ello cabe agregar, que en la presentación ante el a quo en la etapa prevista por los artículos 465 y 466 del Código Procesal Penal, la asistencia técnica tampoco puso énfasis en la necesidad de la entrevista personal que ahora se reclama. Más aun, allí sostuvo que la Cámara de Casación no podía revisar el monto de la condena pretendido por el Ministerio Público Fiscal porque "el legislador ha priorizado en el artículo 4º del régimen minoril, el conocimiento personal del imputado al que arriba el juzgador y dentro de ese contexto se considera que solo él se encuentra en condiciones de valorar la personalidad del autor del hecho" (ver fs. 62 vta./63) . La entidad de esa afirmación, permite concluir que esta objeción, recién planteada en el remedio federal, ha sido producto de una reflexión tardía que además de lo indicado en el párrafo anterior también obsta a su procedencia (Fallos: 311:371; 313:342 y 1391, entre otros) . - XI - Al finalizar esta presentación, estimo necesario recordar que según el delicado mandato fijado por el artículo 120 de la Constitución Nacional, no solo toca a este Ministerio Público la defensa de la legalidad, especialmente relacionada aquí con la interpretación de los instrumentos internacionales aplicables, sino también velar por los intereses generales de la sociedad. A partir de ese marco de referencia y de acuerdo a los fundamentos expuestos en los apartados precedentes, debo concluir, a modo de síntesis, que: a) la pena de prisión perpetua a menores no constituye una tortura ni un trato cruel, inhumano o degradante; b) esa sanción no se opone al texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia; c) la libertad anticipada que regula el artículo 13 del Código Penal cumple con el requisito de "posibilidad de excarcelación" que exige el artículo 37, inciso "a", de la citada convención; d) el régimen penal de menores establecido por ley 22.278, también se ajusta a los criterios de ese instrumento internacional; e) la reducción de la pena que autoriza el artículo 4º de esa ley, continúa siendo una facultad conferida a los jueces de la causa. Por ello, opino que V.E. debe hacer lugar a la queja, declarar formalmente procedente el recurso extraordinario y confirmar la sentencia de fojas 71/79 en cuanto pudo ser materia de apelación federal. Buenos Aires, 11 de marzo de 2005. EDUARDO EZEQUIEL CASAL Buenos Aires, 7 de diciembre de 2005. Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de D. E. M. en la causa M., D. E. y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -causa N° 1174-", para decidir sobre su procedencia. Considerando: 1º) Que el Tribunal Oral de Menores n° 2 de esta ciudad condenó a D. E. M. a la pena de catorce años de prisión como autor del delito de robo agravado por su comisión mediante el uso de armas, en concurso real con homicidio calificado con el fin de lograr su impunidad (arts. 166 inc. 2º, 80 inc. 7º del Código Penal y 4º de la ley 22.278) . Contra ese fallo, el Fiscal General interpuso recurso de casación, por entender que al atenuar la pena impuesta a M. por medio de la aplicación de la escala penal de la tentativa, el tribunal había hecho una errónea interpretación del art. 4º de la ley 22.278. 2º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió casar la sentencia, y condenó al nombrado a la pena de prisión perpetua. Dicha resolución fue apelada por la defensa oficial mediante el recurso extraordinario de fs. 80/93, cuyo rechazo motivó la presente queja. 3º) Que la recurrente cuestiona la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua aplicada a M., por cuanto, por su gravedad, resulta violatoria de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, como así también del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (art. 75, inc. 22º, Constitución Nacional) . Asimismo, sostiene que la aplicación de la pena indicada supone hacer a un lado el "interés superior del niño" y el principio de aplicación subsidiaria de la pena privativa de libertad respecto de menores (conf. arts. 3º y 37, inc. "b", Convención sobre los Derechos del Niño) . Desde otro punto de vista, según la defensa, no es posible argumentar -como lo hace el a quo- que la posibilidad de libertad condicional prevista para la prisión perpetua garantiza su adecuación a la Constitución, en tanto los lapsos necesarios para llegar a la mera posibilidad de aplicación del régimen de semilibertad (12 años, conf. art. 17, ley 24.660) y a la efectiva libertad condicional (20 años, cf. art. 13, Código Penal) son demasiado prolongados como para satisfacer el mandato convencional. 4º) Que en la medida en que se encuentra en discusión el alcance de la Convención sobre los Derechos del Niño como pauta interpretativa del régimen legal de aplicación de penas a menores, y la decisión del a quo ha sido contraria a la pretensión de la apelante, existe en el caso cuestión federal bastante para habilitar la vía del art. 14 de la ley 48. 5º) Que según se expresa en la decisión recurrida, "aun cuando ?las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez' resulten parámetros directamente conectados con la decisión de considerar ?necesario aplicarle una sanción' (...), una vez adoptada la resolución de condenar el tribunal debe adaptar la pena de conformidad con los arts. 40 y 41 del Código Penal incluso para establecer si corresponde, en el caso, escoger la escala atenuada prevista para la tentativa". Ello derivaría, en opinión del a quo, del propio régimen penal de la minoridad, que establece como pautas mensurativas

de la pena circunstancias que "coinciden parcialmente" con las de los arts. 40 y 41 del Código Penal. 6°) Que, a partir de esa premisa, reexamina la decisión del tribunal oral, y concluye que "no corresponde la reducción de pena", y que la pena de prisión perpetua "es la que mejor se adecua al caso". Para llegar a esa conclusión, descalifica los fundamentos de la sentencia del tribunal oral, en cuanto sustentó la decisión de aplicar la escala penal reducida en una errónea valoración de los elementos de la causa. Así, según el a quo, al apoyar el tribunal oral su decisión de penar en forma atenuada en el hecho de que M. cometiera el delito siendo menor, tomó en cuenta una circunstancia que, en rigor, sería irrelevante, mientras que el otro elemento de juicio, el resultado del tratamiento tutelar, fue valorado en forma parcial. Con respecto a este último punto, la Cámara critica que se haya considerado el buen comportamiento del menor mientras estuvo, bajo disposición tutelar, internado en el Instituto Agote, pero que no se haya seguido del fracaso de dicho tratamiento (revelado en la comisión de nuevos delitos) la necesidad de una pena más intensa. 7°) Que, en apariencia, es cierto que la circunstancia de que M. fuera menor ya es un requisito necesario para la aplicación de la escala atenuada, y que, en consecuencia, no aporta nada para decidir la alternativa planteada por el art. 4° de la ley 22.278, aplicable sólo respecto de menores. De acuerdo con esta norma, una vez cumplidos los 18 años, la decisión acerca de si habrá de aplicarse pena respecto del menor previamente declarado responsable, incluye, en este último supuesto, la posibilidad de atenuar la pena que normalmente se aplica a los mayores, de acuerdo con la escala reducida de la tentativa. En este sentido, para que la alternativa exista, el hecho debe haber sido cometido entre los 16 y los 18 años. No obstante ello, a pesar de cierta imprecisión en la formulación, en modo alguno resulta descalificable que el tribunal oral haya expresado que computaba, en favor de M., "su minoridad al momento del hecho". Antes bien, su consideración resulta constitucionalmente obligatoria tanto por aplicación del art. 40, inc. 1°, de la Convención del Niño, como así también por imperio del principio de culpabilidad, en casos como el presente o en cualquier otro. Por lo demás, la "edad" es un factor determinante también de acuerdo con el art. 41 del Código Penal, esto es, la norma que el a quo consideró que el tribunal había aplicado erróneamente. A pesar de ello, en la decisión apelada en ningún momento se hace referencia a la medida de la reprochabilidad de M. ni a sus posibilidades de autodeterminación, las cuales, por cierto, no pueden ser consideradas evidentes ni derivadas automáticamente de la gravedad objetiva del hecho cometido. 8°) Que, para la imposición de la pena de prisión perpetua, la decisión apelada estima decisivo el fracaso del tratamiento tutelar. Así, afirma que: "no bien el menor ganó la confianza de las autoridades, a tal punto que le concedieron egresos periódicos, defraudó aquélla y se involucró en nuevos y violentísimos hechos delictivos que han motivado una grave acusación en su contra por la que se sustancia el correspondiente juicio". Siguiendo esta línea de pensamiento, señala que la reducción de la pena "no deriva racionalmente de las circunstancias fácticas comprobadas en el legajo". 9°) Que tal afirmación importa una simplificación inadecuada, sobre la base de la cual no puede fundamentarse el fallo. En efecto, la liberalización del régimen de internación a través de "egresos periódicos" aparece como un intento efectivo para reintegrar al menor a la sociedad libre, objetivo que en manera alguna podría lograrse intramuros. A nadie puede escapar en particular a aquellos funcionarios cuya actividad específica es el trato con menores que existen posibilidades de que durante esas salidas el menor pueda cometer un nuevo delito, con el consecuente fracaso del tratamiento resocializador, mas ello aparece como un riesgo ordinario, habida cuenta de que el objetivo perseguido no es sencillo de lograr. Por otra parte, tampoco puede atribuirse el fracaso en exclusividad al destinatario de la medida. Pero aun cuando se aceptara esta posibilidad, no es admisible que en la sentencia apelada se omita toda referencia fáctica a las concretas condiciones de contención social en que se produjo la liberación. Desde ese punto de vista, resultan sumamente reveladoras las constancias del expediente tutelar en cuanto hacen referencia reiteradamente al medio social de M. como de "alto riesgo" (así, por ejemplo, fs. 3 y 71), así como las que se vinculan con su procedencia de un hogar en el que los progenitores no ejercen sus roles en forma efectiva (fs. 17, 249). 10) Que, por lo demás, en este caso, la "defraudación" de la confianza en que habría incurrido M. derivaría de la comisión de un nuevo hecho delictivo por el cual, al menos al tiempo del dictado de la sentencia recurrida, aún no había recaído condena. Según el a quo, pese a que M. "aún conserva el estado de inocencia, lo cierto es que la presunción de responsabilidad que dimana del progresivo avance de dicha causa es un dato objetivo que no puede ser desdeñado en el juicio de peligrosidad que este tribunal está obligado a emitir de conformidad con el art. 41 del Código Penal". 11) Que, en principio, no corresponde a la competencia de esta Corte interpretar el alcance específico de la expresión "peligrosidad" contenida en el art. 41 del Código Penal. Sin embargo, lo que no puede autorizarse es que tal expresión se convierta en la puerta de ingreso de valoraciones claramente contrarias al principio de inocencia, al derecho penal de hecho, o bien, llegado el caso, al non bis in idem. En efecto, la valoración de un procedimiento en trámite como un factor determinante para elevar el monto de la pena no puede suceder sin violar el principio de inocencia. Y si esto es así respecto de los mayores, no puede ser de otro modo respecto de los menores bajo el inefable ropaje de la "peligrosidad", pues si algún efecto ha de asignársele a la Convención del Niño es, sin lugar a duda, que a ellos les alcanza el amparo de las garantías básicas del proceso penal. Por otra parte, en caso de recaer condena, la gravedad del nuevo hecho habrá de ser valorada en esa decisión posterior, y serán las reglas del art. 58 del Código Penal las que habrán de asegurar, si correspondiere, una valoración global, que evite la plural

valoración agravante del mismo elemento bajo rubros diferentes: en un juicio, como "defraudación de la confianza" y como revelador retroactivo de "peligrosidad", y en el otro, por el ser el objeto propio de la condena. 12) Que, sentado lo expuesto, la afirmación del a quo, según la cual, "M., cuando delinque, exhibe un manifiesto desprecio por la vida propia y la ajena con tal de lograr su objetivo ilícito y, al propio tiempo, resguardar su libertad e impunidad" sólo debe referirse al hecho de autos. Tal afirmación, relativa a la gravedad del hecho cometido por el imputado, es presentada como el argumento decisivo en favor de descartar la posibilidad de aplicar la escala penal reducida. Se trata, sin embargo, de un ejemplo prototípico de fundamentación aparente, en tanto nada dice del caso sometido a juzgamiento, ya que idéntica afirmación podría ser trasladada a cualquier caso en el que el tipo penal que entrara en consideración fuera un homicidio del art. 80 inc. 7° del Código Penal: lo que caracteriza la gravedad propia del ilícito del homicidio cometido con el fin de procurar la impunidad no es otra cosa que el desprecio a la vida que manifiesta el autor con tal de lograr su objetivo ilícito y, al propio tiempo, resguardar su libertad e impunidad. 13) Que, por regla general, cuando se trata de homicidios agravados cometidos por mayores, la sola subsunción de la imputación en el tipo penal basta para dejar sentada la gravedad del hecho sin necesidad de mayores argumentaciones, pues la pena prevista es absoluta y por lo tanto, no exige, de hecho, ningún esfuerzo argumental adicional para la determinación de la pena: prisión perpetua. 14) Que las penas absolutas, tal como la prisión perpetua, se caracterizan, justamente, por no admitir agravantes o atenuantes de ninguna naturaleza. Esto significa, que el legislador declara, de iure, que todo descargo resulta irrelevante: son hechos tan graves que no admiten atenuación alguna. En los casos de plena culpabilidad por el hecho, este recurso legislativo resulta, en principio, admisible. Sin embargo, cuando se trata de hechos cometidos por menores, la situación es diferente, pues, en caso de que el tribunal decida aplicar efectivamente una pena, aún debe decidir acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa. En consecuencia, ya no es suficiente con la mera enunciación de la tipicidad de la conducta para resolver cuál es la pena aplicable. Un hecho ya no es igual a otro, sino que es necesario graduar el ilícito y la culpabilidad correspondiente. 15) Que ello no ha sucedido en el caso de autos. La descripción del hecho que realiza el a quo, según la cual "perseguido por un pariente de la víctima de su despojo y aún sin riesgo para su propia vida, le disparó a quemarropa y así le dio muerte", no permite inferir, por sí sola que se trate de un hecho respecto del cual la pena de 14 años impuesta por el tribunal oral resulte desproporcionadamente leve. A ello se agrega que los elementos "a quemarropa" y "aún sin riesgo para su propia vida", que se utilizan para remarcar la gravedad del ilícito, en modo alguno se desprenden de la descripción fáctica realizada por la sentencia de primera instancia y de la cual la alzada no podía apartarse. 16) Que, por otra parte, en el caso de los menores, la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o bien, la posibilidad de haber actuado impulsivamente o a instancias de sus compañeros, o cualquier otro elemento que pudiera afectar la culpabilidad adquieren una significación distinta, que no puede dejar de ser examinada al momento de determinar la pena. 17) Que ello es así tanto si se considera que las reglas que orientan la determinación de la pena son las del art. 41 del Código Penal como si se estima que son las del art. 4° de la ley 22.278. Pues es verdad -y en esto sí acierta el a quo- que ambas regulaciones son parcialmente coincidentes. 18) Que existe otro aspecto concluyente respecto del cual ambas regulaciones coinciden, pero que al a quo no le pareció relevante: la necesidad de tomar conocimiento de visu del condenado antes de determinar la pena. Así, el art. 41, inc. 2°, in fine, del Código Penal señala claramente que "El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto ... en la medida requerida para cada caso". Por su parte, el art. 4° de la ley 22.278, es, para este caso, aún más categórico, en tanto establece que la necesidad misma de aplicación de una sanción al menor declarado responsable presupone la valoración de "la impresión directa recogida por el juez". 19) Que se trata de una regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de intermediación. Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada. 20) Que si esto es así respecto de los mayores, tanto más importante es respecto de los menores, para quienes se encuentra en juego incluso la posibilidad de que el tribunal, finalmente, resuelva prescindir de pena por estimarla innecesaria. Idéntica importancia ha de asignársele a dicha audiencia en un caso como el presente, en que la alzada decidió apartarse de la impresión "regular" a que había hecho referencia el tribunal oral que efectivamente tomó contacto con el menor y su evolución, y que lo había decidido a adoptar una pena atenuada. En este sentido, cabe recordar que también el art. 12 de la Convención del Niño señala expresamente que "se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional" (sin destacar en el original). 21) Que a pesar de las coincidencias parciales señaladas, existe en la normativa de la ley 22.278 un aspecto que no aparece en el Código Penal: la facultad y el deber del juez de ponderar la "necesidad de la pena". 22) Que la "necesidad de la pena" a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a "gravedad del hecho" o a "peligrosidad" como parece entenderlo el a quo. Antes bien, la razón por la

que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a "la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad" (art. 40, inc. 1°) . 23) Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3°, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento. 24) Que ésta debe ser una de las primeras oportunidades en que este tribunal tiene oportunidad de expedirse sobre cuestiones trascendentes referentes a la justicia penal de menores. La ley 22.278, que es la pieza jurídica fundamental nacional en la materia, prevé un sistema que se caracteriza por un gran poder para el juez de menores, quien luego de haber comprobado la responsabilidad penal del menor respecto en el hecho investigado, está facultado para absolverlo, para aplicarle una pena disminuida, en la escala de la tentativa (art. 4) , e incluso cuando el menor no haya tenido ninguna vinculación con el hecho investigado puede disponer definitivamente de él, para el supuesto de que considere que se encuentra en un estado de abandono, peligro material o moral (art. 2 in fine ley 22.278) . 25) Que, una característica distintiva y criticable que ha tenido este sistema judicial de menores es que históricamente no ha establecido una línea divisoria clara entre el niño imputado de un delito de aquel otro niño desamparado o incluso del que fue víctima, en efecto, para esos casos el juez tiene respuestas similares, entre ellas disponer de ellos, que en muchos casos ha implicado internación. Esto surge claramente no sólo del art. 2 de la ley mencionada sino también de la hermeneútica de la ley de Patronato de Menores n° 10.903, conocida como "Ley Agote" (art. 21) . 26) Que otra característica, no menos censurable de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son "dispuestos", "internados" o "reeducados" o "sujetos de medidas tutelares". Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la "libertad ambulatoria", aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias. 27) Que, siguiendo este esquema, la justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio. 28) Que este paradigma de la justicia de menores, conocido en doctrina como "situación irregular", fue receptado por toda la comunidad latinoamericana, y sus flancos débiles también han regido en otras latitudes. Así, por ejemplo, Anthony Platt en su obra clásica, "Los Salvadores del Niño", ha denunciado el sistema penal juvenil estadounidense, que bajo el ropaje de regirse por principios "Protectores", en la práctica implicó homogeneizar al niño infractor de la ley penal con aquel otro en situación de abandono, y el despojo de las garantías constitucionales, las que quedaban reservadas así sólo para la justicia de adultos (Platt, Anthony M. en "Los 'salvadores del niño' o la invención de la delincuencia", Trad. Blanco Félix, México, Siglo XXI, 1982) . 29) Que la Corte Suprema de los EE.UU en el leading case denominado "Gault" (387 U.S 1, 1967) se pronunció en contra de la "cosificación" del menor infractor. Allí el tribunal señaló que la persona que no ha cumplido los 18 años tiene derecho a todas las garantías, entre ellas, contra los arrestos y requisas ilegales, a ser informado de todos los cargos imputados, a recibir consejo de un defensor, a controlar la prueba, a confrontar con los testigos de cargo, a no ser obligado a declarar contra sí mismo, a un juez imparcial, etc. Agregó que el joven necesita asistencia legal para poder comprender más inteligentemente los hechos. El tribunal también criticó la terminología eufemística respecto de la encarcelación de los jóvenes tratándola como escuela o casa de recepción, cuando se trata de una institución de confinamiento. Asimismo, expresó que la condición de ser un joven no justificaba un tribunal "canguro", Kangaroo court, en el sentido de un tribunal que, a la manera del canguro, protege al menor llevándoselo consigo. El mismo tribunal, en otro importante precedente, señaló que el menor además de ser titular de los derechos constitucionales que integran el debido proceso, por su misma condición de niño también era titular de derechos e inmunidades especiales respecto de los adultos, aunque reconoció que en la practica recibía lo peor de dos mundos (worst of both world) ni las garantías acordadas a los adultos ni los cuidados prometidos por su condición de menor ("Kent v. United States", 383 U.S. 541, 1966) . 30) Que el paradigma de la "situación irregular" recibió embates importantes en el derecho internacional, especialmente en las convenciones promovidas a instancia de las Naciones Unidas (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Para la Administración de Justicia Juvenil, 1985. Anteriormente las Naciones Unidas habían adoptado la Declaración de los Derechos del Niño, en 1959) . Del mismo modo,

en el año 2002, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, al analizar el sistema juvenil argentino expresó su profunda preocupación por el hecho de que la Ley N° 10.903, de 1919, y la Ley N° 22.278, que se basan en la doctrina de la "situación irregular", no distingan, en lo que se refiere a los procedimientos judiciales y el trato, entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia (Observaciones Finales: Argentina, CRC.C.15.Add.187, del 9 de octubre del 2002) . 31) Que cabe destacar que recientemente nuestros legisladores, en el mismo sentido de las recomendaciones de las Naciones Unidas, derogaron la ley 10.903 "Agote", y la reemplazaron por la ley 26.061, de "Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes". En dicho ordenamiento se establece que los menores cuentan con todas las garantías constitucionales ante cualquier tipo de procedimiento en el que se vean involucrados (art. 27) . En efecto, ya la Observación General N° 13 de las Naciones Unidas había señalado que "Los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". 32) Que, partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos. En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado como aquel elaborado por la doctrina de la "situación irregular" de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo. En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54) . 33) Que estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica. Así, en lo que aquí interesa, la Convención del Niño establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en los artículos 37 y 40 de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención, ha recomendado a los Estados Parte asegurar "la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención Internacional del Niño en particular a los arts. 37, 39 y 40 de la Convención, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de RIAD) (Dominica CRC/C/15/Add.238. 2004) . 34) Que, consecuentemente, en la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) , el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resulten de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores. 35) Que de la conjunción de la ley 22.278 y la Convención del Niño se desprende con claridad que el derecho penal de menores está muy fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad. De allí que, al momento de determinar la pena, el tribunal no pueda omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena, desde la perspectiva indicada, respecto de ese autor en concreto. 36) Que, asimismo, no se puede perder de vista para la solución del sub lite la significación del principio de culpabilidad, el cual, por cierto, ya formaba parte del texto constitucional con anterioridad a 1994. Dicho principio recoge una concepción antropológica que no admite la cosificación del ser humano y, por ende, rechaza su consideración en cualquier otra forma que no sea como persona, lo que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación y dotado de conciencia moral. Por amplias que sean las diferencias, no puede negarse que la línea ética que arranca con Aristóteles y que sigue con Santo Tomás, Kant, Hegel, etc., participa en común de esta esencia del concepto básico de persona humana, desarrollando sus diferencias siempre sobre esa misma base, que es la que sustenta las normas de nuestra Constitución de 1853 1860. De acuerdo con esta concepción, la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia. De este modo, nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor. Tal es la sana doctrina que se deriva de nuestra Constitución y de los principios plasmados en ella por los constituyentes desde 1853. Lo

contrario sería consagrar una discriminación entre los seres humanos, jerarquizarlos, considerar a unos inferiores a otros, y penar esa pretendida inferioridad de la persona, aunque con semejante consideración, en el fondo, cancelaría directamente el concepto mismo de persona. De este modo, el derecho penal de autor o de personalidad (también llamado de carácter), de claro signo autoritario, es abiertamente rechazado por nuestra Constitución, que siempre ha considerado al ser humano como un ente dotado de conciencia moral y, por ende, capaz de escoger entre el bien y el mal. 37) Que no escapa al criterio de esta Corte que existen casos como el presente, afortunadamente excepcionales, en los que niños y adolescentes incurren en comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico. No obstante, corresponde a un incuestionable dato óptico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas. Toda la psicología evolutiva confirma esta observación elemental (así, por ejemplo, Peter Blos, "Psicoanálisis de la adolescencia", México, 1976; del mismo, "La transición adolescente", Buenos Aires, 1981; Ana Freud, "La adolescencia" (capítulo X, en "Psicoanálisis y desarrollo del adolescente", Barcelona, 1985); Aberasturi Knobel, "La adolescencia normal", Buenos Aires, 1980; E. Erikson, "Identidad, juventud y crisis", Buenos Aires, 1990; del mismo, "El ciclo vital completado", Buenos Aires, 1985; Fernández Mouján, "Adolescencia, de la metapsicología a la clínica", Buenos Aires, 1992; Varela Álvarez Sarmiento, "Adolescencia marginal" (en Psicología forense, Buenos Aires, 2000); F. Doltó, "La causa de los adolescentes", Buenos Aires, 1990; Zusman de Arbiser, "Familia y psicoanálisis con niños y adolescentes", Buenos Aires, 1986; L. Kaplan, "Adolescencia: el adiós a la infancia", Buenos Aires, 1994). Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en el esfera emocional. Aunque es meridianamente claro que en nuestro sistema constitucional es inadmisibles la autoritaria culpabilidad de autor o sus variables, incluso admitiéndola sólo ad argumentandum, tampoco el reproche podría tener la misma entidad. Retrotrayéndonos a los mismos momentos en que imperaron en algunas extrañas latitudes estas concepciones autoritarias, y manejando sus conceptos, era dable observar que en los niños y adolescentes son bastante frecuentes comportamientos que en los adultos la psiquiatría de la época calificaría como psicopáticos, por lo cual no podría hablarse de idéntico reproche de personalidad, cuando a ojos vistas se trata de una personalidad con su esfera afectiva no completamente desarrollada, y tales actos no son patológicos en tal etapa. Se dan en los niños comportamientos en acting out, o sea, de paso del estímulo al acto, que la psiquiatría que admite el concepto de psicopatía los considera en el adulto como síntomas de esta patología, siendo claro que en el niño son producto de la falta de desarrollo o evolución de su esfera afectiva propias de su etapa vital. 38) Que la única vía para determinar la pena correspondiente a un hecho cometido por un niño siguiendo idénticos criterios que los que se utilizan respecto de un adulto sería prescindiendo del principio de culpabilidad, y apelando a la vieja peligrosidad. La concepción del ser humano que subyace en nuestra Constitución, tal como se ha señalado, repudia este concepto, de cuño claramente positivista, francamente enfrentado a la concepción de toda la ética tradicional, enraizado en las peores teorías racistas del siglo XIX, producto de un materialismo rudimentario y grosero, asentado sobre el determinismo mecanicista de la época y, por ende, totalmente incompatible con el concepto de persona, base de nuestra Constitución de 1853 1860, en perfecta armonía con el art. 1º de la declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. La peligrosidad como fundamento de la pena sólo es admisible cuando se concibe al ser humano como una cosa más entre todas las cosas, movido mecánicamente al igual que el resto de los entes y, por ende, susceptible de ser calificado según reales o supuestas fallas mecánicas que colocan al Estado en la disyuntiva de corregirlas y, en caso de imposibilidad, de eliminar al sujeto. En este sentido, el mensaje que llega del siglo XIX suena brutal a los oídos de quienes lo leemos después de las tristes experiencias del siglo XX y nos percatamos de que, en definitiva, se trata de las ideas que prepararon el camino al genocidio, y que uno de sus expositores por cierto, quizá el más prudente sintetizaba de la siguiente manera: "La sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar y ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida" (Franz von Liszt, La idea de fin en el derecho penal, trad. de Enrique Aimone Gibson, revisión de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Valparaíso, 1984, p. 120). Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la invocación de la peligrosidad para imponer mayor pena "constituye claramente una expresión del ejercicio del jus puniendi estatal sobre la base de características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía". Agrega que "la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo con

pena de muerte inclusive no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005, cons. 94 y 95) . 39) Que incluso suponiendo que pueda pasarse por alto todo lo dicho respecto de la peligrosidad, y si, por hipótesis, se la admitiera dentro de nuestro sistema constitucional, en el mejor de los casos, el pronóstico de conducta no podría hacerse intuitivamente por el tribunal, sino en base a un serio estudio o peritaje psiquiátrico o psicológico. Aún así, no se trata más que de una posibilidad que puede verificarse conforme a la ley de los grandes números, pero que en caso particular jamás puede asegurar que el agente se comportará de una u otra manera, pues siempre existe la probabilidad contraria: podemos saber, científicamente, que en un porcentaje de casos la conducta futura llevará a la comisión de ilícitos, pero siempre hay un porcentaje en que esto no sucede, y nunca sabemos en cuál de las alternativas debe ser ubicado el caso particular. Por ende, aumentar la pena por la peligrosidad siempre implica condenar a alguien por un hecho futuro, que no ha iniciado y ni siquiera pensado, y que nadie puede saber con certeza si lo pensará y ejecutará alguna vez en su vida. 40) Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto. 41) Que, de acuerdo con lo precedentemente expuesto, se advierte que en la sentencia en recurso no se han respetado las exigencias derivadas de las normas legales y constitucionales aplicables al caso. En efecto, la decisión de la cámara no exhibe argumento alguno que permita entender por qué una pena de 14 años de prisión por un hecho cometido a los 16 años resultaba insuficiente. Y, ciertamente, sus fundamentos mucho menos alcanzan para explicar cómo es posible promover la reintegración social del condenado por medio de una pena que se define ex ante por la decisión de, llegado el caso, excluirlo para siempre de la sociedad. Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen, a fin de que por quien corresponda se dicte nueva sentencia con arreglo al presente. Hágase saber y, oportunamente, devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT (según su voto) - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - RICARDO LUIS LORENZETTI - CARMEN M. ARGIBAY (según su voto) . VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT Considerando: 1º) Que contra la decisión de la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, que al casar la sentencia del Tribunal Oral de Menores N° 2, modificó la pena de catorce años de prisión impuesta y condenó a D. E. M. a la pena de prisión perpetua en calidad de coautor del robo agravado por el uso de armas, en concurso real con el de homicidio calificado por la finalidad de obtener su impunidad (arts. 45, 55, 166, inc. 2º y 80, inc. 7º, del Código Penal) , la defensa oficial del nombrado interpuso el recurso extraordinario de fs. 216/229 que, denegado, dio origen a la presente queja. 2º) Que, para así decidir, el a quo sostuvo que una vez adoptada la resolución de imponer una pena -de conformidad con el art. 4, segundo párrafo, de la ley 22.278 y sin que medie controversia de partes en cuanto a esa necesidad- el tribunal de mérito debió adaptar la condena a los índices de mensuración punitiva previstos en los arts. 40 y 41 del Código Penal. En este sentido, señaló que la decisión del tribunal oral no se había ajustado a las circunstancias fácticas comprobadas en el legajo; que no pudo derivar racionalmente de ellas la reducción de pena que prevé la ley juvenil; y que incurrió en contradicción, toda vez que tomó en cuenta la buena conducta intramuros del joven, cuando el tratamiento tuitivo prodigado había fracasado en lo que hace al progreso en la resocialización, pues "no bien el menor ganó la confianza de las autoridades (...) defraudó aquélla y se involucró en nuevos y violentísimos hechos delictivos". Agregó que si bien el joven M. aún conservaba el estado de inocencia "la presunción de responsabilidad que dimana(ba) del progresivo avance de dicha causa e(ra) un dato objetivo que no p(odía) ser desdeñado en el juicio de peligrosidad". Así entendió que la sanción privativa de la libertad fija que prevé el art. 80, inc. 7º, del Código Penal -pena de prisión perpetua- era la que mejor se adecuaba al caso. Finalmente, remitió a precedentes de esa Cámara con el objeto de descartar los reparos de índole constitucional que aparejaría la imposición de perpetuidad en estos supuestos. 3º) Que el recurrente atacó esa decisión sobre la base de considerar que, por su gravedad, la pena de prisión perpetua impuesta a una persona por delitos cometidos antes de los 18 años de edad, estaría en contradicción con diversas disposiciones de jerarquía constitucional que tienen como común denominador el conjurar la aplicación de penas crueles, inhumanas o degradantes y, especialmente, con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en cuanto expresa que los estados parte velarán para que no se imponga pena capital o prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación. A su vez, se agravó por la arbitrariedad que importó remitir a los argumentos de la Sala II de esa misma cámara. Señaló, al respecto, que asimilar la excarcelación prevista por la mentada Convención (art. 37, inc. a) con la libertad

condicional de nuestro régimen, carecía de sustento toda vez que ambos institutos difieren en la oportunidad y en el momento para solicitarlos, así como también en los requisitos para su obtención. Desde otro punto de vista, sostuvo que el ponderar el trámite de un proceso paralelo no finalizado -como evidencia del juicio de peligrosidad- redundó en una justificación meramente aparente de la pena a perpetuidad, así como en el desmedro del estado de inocencia. Finalmente se agravio de que el a quo hubiera obviado el conocimiento personal del imputado como requisito previo al dictado de una pena, conforme lo prevé expresamente el art. 4 de la ley 22.278.

4°) Que los agravios expresados suscitan cuestión federal bastante para habilitar la vía intentada, en tanto el recurrente ha puesto en tela de juicio el alcance que cabe otorgar -especialmente- a los principios contenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y a las diversas disposiciones constitucionales que se encuentran en relación directa e inmediata con la materia a decidir. En consecuencia, su tratamiento resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14, inc. 3, de la ley 48, toda vez que la decisión es contraria al derecho federal invocado por la parte, se trata de una sentencia que reviste carácter de definitiva y proviene del superior tribunal de la causa. Asimismo, los agravios relativos a la arbitrariedad de sentencia, resultan inescindiblemente ligados con los vinculados a la inteligencia de las normas federales, por lo que corresponde tratar en forma conjunta ambos aspectos (Fallos: 321:2223; 322:3154; 323:1625; 324:309; entre otros).

5°) Que, en primer lugar, cabe descartar el reparo fundado en la invalidez de la motivación basada en la sola remisión a otros precedentes de la misma Cámara. En principio, y de conformidad con conocida jurisprudencia de esta Corte, es bastante fundamento de las decisiones judiciales la remisión a lo resuelto en pronunciamientos anteriores (confr. Fallos: 311:2293 y sus citas). En efecto, todo pronunciamiento -en tanto unidad lógico jurídica- debe autosustentarse y estar suficientemente fundamentado. Esto, como es evidente, tiene por objetivo esencial evitar que la decisión importe el producto del arbitrio ilimitado de los jueces y configure una afirmación meramente dogmática como "proposición que no está abierta a la corroboración intersubjetiva, [y que por el contrario,] se funda exclusivamente en la convicción subjetiva, o fe, del que la sustenta, al margen de consideraciones racionales" (confr. Fallos: 327:954, voto del juez Fayt, con cita de Carlos S. Nino, "Introducción al análisis del derecho", ed. Astrea, 1988, pág. 322). Sin embargo, este supuesto no se configura necesariamente cuando el juzgador realiza una remisión, pues allí -como en toda decisión- se manifiesta una premisa axiológica implícita que valora esa fundamentación por sobre otras y descarta que ésta sea insustancial, arbitraria o maliciosa (confr. Fallos: 327:954, voto del juez Fayt). Por lo demás, el recurrente no ha demostrado en forma concreta el gravamen que tal remisión le ocasiona.

6°) Que sentado lo anterior, corresponde entonces efectuar algunas consideraciones previas relacionadas con las normas aplicables al caso. A tal fin, cabe recordar que el art. 4 de la ley 22.278 establece que: "(l) a imposición de pena respecto del menor a que se refiere el art. 2 estará supeditada a los siguientes requisitos: 1° Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere conforme a las normas procesales. 2° Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad. 3° Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inc. 2°". A su vez, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño prevé en su art. 37 que "(l) os Estados Partes velarán porque: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad" (énfasis agregado).

7°) Que la disposición que exige el conocimiento personal del imputado -contenida en el art. 4, ley 22.278- requería ser examinada por la Cámara de Casación como garantía mínima del debido proceso legal que rige en la materia. En tal sentido, corresponde atender a este agravio al amparo de los principios -que ut infra se desarrollarán- conforme los cuales, quien ha cometido un delito siendo menor de 18 años debe contar con la posibilidad de participar en la trascendental decisión que importa adoptar alguna de las hipótesis que regula la norma de mención.

8°) Que, por otra parte, la existencia del instituto de la "libertad condicional" en el régimen nacional permite -en principio- la equiparación a la "posibilidad de excarcelación" en caso de prisión perpetua, establecida en el art. 37 a de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, para dicha equivalencia, con posibilidad de liberación anticipada. Por lo demás, la "posibilidad de excarcelación" prevista en la norma internacional autoriza a sostener que no se advierte una clara conculcación a un principio de derecho público local (art. 27 de la Constitución Nacional). Sin embargo, las restantes cuestiones planteadas conducen al examen de la sanción impuesta desde la estricta vigencia de otras normas federales que se encuentran en juego.

9°) Que, de tal modo, el ámbito de decisión no consiste en determinar si es posible aplicar a la luz de la Convención -descartada, a su vez, su contradicción con los principios de derecho público local- la condena de prisión perpetua a quienes hayan cometido un delito siendo menores de 18 años. Antes bien, se trata de examinar si al fijarse la pena aplicada en la especie respecto del joven M. fueron respetados los demás principios constitucionales que aluden a la situación del niño y los directamente vinculados con la imposición de una pena adecuada a la culpabilidad. Más

precisamente, si resultaba razonable y correspondía, aplicar por el delito cometido la pena más grave que nuestro sistema punitivo prevé. 10) Que las penas perpetuas, por principio, "son las que no tienen fin sino con la muerte del condenado; se aplican durante toda la vida de éste, el que resulta, así, totalmente segregado del medio social en que actuaba" (confr. Rodolfo Moreno h, "El Código Penal y sus antecedentes", tomo II, H. A. Tommasi, Buenos Aires, 1922, pág. 13) . De ahí que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establezca expresamente su prohibición, salvo para los casos en que -como ya se adelantó- se prevea excarcelación. De esta manera -y a fin de establecer un consenso en tan delicada materia- se estableció la hipótesis de máxima que podría llegar a ser acogida por los estados parte, a modo de velar -dentro de su margen soberano de apreciación- por el cumplimiento de la disposición en cuestión. Y, tan así es, que hasta la propia Corte Suprema de los Estados Unidos advirtió, en un reciente fallo, que si bien dicho Estado no había ratificado la citada Convención, sus directrices debían ser tomadas en cuenta a fin de no imponer la pena capital que aquélla prohíbe para quienes hubieran cometido un delito siendo menores de 18 años de edad (confr. No. 03 633, "Roper, Superintendent, Potosi Correctional Center v. Simmons", del 1º de marzo de 2005) . 11) Que la expresión "excarcelación" no puede entenderse en términos procesales y -por las características de la pena impuesta a jóvenes infractores- corresponde -como ut infra se explicará- interpretar por tal la liberación anticipada o, directamente, que la pena pueda tenerse por agotada. En este sentido, cabe recordar que en nuestro régimen legal existe la posibilidad de extinción de la pena de prisión perpetua una vez obtenida la libertad condicional y transcurridos cinco años sin que ésta haya sido revocada (confr. arts. 13 y 16 del Código Penal) . La única pena forzosamente perpetua conforme la normativa vigente al momento de los hechos, era la impuesta a los reincidentes, a quienes no podía aplicárseles la libertad condicional. En virtud de lo anterior y toda vez que las condenas impuestas por delitos cometidos antes de que el imputado alcance los 18 años de edad no pueden ser tenidas en cuenta a efectos de considerarlo reincidente (art. 5 de la ley 22.278) , la libertad condicional se obtendría -de satisfacerse los restantes requisitos de procedibilidad que establece la ley- a los veinte años de condena (confr. art. 13 del Código Penal, según texto anterior a la reforma de la ley 25.892) , mientras que la posibilidad de acceder al período de prueba previo a la incorporación al régimen de semilibertad, a los doce años (confr. arts. 17 de la ley 24.660 y 27 del decreto 396/99) ; sin que corresponda considerar aquí la validez de este requisito. 12) Que, sin perjuicio de lo expuesto, no pueden desconocerse los límites que acotan el ámbito de legitimidad de las penas a imponer en un Estado de Derecho, los cuales deben ser interpretados armónicamente con otros principios que condicionan la aplicación de pena en el régimen penal juvenil. Si bien es cierto que el art. 37 a) de la Convención citada es la única norma que expresamente prevé efectos para quienes ya son mayores de 18 años de edad, mientras los restantes apartados de ese artículo -que, en gran medida, se hacen eco de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) y de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de su libertad- se dirigen a la situación de los niños, entendiendo por tales a toda persona menor de dieciocho años de edad (confr. art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional; art. 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ley 23.849 y, en el mismo sentido, ley 26.061) , no lo es menos la circunstancia de que -conforme surge de las ya mencionadas Reglas de Beijing se debe procurar extender el ámbito de aplicación de los principios contenidos en esas Reglas Mínimas a los adultos y jóvenes que hayan cometido un delito (confr. regla 3.3) . 13) Que desde esta perspectiva, cabe recordar sin recurrir al arracimado de disposiciones internacionales invocadas ni a los casos contenciosos de la Corte Interamericana cuya relación de correspondencia con el tema a decidir no necesariamente obligan a citarlos que dentro de los objetivos que guían la justicia que rige en materia de jóvenes infractores se encuentra el principio de proporcionalidad, amén de la necesidad de considerar que la privación de la libertad sólo podrá ser impuesta como medida alternativa de último recurso y durante el período más breve que proceda. Aquel principio, entendido como una herramienta para restringir las sanciones punitivas y conforme el cual el merecimiento de pena corresponderá, fundamentalmente, a la gravedad del delito confr. comentarios que acompañan al texto de la regla 5 y que según se señala en la introducción a la resolución 40/33 de la Asamblea General fueron concebidos con el propósito de que se considerasen parte esencial del documento , no es otro que el riguroso límite que nuestro derecho público interno prevé, en relación con el de la culpabilidad por el hecho, frente a pretendidas necesidades de prevención. 14) Que así planteado, y toda vez que el delito cometido debería ser el factor decisivo necesario aunque no suficiente en la determinación del castigo a efectos de mantener cierta proporcionalidad cardinal, cabe examinar la sentencia impugnada, en cuanto decidió que no podía adoptarse la escala reducida de la tentativa conf. art. 4 de la ley 22.278 y que correspondía aplicar la pena de prisión perpetua. En otros términos, debe determinarse si la máxima pena impuesta al joven M. se corresponde con los principios constitucionales relativos a la fijación de la pena y a la atención que cabe asignar a la especial situación en la que se encuentran los jóvenes en conflicto con la ley penal, teniendo especialmente en cuenta que en este campo existe la alternativa de reducir las penas en general mediante la adopción de la escala reducida de la tentativa. De ahí que el denominado principio de benignidad en conexión con la culpabilidad disminuida de aquella persona que ha cometido un delito siendo menor de 18 años de edad, operaría en todo caso en cuanto a sostener que, por regla, corresponde aplicar la escala

reducida de mención. La benignidad así entendida "se refiere al fin loable de reducir el sufrimiento penal. Apunta a una reducción de penas algo que las sanciones proporcionales pueden conseguir bajando los puntos de anclaje de las escalas de penas " (confr. Andrew von Hirsch, "Censurar y castigar", ed. Trotta, Madrid, 1998, p. 169) . Es ésta la opción político criminal escogida por el legislador nacional, que se corresponde, por lo demás, con la formulación de directrices que en el ámbito de esta justicia especializada otorgan un margen de discrecionalidad a los "tribunales de menores" mayor que el que tienen conforme la escala penal que rige en la justicia de adultos a modo de velar por que se cumplan "las diversas necesidades especiales" y "la diversidad de medidas disponibles" en materia de derecho penal juvenil (confr. regla 6.1 de las Reglas de Beijing, in fine) . 15) Que esta postura refleja el sentido que cabe asignar al art. 4 de la ley 22.278, a la luz de los mencionados principios y de lo establecido en el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional, en cuanto prevé en lo que aquí interesa la necesidad de promover acciones positivas para el goce y ejercicio de los derechos humanos reconocidos con jerarquía constitucional, en especial, en todo cuanto concierna a los niños y con la finalidad de garantizar, entre otras cuestiones, la igualdad real de trato. En tales condiciones, si bien "(e) n el imaginario, 'la adolescencia' es considerada como culpable a priori, ya pervertida y más bien irrecuperable, y se opone en eso a 'la infancia', todavía pura, frágil y fragilizada, la cual todavía puede ser salvada" (confr. F. Tetard, *Delinquance juvenile: strategie, concept ou discipline?*, en "Délinquances des jeunes", vol. 2; citado por Juan Bustos Ramírez, "Perspectivas de un derecho penal del niño", en NDP 1997 A, pág. 63, nota 1) , debe observarse que conforme nuestra Ley Fundamental y normas reglamentarias se es niño hasta los 18 años de edad. Es por ello que de consuno con las denominadas directrices de Riad, cabe reconocer que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajusta a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de madurez (confr. capítulo I, numeral 5.e, de las directrices para la prevención de la delincuencia juvenil) . En este sentido, cabe poner de resalto que todo contrato social debe definir entre sus cláusulas los dominios en los que la sociedad pretende promover la igualdad, lo que legitima al mismo tiempo las desigualdades que consiente y, desde luego, si bien la igualdad no es un estado sino un proyecto, deviene necesario reconocer que su efecto es compensar las desigualdades iniciales, resultantes de la diversidad de los seres humanos (confr. Jean Paul Fitoussi y Pierre Rosanvallon, "La nueva era de las desigualdades", Ed. Manantial, Buenos Aires, 1997, p. 106 s.) . Los seres humanos difieren unos de otros en razón de circunstancias externas, pero también en sus características personales; y no hay principio de igualdad que, por así decirlo, se avenga a que los miembros de una sociedad queden encerrados en sus condiciones iniciales, o que su suerte sea completamente determinada por las circunstancias (confr. Fitoussi y Rosanvallon, op. cit., pág. 107 s.) . 16) Que, entonces, en principio no se encuentra en juego la medida del castigo sino, en primer término, el imperioso examen de la necesidad de la propia aplicación de una sanción penal que, en su caso, deberá ser por regla reducida. Así se ha entendido también por nuestra tradición legislativa, pues a la par de que el art. 4º del Proyecto de Tejedor establecía que "(s) i en el momento de la consumación del crimen, los culpables son mayores de catorce años, pero menores de dieciocho, y son, además, reconocidos capaces de imputabilidad, la pena se disminuirá de la manera siguiente: la pena de muerte, por la de penitenciaría de diez a quince años; el presidio o penitenciaría de tiempo indeterminado, por seis a diez años de penitenciaría, y el presidio o penitenciaría de tiempo determinado, con prisión de uno a tres años", en su comentario oficial se destacaba que la juventud debía ser considerada en todos los casos como causa de atenuación legal y remitía a su vez al Código de Baviera para establecer como regla "la presunción de inocencia hasta los dieciocho, y en caso de haber obrado el acusado con discernimiento, atenuación de la pena en general hasta la misma época, y la de muerte hasta los veintiuno" (confr. Rodolfo Moreno, op. cit., pág. 320) . Desde entonces y aun cuando resulte susceptible de crítica la comprobación de la "exigencia de discernimiento" que siguieron algunos proyectos a lo que obedece que fuera modificada por la clasificación legal hoy conocida la regla de atenuación de la pena ordinaria fue adoptada en todos los sistemas subsiguientes (confr. Rodolfo Moreno, op. cit., pág. 321 y sgtes.) . Así desde el código de 1921, se estableció la reducción prevista para la tentativa ya mencionada. De este modo el precepto en cuestión no sólo permitía al a quo asumir este temperamento, sino que además obligaba a fundar debidamente la propia imposición de pena. 17) Que conforme se desprende de la regulación especial corresponde considerar, como una primera cuestión, si cabe en relación con los hechos por los cuales el joven infractor había sido previamente declarado responsable el beneficio de la absolución previsto en el art. 4 de la ley 22.278 o la necesidad de pena. Como una segunda cuestión, y en su caso, si se aplica el marco legal que por regla corresponde a la tentativa, o bien el del delito consumado, para luego recién determinar la pena. Dicha decisión depende como ya se adelantó de la valoración conjunta de "las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez" (confr. art. 4, ley 22.278) . 18) Que, por su parte, el a quo consideró que no habiendo mediado controversia en cuanto a la primera cuestión, debía decidir sólo sobre la escala aplicable y la determinación de pena. Entendió, pues, que de las constancias de la causa no podía derivarse racionalmente la reducción de pena y que siendo ello así, la pena de prisión perpetua era la que mejor se adecuaba al caso. Asimismo afirmó, a tal fin, que al haber "defraudado" M. la "confianza" depositada en él, la presunta comisión de un nuevo delito trasuntaba en el "fracaso"

del tratamiento tutelar y que, por tanto, la valoración efectuada por el tribunal de juicio no era sino parcializada. De este modo, el a quo no reparó siquiera en que ese hecho fue el que incidió, precisamente, en la necesidad de imponer una pena, que el tribunal fijó en 14 años. Para la Cámara de Casación, este "nuevo hecho delictivo" que ya había sido valorado constituyó también el elemento que determinó que el tratamiento tutelar hubiese fracasado en su totalidad. Es de toda evidencia, pues, que en modo alguno el a quo pudo válidamente descalificar las distintas cuestiones que había tenido en cuenta el tribunal interviniente a fin de aplicar, conforme el espíritu que guía la previsión de la escala de la tentativa y en consonancia con los principios aquí expuestos, la reducción del marco punitivo si debiendo hacer mérito del tratamiento tutelar, sólo lo hizo desde el "resultado" de haber cometido presuntamente un nuevo delito y abstrayéndose de los caracteres necesarios para imponer una pena dentro del régimen especial aplicable. En definitiva, aun cuando hubiese correspondido la imposición de una pena, el a quo debió valorar en un "ejercicio de adaptación", el buen comportamiento que el joven observó intramuros y, entre otras pautas, las positivas actividades que realizó estando privado de su libertad. Máxime cuando la exigencia de que la decisión del tribunal de juicio el que, por otra parte, sí tomó en consideración la interacción del joven sea controlada en su discrecionalidad, responde a la finalidad de "restringir cualquier abuso y salvaguardar los derechos del joven delincuente" (confr. comentarios a las reglas de Beijing 6.1, 6.2 y 6.3).

19) Que así también, se efectuó una nueva doble valoración de aquel mismo "dato objetivo" que en términos del a quo "no p(odía) ser desdeñado en el juicio de peligrosidad" por cuanto una cosa es considerar dicho dato susceptible de valoración a los fines tutelares para que el nombrado no resultara favorecido por la ausencia de toda sanción y otra muy distinta es sostener que puede constituir también el fundamento para aplicarle una sanción de suma gravedad como es la de prisión perpetua. Como es sabido, la prohibición de doble valoración que tiene incluso vinculación directa con la garantía del ne bis in idem constituye un requisito de coherencia interna de la sentencia, que en modo alguno puede predicarse del decisorio impugnado, toda vez que como se dijo el mismo extremo que influyó en la necesidad de pena, fue considerado nuevamente para aplicar la escala del delito consumado. Por lo demás, si esa misma circunstancia fue tenida en cuenta para determinar el marco aplicable, aquélla no puede volver a considerarse al momento de fijar la pena. En este caso, si bien la pena es absoluta, corresponde atender a otros factores que por imperio constitucional deben ser valorados en cuanto a la interpretación que cabe otorgar al art. 41 del Código Penal y, con más exactitud, a las pautas que al respecto señala el art. 4 de la ley 22.278, a la luz del principio de culpabilidad.

20) Que tratándose de una pena absoluta que excepcionalmente nuestro ordenamiento jurídico prevé y que, como tal, no puede ser mensurada, es claro que amén de las objeciones de índole constitucional que podrían formularse de aplicarse aquélla a un adulto es aun más evidente que no basta respecto de un niño con encuadrar el hecho en la figura del homicidio agravado, pues por aquella sola subsunción se suprime cualquier ajuste que debiera producirse. Antes bien, deben meritarse otros factores que permiten graduar la culpabilidad para decidir la necesidad y la medida de pena aplicable. De modo que, aun cuando se haga a un lado lo relativo al alcance otorgado al término "peligrosidad" previsto en el art. 41 del Código Penal que, por cierto, no puede conducir a valorar tal como lo hizo el a quo un proceso en trámite paralelo sin un menoscabo serio al estado de inocencia, deben ser claras las razones que llevan al juzgador a la individualización de pena en concreto. Por lo demás, y como se adelantó, nada empece a que consideraciones ajenas al hecho y a su reprochabilidad como ser la sola edad del autor puedan tomarse en cuenta (confr. ley 22.278 y art. 41 del Código Penal) para disminuir el grado de pena a imponer; como es sabido, ningún principio constitucional veda al Estado autolimitar su intervención coactiva.

21) Que, por otra parte, cabe recordar que los principios que sin lugar a dudas diferencian el sistema penal de adultos del de responsabilidad penal juvenil en el contexto del modelo de la protección integral de los derechos del niño, pauta determinante de los alcances de la nueva imagen o perspectiva que debe informar todo el régimen especial aparejan para este último la necesidad de una amplia variedad de medidas y la excepcionalidad de la pena privativa de la libertad. Su carácter particular permite de alguna manera sostener que la finalidad retributiva ha sido puesta a un margen en esta materia, lo que no importa, empero, caer en perimidas consideraciones etiologicistas. Antes bien, supone atender a los efectos de la pena adecuada a la culpabilidad por el hecho como punto de referencia superior que resulte necesaria imponer.

22) Que el poder punitivo no se manifiesta únicamente mediante la imposición de una pena, sino también con la manera en que ésta es ejecutada. De tal modo, no puede dejar de considerarse, en el marco del sistema penal juvenil, la existencia de condiciones carcelarias adecuadas. A este respecto, resulta ilustrativo señalar que de las aproximadamente 10.000 personas que se encuentran privadas de libertad dentro del Sistema Penitenciario Federal, 800 son incorporadas al período de prueba, y de éstas, apenas 400 acceden al régimen de salidas transitorias. Estas cifras se mantienen relativamente estables y porcentualmente se repiten, en los sistemas provinciales (confr. estadísticas de la población penal elaboradas como síntesis semanal al 25/11/05 por la División Actuaciones Judiciales de la Dirección Nacional del Régimen Correccional dependiente del SPF; en sentido similar, Dirección Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena). Los datos indicados denotan, pues, una grosera contradicción con el régimen de progresividad legalmente previsto. Sobre esta cuestión particular, es útil recordar que las Reglas de Beijing señalan la necesidad de una frecuente y pronta

concesión de la libertad condicional, incluso a quienes "se consideraron peligrosos en el momento de su confinamiento en un establecimiento penitenciario" (confr. comentarios que acompañan al texto de la regla 28) . 23) Que resulta necesario reafirmar el grado sumo de prudencia con que debe interpretarse la normativa en juego, lo que implica también no desconocer los efectos de la decisión. Ello así, por cuanto las características contradictorias del derecho penal contemporáneo parecen conducir no sólo a un incremento considerable de la punitividad, sino también a que determinadas prácticas judiciales echen por tierra los programas que los estados pretenden sostener en esta materia y que no tienen sino por centro el reconocimiento del individuo en su total dimensión.

En efecto, en ningún otro país de la región se han verificado según la información disponible sentencias de perpetuidad a personas menores de 18 años de edad al momento de la comisión de los delitos (confr. Prólogo de la publicación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal: "Sentencias de reclusión perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad en la República Argentina 1997 2003", bajo la coordinación editorial de UNICEF, Buenos Aires, 2003, pág. 12) . Por último, resulta insoslayable considerar que el Estado puede exigirle determinada respuesta a la persona que cometió un delito siendo menor de 18 años de edad en tanto individuo responsable y de autonomía ética , aunque, claro está, sólo en cuanto se ha garantizado sus derechos en condiciones necesarias materiales y espirituales suficientes para que aquella persona pueda brindar la respuesta exigida (confr. Bustos Ramírez, op. cit., pág. 68) , lo que, en su caso, también permitiría reducir el quantum máximo de responsabilidad. 24) Que en otro orden de ideas, frente al agravio relativo a la prescindencia del conocimiento personal que prevé la ley 22.278 en su art. 4, cabe observar que la exigencia de una audiencia a efectos de individualización de la pena ha sido considerada, en términos generales "en caso de condena", mientras que "el examen visual del acusado no es impuesto a los jueces revisores, sino totalmente facultativo" (Fallos: 310:2721, voto del juez Fayt, con cita del precedente "Pagano, Juan José s/ hurto", del 13 de marzo de 1986) . Sin perjuicio de ello y de que, en principio, se trata de cuestiones de derecho común (confr. Fallos: 293:218; entre otros) , las particularidades que presenta el régimen en estudio, imponen considerar que la garantía mínima del debido proceso legal que rige en materia de jóvenes en conflicto con la ley penal y que pretende, desde el punto de vista procesal, el establecimiento de un sistema oral y contradictorio no solamente al inicio sino a lo largo de todo el proceso exige que se asegure la audiencia a la que alude el citado art. 4, como instancia previa, a fin de adoptar alguna de las hipótesis reguladas en dicho apartado -que puede no ser una condena- y, en su caso, la fundada determinación de pena. La solución, pues, que mejor armoniza la legislación aplicable con las finalidades y objetivos precedentemente reseñados -de conformidad también con los arts. 12 y 40. 2b.III de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, entre otros, con el art. 14, parágrafos 1 y 2 de las Reglas de Beijing- y que asegura, por lo demás, que no se desnaturalice el fin con el que ha sido concebida la previsión en cuestión, obliga a que se celebre dicha audiencia también por parte del órgano revisor. 25) Que, como puede concluirse, el a quo no sólo incumplió con el ya mencionado recaudo de intermediación que prevé el art. 4 de la ley 22.278, sino que además, su sentencia -por la que se condenó a la pena de prisión perpetua al joven M.- no resulta derivación razonada del derecho vigente. Ello así, pues, por un lado, realiza una interpretación simplificadora que conculca los diversos principios constitucionales ut supra descriptos. A su vez, valora la misma circunstancia doblemente y en distintos momentos de examen, sin considerar siquiera las diversas pautas a las que debía atender y las que integran, innegablemente, la constitución del complejo "resultado" del transcurrir tutelar al que alude el art. 4 de la ley 22.278. Por el otro, resulta carente de toda fundamentación en cuanto a la determinación de la pena aplicable, toda vez que en modo alguno el a quo pudo válidamente sustentar la severidad de una sanción que no se advierte razonable, al descalificar producto del pretendido reforzamiento de la identidad de un único dato la opción que, como regla, establece la reducción de la escala punitiva. 26) Que, por las razones expuestas, corresponde revocar la decisión apelada, no sin antes señalar que la gravedad de los hechos que configuran el objeto de este proceso no puede constituir el fundamento para desvirtuar los principios que necesariamente deben ser considerados a la hora de imponer legítimamente una pena a quien haya cometido un delito antes de los 18 años de edad, ni para atenuar las exigencias en materia de motivación de decisiones judiciales. Por ello, y oído el señor Procurador Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada y agréguese la queja al principal. Hágase saber y devuélvase a fin de que, oportunamente, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho. CARLOS S. FAYT.

VOTO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY Visto: El recurso de hecho interpuesto por la defensa de D. E. M.; Y considerando que: 1º) El Tribunal Oral de Menores N° 2 de la Capital Federal dispuso, con fecha 5 de mayo de 2000 y luego de substanciado el debate oral respectivo, declarar a D. E. M. coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado criminis causae, hecho cometido por el nombrado cuando contaba dieciséis años y diez meses de edad. A su vez, e invocando el art. 4º de la Ley 22.278, dispuso suspender el trámite del proceso con relación a M. hasta el primer día hábil de noviembre de 2001 (v. fs. 2/3 vta. del presente expediente de queja) . El hecho que motivó tal atribución de responsabilidad fue fijado por el Tribunal Oral en los siguientes términos: "...ha quedado fehacientemente acreditado que el día 28 de febrero del año 1998, alrededor de las 21.40 horas,

el joven D. E. M., acompañado por al menos tres sujetos no individualizados y mediante el empleo de un arma de fuego calibre 32 largo que portaba el primero, ingresaron con fines de sustracción al comercio ubicado en la calle Treinta y Tres Orientales nro. ... de esta Ciudad y desapoderaron mediante intimidación a Mauricio Aramayo de una caja registradora electrónica fiscal (...) ". "Para lograr su cometido, una vez en el interior del local aludido, el menor M. apuntó con el arma ya descripta a Mauricio Aramayo -quien se hallaba arrodillado en la cámara frigorífica del local guardando la mercadería para el día siguiente- y le indicó que se quedara en el suelo, haciéndose uno de ellos de la caja registradora, para posteriormente fugar todos del lugar". "Inmediatamente tomó conocimiento de lo ocurrido V. W. A. -quien se hallaba en el patio contiguo al comercio- e inició la persecución de los cacos, oportunidad en la que el joven M. a efectos de lograr su impunidad disparó un arma de fuego de puño tipo revólver del calibre 32, que impactó en el tórax de Aramayo, produciéndole una hemorragia interna y la muerte". "Inmediatamente después, M. y sus acompañantes en poder de la caja registradora, ascendieron al rodado particular marca 'Ford Taunus', dominio ..., color 'bordeaux' con techo vinílico negro, conducido por Juan Carlos Ruiz, quien los trasladó hasta el barrio de emergencia denominado Presidente Illia de esta Ciudad." (v. fs. 4/4 vta.) . Al tiempo de declarar la responsabilidad de M., quien se encontraba sometido a tratamiento tutelar, el tribunal difirió para un momento ulterior el análisis sobre la conveniencia o no de imponerle una sanción, y en su caso, el monto y modo de ejecución de ésta (v. fs. 13) . El tratamiento tutelar al que se hace referencia en el párrafo anterior tuvo lugar entre marzo de 1998 y el 7 de febrero de 2002 (v. expediente tutelar que corre por cuerda con el presente expediente) . En esta última fecha, mientras se encontraba en uso de una licencia concedida por la juez de menores, M. fue detenido por la imputación de nuevos hechos ilícitos (v. fs. 456 del expediente tutelar de referencia) . 2º) El 18 de abril de 2002, se corrió vista a las partes para que opinasen si resultaba necesaria o no la imposición de pena a M. por el robo y homicidio calificado de V. W. A. En primer término, se expidió la Defensora Pública de Menores e Incapaces (v. fs. 15/16 vta. del expediente de queja) , y señaló que la conducta del nombrado a lo largo de todo su tratamiento tutelar intramuros, conforme consta en los informes de evolución, había sido apropiada, circunstancia que había sido tenida en cuenta por las autoridades administrativas y judiciales para ir otorgándole al imputado sucesivos permisos de salidas y licencias. No obstante lo antes apuntado, la Defensora afirmó seguidamente: "Ahora bien, no cabe duda que lo relatado anteriormente se torna inconsistente y sin ningún valor desde el punto de vista tutelar, ante el hecho de que, una vez advertido severamente por el Tribunal, al responsabilizarlo penalmente por la comisión de un delito de extrema gravedad, M. vuelve a registrar una nueva causa por un hecho también de extrema gravedad y de similares características, poniendo en peligro no sólo su propia vida sino también la de terceros" (...) . "Por lo expuesto y ante este sorpresivo fracaso en el que indudablemente se ha visto inmerso M., (...) entiendo que deviene inevitable sancionar(lo) , sin perjuicio del cual, en virtud de los logros reseñados mas arriba, del buen comportamiento observado dentro del ámbito institucional, sumando a que la nueva causa que registra aún está en trámite, gozando así de la presunción de inocencia, considero aplicable una reducción de la pena en los términos del art. 4 de la ley 22.278" (fs. 16/16 vta.) . Dictaminó, a continuación, el Sr. Fiscal General ante los Tribunales Orales de Menores (v. fs. 17/20 de los presentes obrados) . Para fundar su posición, tuvo en especial consideración los resultados del tratamiento y el nuevo hecho por el que estaba siendo sometido a proceso M., indicando al respecto que "más de cuatro años de tratamiento tutelar no han servido para que el mismo superara su desaprensión respecto de los bienes jurídicos que el cuerpo legal punitivo protege. Ha resultado en vano el gran esfuerzo puesto de manifiesto por los profesionales que intervinieron en el caso, demostrando que su desprecio por la vida ajena es tal vez el pilar de su propia vida". "Es evidente a esta altura que el tratamiento tutelar ha sido un perfecto fracaso" (fs. 18; destacado y subrayado contenido en el original) . A su vez, el fiscal tuvo en cuenta la gravedad del hecho y concluyó que correspondía aplicarle la escala correspondiente al delito consumado, es decir, prisión perpetua. De seguido, se expidió la Sra. Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Orales de Menores (fs. 21/23) , quien se opuso a la solicitud de prisión perpetua del fiscal. Según ella, semejante sanción implicaba la imposición de una pena cruel, inhumana y degradante, vedada por las convenciones internacionales con rango constitucional; hizo referencia al art. 37 "a" y "b" de la Convención sobre los Derechos del Niño cuya consecuencia era la de tornar obligatoria la utilización de la escala del delito tentado, pese a que el artículo 4º de la ley 22.278 lo prevé como facultativo. 3º) El 5 de noviembre de 2002, el Tribunal Oral de Menores N° 2 condenó a D. E. M. a la pena de catorce años de prisión por los delitos de robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado *criminis causae* (v. fs. 24/28 de los presentes obrados) . Al fundar el fallo, los jueces tuvieron en cuenta la imputación de nuevos delitos de acción pública. En razón de tales consideraciones, en el voto en que se fundó la decisión del tribunal se indicó: "Por todo lo expuesto, ante el 'no esperado' fracaso que ha implicado para el suscripto la exposición del joven a la situación de riesgo antes señalada, defraudando la confianza del Tribunal y dando por tierra las múltiples oportunidades que se le brindaron durante todo el período de observación, a través de todos los profesionales que intervinieron en su caso, aunando a todo lo expresado la gravedad de los hechos por los que fuera advertido y responsabilizado penalmente en autos, estimo que no resulta posible beneficiarlo con la absolución de pena prevista en el art. 4to. "in fine" de la Ley 22.278" (fs. 26 vta.; destacados contenidos

en el original) . Por otra parte, para sustentar por qué se optaba por la imposición de una pena conforme la escala de la tentativa, afirmó el tribunal: "...teniendo en consideración que los ilícitos comprendidos en esta causa fueron cometidos por el joven siendo menor de edad para la ley penal, como el buen comportamiento que observó y todas las positivas actividades que realizó hallándose privado de su libertad en el Instituto de Menores ?Dr. Luis Agote', considero justo aplicar en su favor el restante beneficio contenido en la ley penal juvenil, cual es la reducción de la pena." (fs. 27) . 4º) Dicha decisión fue recurrida ante la Cámara Nacional de Casación Penal sólo por el Fiscal General (v. fs. 29/41) , quien fundó su impugnación en la errónea aplicación de la ley sustantiva, en tanto, según su opinión, en el caso correspondía la aplicación de prisión perpetua. Señaló que los jueces habían aplicado "el beneficio de la reducción de pena independientemente del resultado real obtenido en el inculcado con las medidas cautelares." (v. fs. 39 vta./40) . Hizo hincapié, además, en la peligrosidad evidenciada por M. tanto en el hecho objeto de condena como en el que había dado inicio al nuevo proceso en su contra. (v. fs. 36 vta.) . 5º) El recurso de casación fue rechazado por el tribunal oral, lo que motivó la deducción del respectivo recurso de hecho (fs. 42/43 y 44/57 vta.) , que, a su vez, fue admitido por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal (fs. 58/59) . 6º) Durante la substanciación del remedio casatorio, se presentó la defensora oficial interina ante esos estrados (fs. 60/64) , quien señaló que de una correcta interpretación del art. 4º de la Ley 22.278 surgía que el resultado del tratamiento es un extremo que debe ser tenido en cuenta al momento de decidir si corresponde aplicar una sanción o si, por el contrario, resulta procedente la absolución, siendo que ello nada tiene que ver con la reducción o no de la pena. En tal orden de ideas, entendió que los magistrados habían realizado una correcta interpretación y aplicación de la norma en cuestión. En cuanto a la valoración del nuevo proceso que, en ese momento, pesaba contra M., la señora Defensora remarcó que el tribunal oral sí lo había tenido en cuenta, aunque de un modo que ella entendía válido. Expresó, en tal sentido: "Entiendo que una cosa es considerar dicho antecedente como un reflejo de la proclividad de mi pupilo a exponerse a situaciones de riesgo y otra muy distinta es sostener como lo hace el Fiscal que el mismo pueda constituir el fundamento para aplicarle una sanción de suma gravedad como es la prisión perpetua cuando de así hacerlo se estaría violando el principio ínsito en el art. 18 de nuestra Carta Magna." (v. fs. 63 vta.) . Hizo, asimismo, reserva del caso federal por entender que la imposición de prisión perpetua por un hecho cometido durante la minoría de edad "contraviene abiertamente las previsiones del art. 37, incs. "a" y "b" de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño -instrumento dotado de jerarquía constitucional , aplicable al caso, ya que, a la fecha de producción de los hechos materia de enjuiciamiento, M. era un niño conforme los términos del art. 1 de la citada Convención" (fs. 64 vta.) . Se pronunció también en esa instancia el Sr. Fiscal ante la Cámara de Casación (fs. 65/69) , quien afirmó que no correspondía aplicar el "beneficio" (así lo denominó él) de la escala penal reducida, teniendo en cuenta en tal sentido la gravedad del hecho y el fracaso del tratamiento tutelar. 7º) La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal decidió hacer lugar al recurso, casar la sentencia e imponer a M. la pena de prisión perpetua (copia de la sentencia agregada a fs. 71/79 vta.) . Para así decidir, los integrantes del tribunal a quo señalaron, en primer término, que una vez que se adopta la decisión de aplicar una sanción penal a quien cometió un delito siendo menor de edad, debe mensurarse la pena de acuerdo a las pautas establecidas por los artículos 40 y 41 del Código Penal. A partir de tal premisa, procedieron a analizar si el tribunal oral había escogido la pena a aplicar de un modo razonable. En el sentido antes apuntado, recordaron los jueces que el tribunal oral había tenido en cuenta dos pautas para inclinarse por la aplicación de la escala atenuada: la primera de ellas se refería a que M. había cometido el hecho siendo menor de edad y la segunda al buen comportamiento que el nombrado había demostrado en su tratamiento intramuros. Con respecto a la primera pauta, el a quo la reputó de irrelevante a los efectos de decidir sobre la disminución de pena, en tanto la minoría de edad "no es sino uno de los requisitos para la reducción, beneficio que no está previsto para los mayores. No es por tanto una razón suficiente que apunte lo decidido" (fs. 78) . Respecto de la valoración del comportamiento en el instituto de menores efectuada por el tribunal oral, concluyeron los integrantes de la Sala I que resultaba contradictoria, en tanto "esa buena conducta intra muros debió ser tomada en cuenta si es que el tratamiento tuitivo prodigado al menor hubiese demostrado un progreso en su resocialización o un propósito de enmienda que morigerara la evidente peligrosidad demostrada por M. al cometer el hecho por el que fue responsabilizado penalmente. Sin embargo -como el propio tribunal de instancia anterior lo reconoció- ese tratamiento fracasó en lo que es su propósito primordial, pues no bien el menor ganó la confianza de las autoridades, a tal punto que le concedieron egresos periódicos, defraudó aquélla y se involucró en nuevos y violentísimos hechos delictivos que han motivado una grave acusación en su contra por la que se sustancia el correspondiente juicio" (ídem) . Tales consideraciones sirvieron de base al a quo para concluir que la imposición de una pena de acuerdo con la escala reducida de la tentativa no derivaba racionalmente de las circunstancias fácticas comprobadas en el legajo, conclusión que, en opinión de los jueces de casación, se tornaba aún más evidente si se tenía en cuenta que tanto del hecho motivo de condena como del atribuido posteriormente surgía que M. exhibía un manifiesto desprecio por la vida (v. fs. 78 vta.) . 8º) Contra dicha sentencia, la Defensora Oficial dedujo recurso extraordinario (v. copia del recurso agregada a fs. 80/93 del presente expediente de queja) , en el que ex puso los siguientes agravios: "Violación al art. 37, inc. "a" de la Convención sobre los

Derechos del Niño en función de los arts. 5 inc. 2º, 5º y 6º, 7 inc. 2º y 19 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos" (v. fs. 86 vta./92) . Bajo este título, la defensa indicó que la condena había sido dictada conforme un criterio restrictivo en cuanto a la aplicación del régimen penal juvenil, previsto por la Ley N° 22.278, y, más específicamente, su artículo 4º. Afirmó la recurrente: "...si se hubiese reconocido la primacía de la Convención de los Derechos del Niño sobre la legislación interna, en virtud del art. 37 inc. "b" de dicho tratado, que prescribe que la pena de prisión ?...se utilizará tan sólo como medida de último recurso y por el período más breve que proceda', la reducción de la pena prevista por el art. 4º de la Ley 22.278 se convierte en un mandato constitucional y no en una facultad discrecional del juez" (fs. 86) . Indicó también que no resultaba suficiente para fundar la imposición de prisión perpetua la invocación del art. 37, inc. "a", de la Convención sobre los Derechos del Niño, que admite la aplicación de la pena referida siempre y cuando exista la posibilidad de excarcelación, en tanto ello implica efectuar, tal como lo había hecho la Cámara de Casación, una equiparación entre el referido instituto procesal y la libertad condicional que no resultaría posible desde la óptica constitucional. Ello, toda vez que, en lo atinente a la libertad condicional, los plazos previstos en el artículo 13 del Código Penal impedirían la concesión del beneficio de modo anticipado en caso de una evolución marcadamente favorable. También bajo este acápite, sostuvo la impugnante que la sanción impuesta a M. resultaba desproporcionada, en tanto no se habían tenido en cuenta ni la evolución favorable del tratamiento tutelar ni la condición de menor que el inculcado detentaba al momento del hecho. Afirmó, además, respecto de este tópico: "Ahora bien, si analizamos el decisorio a la luz de la magnitud de los ilícitos investigados o el interés de las víctimas, podría, en caso de un condenado adulto, aceptarse su razonabilidad. Pero, si la estudiamos desde la óptica cristalizada por los férreos paradigmas establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño -en particular el "interés superior del niño" , derecho vigente en la República Argentina, conforme lo preceptuado por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, se llega a la conclusión que la sanción es inconstitucional." (fs. 89/89 vta., énfasis añadido) "Arbitrariedad en la imposición de la pena a perpetuidad" (fs. 92/92 vta.) En este punto, la recurrente señaló dos cuestionamientos. El primero de ellos se refiere a que la Cámara de Casación, al fundar el fracaso del tratamiento tutelar al que había sido sometido M., tuvo en cuenta que, en ocasión de la última licencia que le fuera concedida en el instituto de menores, el encartado fue detenido por la presunta comisión de un ilícito de similares características a aquel por el que se lo condenara en los presentes autos. Tal valoración, en opinión de la recurrente, afecta el principio de inocencia, en tanto, para fundar la imposición de la prisión perpetua, se tuvo en cuenta un proceso criminal en el que aún no había recaído sentencia firme. No obstante tal aseveración, la impugnante afirmó, a párrafo seguido: "...el proceso en trámite debió únicamente ser considerado en los términos expuestos por la asesora de menores, doctora Claudia López Reta (fs. 92/93 vta.) en punto a la necesidad de imponerle una pena que la técnica consideró que debía reducirse en los términos del art. 4º de la ley 22.278; criterio seguido por el Tribunal a quo para reducir la pena en la forma consignada" (v. fs. 92 vta. del expediente del recurso de hecho) . La restante crítica consignada dentro de este acápite estuvo referida a que el a quo modificó la pena impuesta sin haber tenido previamente una audiencia personal con el imputado. 9º) El remedio federal fue declarado inadmisilible por la Cámara de Casación y ello motivó a la defensa a deducir el respectivo recurso de hecho ante esta Corte (fs. 98/102) . 10) Una vez arribados los autos a estos estrados, se corrió vista a la Procuración General de la Nación, que emitió el dictamen agregado a fs. 108/118 vta. El Procurador Fiscal interviniente, doctor Eduardo E. Casal, postuló que debía hacerse lugar a la queja, declarar formalmente procedente el recurso extraordinario y confirmar la decisión del a quo. Al fundar su opinión, el representante del Ministerio Público afirmó la existencia de cuestión federal, en tanto, si bien el planteo estaba dirigido a revisar el monto de la pena impuesta, dicha impugnación había sido efectuada sobre la base de la interpretación de normas de rango constitucional, y la decisión había sido contraria al interés de la parte (v. fs. 109) . Respecto de los agravios deducidos, señaló, en primer término, que debía descartarse la posibilidad de que la imposición de prisión perpetua pudiese ser considerada como un acto cruel, inhumano o degradante, en tanto la propia Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, en su artículo 1.1, última parte, indica que no se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. En cuanto a los agravios referidos a la incompatibilidad entre la imposición de prisión perpetua y las directivas de la Convención sobre los Derechos del Niño, indicó que "el régimen vigente en la República Argentina atiende a los aludidos principios de aplicación de la pena privativa de libertad como último recurso y del interés superior del niño, pues el Estado ha abdicado de perseguir penalmente a los menores de dieciséis años y lo hace de modo limitado entre esa edad y los dieciocho años. A la vez, se ha privilegiado el tratamiento tutelar en todos los casos y ningún menor puede ser penado antes de cumplir dieciocho años, lo que va más allá del marco de aquella convención, bajo cuyo régimen podría penarse incluso antes de esa edad" (fs. 111/111 vta.) . Afirmó, asimismo, que resultaba incorrecto pretender que la reducción facultativa de la pena conforme la escala prevista para la tentativa se haya convertido en obligatoria a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, resultando de especial relevancia el artículo 37 "a" de la misma, en cuanto señala que "no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de

dieciocho años de edad", regla que, en opinión del señor Procurador Fiscal, resulta clara en cuanto a que lo único prohibido es la pena de muerte y la prisión perpetua sin posibilidad de liberación. En relación con esto último, afirmó, además, que no debía interpretarse el concepto "excarcelación" en los términos de la legislación argentina (pues lo cierto era que un condenado por sentencia firme no puede ser "excarcelado"), sino atendiendo al sentido corriente que debe atribuírsele en los términos del tratado y conforme las pautas fijadas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. A su vez, hizo referencia a las versiones en inglés y francés de la Convención sobre los Derechos del Niño, que indican que lo que se exige es la posibilidad de liberación o salida, más allá del instituto por el que, en definitiva, pueda llegar a efectivizarse (así, el Procurador hace referencia a las expresiones "without possibility of release" y "sans possibilité de libération", contenidas, respectivamente, en las referidas versiones de la Convención). Conforme tal orden de ideas, afirmó que tanto la libertad condicional como la Ley N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad garantizaban, en principio, tal posibilidad de salida anticipada. En lo atinente al agravio vinculado al principio de inocencia, sostuvo que el tribunal oral también había tenido en cuenta el nuevo proceso seguido contra M. para justificar el fracaso del régimen tutelar y la imposición de la pena de catorce años de prisión, y esa decisión había sido consentida por la defensa. Finalmente, el señor Procurador Fiscal expuso sintéticamente sus conclusiones: "a) la pena de prisión perpetua a menores no constituye una tortura ni un trato cruel, inhumano o degradante; b) esa sanción no se opone al texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia; c) la libertad anticipada que regula el artículo 13 del Código Penal cumple con el requisito de 'posibilidad de excarcelación' que exige el artículo 37, inciso 'a', de la citada convención; d) el régimen penal de menores establecido por la ley 22.278, también se ajusta a los criterios de ese instrumento internacional; e) la reducción de la pena que autoriza el art. 4° de esa ley, continúa siendo una facultad conferida a los jueces de la causa" (fs. 118/118 vta.). 11) Adentrándonos en la presentación directa traída a estudio de esta Corte, y en lo atinente a su admisibilidad formal, corresponde afirmar, de modo coincidente con el señor Procurador Fiscal, que existe en el caso cuestión federal toda vez que la defensa ha impugnado la imposición de prisión perpetua a su asistido, con base en normas de rango constitucional contenidas en diversos instrumentos internacionales (especialmente, en la Convención sobre los Derechos del Niño), y la decisión ha sido contraria al interés de la recurrente (art. 14, inc. 3°, de la ley N° 48). 12) En lo que sigue, aún a riesgo de incurrir en algunas reiteraciones, examinaré las posiciones asumidas por las partes en función de su relevancia para el punto constitucional que se debate en esta causa. Ello permitirá circunscribir con precisión el alcance de la decisión que propondré. 13) El art. 4° de la ley 22.278 (Régimen penal de la minoridad) establece que cuando un "menor punible" ha sido declarado responsable por la comisión de un delito, corresponde someterlo, por un período no inferior a un año, a un tratamiento tutelar. Una vez cumplido este último y siempre que hubiese superado los dieciocho años, el tribunal determinará si es "necesario aplicarle una sanción", en cuyo caso podrá "reducirla en la forma prevista para la tentativa". Como se ha reseñado (Considerando 2°, supra), la defensa manifestó su opinión favorable a la imposición de pena, pues M. no se había mostrado apto para su reinserción social, pero con una reducción de la sanción en los términos del art. 4° de la ley 22.278, en atención a los progresos que el nombrado sí había tenido en su vida "dentro de un ámbito institucional". Por su lado, el fiscal coincidió con la necesidad de aplicar una pena a M., pero sin reducción alguna, pues entendió que el "perdón de pena", o la escala de la tentativa son beneficios que la ley otorga en favor de aquellos menores responsables de delitos que han demostrado "verdadero arrepentimiento y el verdadero progreso en el tratamiento tutelar". Por ende, al no merecer M. ningún beneficio, concluyó que correspondía aplicarle prisión perpetua con que el art. 80.7 del Código Penal castiga el delito de homicidio calificado criminis causae. Hasta aquí, la divergencia entre las partes consistía en los méritos de M. para acceder a una pena más leve que el máximo: la defensa aceptaba que los tenía, el fiscal no. Sin embargo, en una intervención posterior (Considerando 2°, último párrafo, supra), la defensa salió de este esquema y directamente planteó que M. tenía un derecho, constitucionalmente garantizado, a ser penado conforme a la pena más leve que surge del art. 4° de la ley 22.278, es decir, la que remite al mínimo de la escala aplicable para la tentativa. Dicho de otro modo, para la defensa, había razones constitucionales que hacían imperativa la aplicación del mínimo legal. Al decidir, como se vio, el Tribunal Oral escogió un camino intermedio. Primero, explicó por qué correspondía aplicar una pena y no otorgar una absolución (a la que denominó el primero de los beneficios que otorga la ley 22.278). Sin embargo, se apartó de la prisión perpetua solicitada por el fiscal y utilizó la escala de diez a quince años de prisión, prevista en el art. 44, tercer párrafo del Código Penal para el delito tentado (posibilidad a la que llamó el segundo de los beneficios posibles, según el art. 4° de la ley 22.278). Como se desprende de la reseña anterior (Considerando 3°), el Tribunal Oral no se consideró obligado a imponer prisión perpetua, pero tampoco aceptó que se encontrase constitucionalmente limitado a aplicar el mínimo posible. De todas maneras, la sentencia del Tribunal Oral se mantiene dentro del esquema según el cual la escala penal alternativa a la prisión perpetua funciona como un beneficio cuya procedencia en este caso ha sido demostrada por la defensa de M., sobre la base de su meritorio comportamiento dentro del instituto de menores. Si bien la sentencia se había apartado de sendas posiciones extremas sostenidas por las partes, sólo fue recurrida por el fiscal. Como fundamento de la impugnación, éste

atribuyó al Tribunal Oral el ejercicio de una discrecionalidad con la que no contaba, pues, al haber admitido el fracaso del tratamiento tutelar, se encontraba obligado a imponer la pena prevista para el delito consumado, sin aplicar reducción alguna. Ante la Cámara de Casación el debate entre las partes ya no consistió sólo en los diferentes merecimientos de M., sino que tanto la acusación como la defensa reprodujeron sus posiciones. La defensa, si bien respaldó la sentencia del Tribunal Oral, insistió en que la imposición de perpetua viola la Convención sobre los Derechos del Niño. El fiscal, por su lado, encontró contradictoria la sentencia (si el tratamiento había fracasado, no podía computarse como atenuante el progreso dentro del instituto) y carente de razón suficiente (el único fundamento restante, la minoría de edad al momento del hecho, no impide por sí solo, imponer prisión perpetua). La Cámara de Casación aceptó la posición del fiscal y sus argumentos. Expresó que la elección de la escala penal más leve se fundó en dos aspectos, a saber, la menor edad de M. al momento de los hechos y el buen comportamiento en el Instituto Agote, así como las actividades positivas que llevó a cabo estando allí. Vale la pena reiterar las expresiones ya reseñadas y que utilizara la Cámara de Casación para hacerse cargo de ambos argumentos. Dijo: "El primero de tales fundamentos carece de relevancia para discernir la disminución de pena pues no es sino uno de los requisitos para la reducción, beneficio que no está previsto para los mayores. No es por tanto una razón suficiente que apunte lo decidido". Es decir, que, como la minoría de edad de M. es una condición necesaria pero no suficiente para determinar la aplicación de la escala atenuada, carece de relevancia para justificar esta decisión. Si el término "relevancia" ha sido utilizado con su significado lexicográfico, el razonamiento tiene, evidentemente, problemas lógicos. Pero lo que me interesa ahora resaltar es que la Cámara de Casación despejó el campo en que se movería su decisión sobre la pena a aplicar restando relevancia a la minoría de edad de M. al cometer los hechos. En cuanto al segundo fundamento, el buen comportamiento de M. dentro del instituto, la Cámara de Casación expresó que "se muestra contradictorio con el sentido de lo resuelto. En efecto, esa buena conducta intra muros debió ser tomada en cuenta si es que el tratamiento tuitivo prodigado al menor hubiese demostrado un progreso en su resocialización o un propósito de enmienda que morigerara la evidente peligrosidad demostrada por M. al cometer el hecho por el que fue responsabilizado penalmente. Sin embargo -como el propio tribunal de la instancia anterior lo reconoció ese tratamiento fracasó en lo que es su propósito primordial, pues no bien el menor ganó la confianza de las autoridades, a tal punto que le concedieron egresos periódicos, defraudó aquélla y se involucró en nuevos y violentísimos hechos delictivos que han motivado una grave acusación en su contra por la que se sustancia el correspondiente juicio". Acto seguido, la Cámara de Casación concluyó que la aplicación de la escala más leve no se derivaba "racionalmente de las circunstancias fácticas comprobadas en el legajo." Luego, introdujo una descripción de la violencia puesta de manifiesto por M. al cometer el hecho de la causa y otros posteriores, para concluir que correspondía imponer prisión perpetua. 14) Para la Cámara de Casación, entonces, la utilización de la escala penal de la tentativa está condicionada a que quien la propugna ofrezca una razón suficiente y la menor edad del autor no lo sería. En ausencia de esta razón suficiente, los tribunales se verían obligados a aplicar la pena máxima. Por el contrario, es mi opinión que una interpretación y aplicación leal de la Convención sobre los Derechos del Niño conduce a una regla interpretativa exactamente inversa: es la aplicación de la pena máxima lo que exige a quien la propone una razón suficiente y el dato que justifica la asignación de esa carga es, precisamente, la minoría de edad del autor al momento del hecho. El incumplimiento de la carga, determina la obligación para el tribunal de aplicar una pena más leve. La posición asumida por la Cámara de Casación, supone que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado la referida Convención, la aplicación de alternativas penales más leves a la pena perpetua a quien contaba menos de dieciocho años al cometer el delito es un beneficio excepcional o premio por la buena conducta posterior, cuya procedencia debe demostrarse por quien la pretende. Como lo he adelantado, este método se aparta del procedimiento que, de acuerdo con la Constitución, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño, debe seguirse para discernir una pena de prisión perpetua a una persona por hechos cometidos en su minoría de edad. De todas maneras, ello es así con los alcances que desarrollaré a continuación. 15) Debo señalar preliminarmente que más allá de los propósitos que inspiran la posición sostenida por la defensa en su recurso extraordinario, las normas constitucionales que la parte invoca para sustentar su posición no permiten llegar a la conclusión de que es siempre y necesariamente inconstitucional la aplicación de prisión perpetua a una persona por la comisión de un homicidio calificado cuando contaba dieciséis años de edad. En efecto, ni el art. 37, incs. "a" y "b" de la Convención sobre los Derechos del Niño, ni las demás reglas convencionales con rango constitucional invocadas por la defensa permiten atribuir a la voluntad del constituyente el sentido de prohibir lisa y llanamente la aplicación de la pena a tales personas, siempre y cuando puedan contar con la posibilidad de obtener una libertad anticipada "excarcelación", en los términos del art. 37.a de la Convención sobre los Derechos del Niño. 16) En lo atinente al art. 37 "a" de la Convención citada, corresponde afirmar que éste otorga el derecho a toda persona condenada a prisión perpetua por delitos cometidos en su minoría de edad a requerir que se examine, en la etapa de ejecución, la conveniencia de continuar la misma modalidad de cumplimiento o disponerse un régimen de libertad. No es este derecho, que la Convención sí otorga, el que está en discusión a esta altura del proceso, sino el alegado derecho de M. a verse excluido de la pena de prisión perpetua. 17) Respecto del argumento sustentado en

el art. 37 "b" de la Convención, debe indicarse que tampoco es inconstitucional la imposición de prisión perpetua porque fuera "posible" una pena menos prolongada. La obligatoriedad de la pena más leve "posible" fue considerada y descartada como estándar al discutirse el citado artículo; así fue que, a propuesta de los observadores de Canadá, se aceptó que las privaciones de la libertad debían aplicarse por el período más breve "que proceda". (Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo acerca de un proyecto de convención sobre los derechos del niño, Presidente Relator Sr. Adam Lopatka -Polonia E/CN.4/1989/48, páginas 101 a 104) La diferencia es a mi entender sustancial, pues cuando la ley ofrece alternativas más y menos breves, la determinación de cuál de ellas es la "más breve que proceda" corresponde a los jueces al momento de aplicarlas, de acuerdo con la gravedad del hecho. De este modo, aunque una privación de libertad más leve sea de hecho "posible", puede no ser "procedente", es decir, conforme a derecho. Esta interpretación me parece que es la más leal al texto que finalmente se acordó. Además, una lectura diferente, como la postulada por la Defensora, implicaría que el texto se anulase a sí mismo: si siempre fuese obligatorio poner la pena más baja prevista en la escala penal, la escala misma perdería sentido y las penas previstas para los menores deberían ser siempre fijas o únicas; si fuese así, no tendría sentido una regla que obligue a aplicar la pena más breve.

18) Por lo tanto, el régimen establecido en la ley 22.278 no es inconstitucional por el hecho de admitir la posibilidad de que una persona sea condenada a prisión perpetua por un homicidio calificado cometido cuando tenía dieciséis años y ello tampoco resulta, por sí solo, contrario a la Convención sobre los Derechos del Niño.

19) Ahora bien, la Convención sobre la cual la defensa ha fundado el derecho de su asistido a no ser penado con prisión perpetua contiene no sólo directivas para la actividad legislativa de los Estados partes, sino también otras que están destinadas a los órganos encargados de aplicar la ley, en particular, a los jueces. La Convención ordena utilizar procedimientos específicos para adoptar resoluciones que puedan afectar el interés de las personas que entraron en conflicto con la ley penal cuando eran menores de dieciocho años (artículo 40.3). Dicha regla tiene por fin evitar el daño que pueda ocasionarse a tales personas por la utilización automática de procedimientos que están diseñados para las adultas y que, por ende, no toman en cuenta las necesidades y características que el grupo protegido por la Convención no comparte con ellas. Además, las medidas que se adopten, incluso las pensadas para el bienestar de los niños o niñas que han sido encontradas culpables de delitos, deben guardar proporción con la infracción (art. 40.4, in fine). En tales condiciones el derecho interno no sólo debe prever alternativas o escalas que hagan posible ese juicio de proporcionalidad, sino que cuanto más se acerque la sanción al máximo legalmente posible, de mayor peso han de ser las razones, vinculadas con la gravedad del delito, para justificarla. Debe tenerse en cuenta que, en un delito como el presente, el art. 4º de la ley 22.278 prevé, en principio, como retribución bastante de la culpabilidad del autor menor de edad una pena que se ubique entre los diez y los quince años (art. 44, tercer párrafo del Código Penal). A su vez, la alternativa a esta escala es una pena indivisible o fija: prisión perpetua. Ello, sumado a lo antes dicho, lleva a que el punto de partida deba ser la escala más leve, pues lo contrario, partir de que la pena que corresponde como regla es la prisión perpetua, implicaría que la aplicación del máximo posible de prisión dentro del derecho penal argentino puede caberle a una persona protegida por la Convención por defecto, es decir, por el sólo hecho de que no ha demostrado ser acreedora al premio o beneficio de una reducción. Esta aplicación por defecto del máximo posible no cumpliría con la exigencia de evaluar la proporcionalidad de la pena en relación con la infracción cometida por el menor, tal como lo ordena la cláusula prevista en el artículo 40.4 de la Convención. Por otro lado, el pasaje del máximo de la escala -quince años a la pena fija -perpetua no puede justificarse sólo en el comportamiento posterior del acusado (p.e. fracaso del tratamiento tutelar), pues ello implicaría, necesariamente, una sanción sin culpabilidad. En este contexto, y habida cuenta de la distribución de las cargas procesales propia de las causas penales, la aplicación del máximo de la especie de pena de que se trata (prisión perpetua) supone la demostración, por parte de la acusación que la pide y del tribunal que la aplica, de que la acción ilícita estuvo rodeada de características particulares de tal inusitada gravedad que ninguna de las penas alternativas previstas para esa misma figura delictiva serían suficiente retribución de la culpabilidad del agente (en el caso, por ejemplo, la pena de catorce años impuesta por el Tribunal Oral).

20) En síntesis, si bien no puede atribuirse a la Convención sobre los Derechos del Niño una prohibición absoluta de aplicar la prisión perpetua a personas que, al momento de perpetrar el delito, eran menores de dieciocho años, sí se deriva de dicho instrumento internacional con rango constitucional una regla de máxima prudencia y cuidado en la imposición de penas de prisión y, con mayor razón, de la prisión perpetua, que obliga para ello a descartar fundadamente la suficiencia de las alternativas más leves.

21) Con ello queda dicho que, cuando se trata de la pena de prisión perpetua, es la acusación, y, especialmente, el tribunal que la acoja, quien debe alegar y demostrar la insuficiencia de la escala de diez a quince años de prisión (arts. 4º de la ley 22.278 y 44, tercer párrafo del Código Penal) como respuesta adecuada a la culpabilidad del autor, para así justificar la necesidad de aplicar la pena perpetua. Es, por ende inconstitucional, el camino inverso de exigir a la defensa la demostración del derecho a una "reducción", bajo apercibimiento de aplicar prisión perpetua. Este segundo método, contrario a los lineamientos constitucionales vigentes, fue, sin embargo, el que, como he puesto de manifiesto, siguió la Cámara de Casación al revocar la pena de catorce años impuesta por el

Tribunal Oral de Menores e imponer a M. prisión perpetua. 22) Es tarea de esta Corte velar porque los tribunales argentinos cumplan con los estándares a los que está sometida la tarea judicial de acuerdo con los instrumentos internacionales aprobados por el país, de modo tal que sus fallos puedan resistir el desafío de su impugnación ante instancias competentes para fijar la responsabilidad del Estado argentino (doctrina de Fallos: 318:1269, Considerando 21 y su cita) . Por tal razón, entiendo que esta Corte debe reenviar la causa a la Cámara de Casación para que dicte un nuevo fallo de conformidad con lo expuesto en este voto. Notifíquese. CARMEN M. ARGIBAY. 007318E