

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, a 18 de octubre de 2017, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **de Lázari, Negri, Soria, Pettigiani**, se reúnen los señores Jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa P. 128.029-RC, "M., D. A. S/ Recurso extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de ley en causa N° 146/2014 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Nicolás".

ANTECEDENTES

La Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Nicolás, mediante sentencia del 2 de junio de 2015, rechazó el recurso de apelación y conjunta nulidad deducido por la defensa de D. A. M. contra el fallo del Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil departamental que le había impuesto la pena de cuatro años de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales, sin costas, por el delito de homicidio por el que había sido declarado autor penalmente responsable en un anterior pronunciamiento, dictado el 10 de noviembre de 2010 (v. fs. 26/30).

La señora defensora oficial del fuero especializado, doctora María Carolina Chiabrera, articuló recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley y de nulidad (v. fs. 35/53 vta.), que fueron concedidos a tenor de los agravios de pretensa índole federal formulados (v. fs. 109/111).

Oído el señor Subprocurador General (v. fs. 114/118 vta.), dictada la providencia de autos (v. fs. 119), presentada una memoria por la parte recurrente (v. fs. 124 y 125) y hallándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte decidió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1ª) ¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido?

2ª) ¿Lo es el de nulidad también interpuesto?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:

I. Sin perjuicio de lo que pudiera decirse acerca de la formulación indiscriminada de los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley y de nulidad, y de la resolución de admisibilidad dictada en consecuencia por el *a quo* (v. fs. 109/111), corresponde tratar en el marco de la primera de dichas vías los planteos de índole federal en función de los cuales la Cámara concedió la impugnación.

II. La defensa planteó que, dadas las deficientes notificaciones del auto de responsabilidad, no hay certidumbre respecto al momento a partir del cual cabe predicar su firmeza, ni de la oportunidad en la que su asistido debía cumplir con las medidas a llevarse a cabo con intervención del centro de referencia (v. fs. 38 vta.).

Entendió que el primer informe de ese centro no debió ser considerado ya que se produjo antes de que se cumpliera con los plazos legales.

Expuso que en reiteradas ocasiones se notificó a M. y a su letrado de confianza de las audiencias para decidir sobre la imposición de pena, sin su comparecencia, y que tras ser informado que el defensor particular había asumido funciones en el Poder Judicial de Santa Fe, se dio intervención a la defensa oficial. Por todo ello denunció que luego del debate y hasta la incorporación al proceso de esa defensa, su asistido no contó con una defensa técnica eficaz (v. fs. 40 vta. y 41).

Afirmó que no hubo contradictorio en ese período, por lo que no puede considerarse para resolver sobre la imposición de pena, "[s]í en cambio, podía tomarse [...] para valorar el obrar del causante, en soledad. Sin embargo es tomado por el Fiscal (paradójicamente, por quien advirtió la indefensión) para pedir pena; y es tomado por el Tribunal (paradójicamente por quien reconoció la indefensión), para fijar pena. Absurdo valorativo en que incurre la sentencia ahora en crisis, respecto de esta cuestión" (fs. 41 vta.).

Destacó que la petición de pena por parte del fiscal es infundada pues se basa en los incumplimientos del tratamiento que debía implementar el Centro de Referencia durante un período en el cual el imputado estuvo en estado de indefensión y no se le proporcionó tratamiento alguno (v. fs. 43 y 44).

Adujo que tampoco se fundó la necesidad de imposición de pena, ya que los argumentos brindados por el *a quo* refieren a los motivos de reducción de aquélla (v. fs. 46).

Alegó que la Cámara exhibió un fundamento aparente "...que patentiza un quie[b]re en el itinerario lógico de la resolución ya que dicha necesidad estaría fundada en las veces que el imputado no habría comparecido ante el Tribunal o el no haber concurrido aquella vez a una primer entrevista con el psiquiatra de La Plata [...]; como si de ello pudiera devenir la necesidad de pena..." (fs. 46 vta.).

En ese discurrir, señaló que la Cámara no se refirió a la situación especial del joven juzgado como tampoco a las pautas interpretativas propias del fuero, contraviniendo los arts. 14, 18 y 31 de la Constitución nacional; 75 inc. 22 en relación a la Convención de los Derechos del Niño; las normas del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos; de la Convención Americana de Derechos Humanos y la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Maldonado" (v. fs. 47 y vta.).

Por todo ello consideró que el fallo incurrió en arbitrariedad, con afectación de las garantías de defensa en juicio y debido proceso (v. fs. 47 vta.).

Expuso que la prisionización impuesta resulta contraria a la trascendencia mínima y humanidad de las penas, en razón del efecto negativo que tendrá en M. y en la familia que ha formado (v. fs. 48 vta.).

También estimó vulnerados los principios de justicia no retributiva, principio de intrascendencia, humanidad, plazo razonable, preclusión y progresividad (v. fs. 49).

Alegó que se violó el derecho a ser oído pues no se consideraron los dichos de M. relacionados con su incomparecencia a las audiencias para evaluar la necesidad de pena (v. fs. 50 vta.).

Se centró en los efectos negativos que una pena de prisión de cumplimiento efectivo conlleva y señaló que "[l]a confirmación por parte de la Alzada departamental, en sí misma, constituye una violación al principio de reserva (art. 19 de la C.N.), afectando el derecho a la identidad como integrante de la dignidad, en tanto el daño al proyecto de vida implica una modificación traumática para el imputado y su familia [...]. A su vez, una pena de prisión, en las actuales circunstancias de M., constituyen un trato o pena inhumana..." y sostuvo que se carga en las espaldas de su asistido la suma de la ineficiencia del Estado que no le proporcionó un tratamiento eficaz y tardó cinco años en fijar la pena desde el auto de responsabilidad (v. fs. 51).

En definitiva requirió la declaración de nulidad de lo fallado y la absolución de pena a su ahijado procesal (v. fs. 52 vta.).

III. La Procuración General, mediante dictamen presentado a fs. 114/118 vta., propició acoger la impugnación.

IV. El agravio específico por el cual la defensa cuestiona la notificación a su ahijado procesal del auto de responsabilidad no es de recibo, por cuanto -más allá de la oportunidad del planteo- no demuestra la relación directa e inmediata con la garantía de defensa en juicio invocada, máxime a tenor de la copia que obra a fs. 347 y vta. de la causa n° 604/2010 del Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil de San Nicolás que corre por cuerda (arts. 495, CPP y 15, ley 48).

V. Distinta suerte han de correr los restantes.

V.1. Para dar respuesta a los agravios planteados he de señalar que el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil, en oportunidad de evaluar la necesidad de imponer pena a D. A. M., en lo que es ahora de interés, expresó que "...de las constancias de la causa se desprende que desde que se dictara la sentencia el día 10 de noviembre de 2010 en [la] que se lo declara responsable por el delito de homicidio en los términos del art. 79 del CP se difirió la imposición de pena al cumplimiento del tratamiento tutelar bajo la supervisión del Centro de Referencia Local, organismo que debía someter al joven a un tratamiento psicológico psiquiátrico profundo, con imposición de conducta que le permitiera superar su conflictividad, todo en el plazo de un año" (fs. 3 vta.). Destacó que "[n]o sólo el joven no cumplió con dicha obligación de suma importancia a los fines de reinsertárselo socialmente [...], sino que además no se presentó a las diversas audiencias que se ordenaron para su comparendo; así se desprende de los informes de fs. 383, 386, 394, 407, 409, 423, 439, 441, 446, 447, 449, 452, decretándose la averiguación de paradero

a fs. 495, tampoco se presentó a fs. 462, 478, 484, conductas todas demostrativas de una falta de acatamiento por parte del encausado al cumplimiento de las obligaciones que eran esenciales para demostrar su voluntad de recuperarse..." (fs. cit.). Tras referir que las entrevistas psiquiátricas no habrían tenido lugar por ausencia de interés del joven para cumplir con lo ordenado, habiéndose efectivizado sólo en una oportunidad, concluyó que "...en el caso concreto no se ha cumplido con las pautas necesarias para considerar que el encausado ha cumplimentado con las exigencias impuestas, y por ello [...] es necesario aplicarle pena" (fs. 4).

V.2. En el recurso de apelación la defensa se agravió por la falta de consideración de la situación personal del joven para determinar la necesidad de imponer pena, con trasgresión a los principios de interés superior del niño y de proporcionalidad (v. fs. 7 vta./8 vta.).

En concreto expuso que "...D. M. es padre de tres niños, todos de muy corta edad (dos, tres y cuatro años [...]) con los cuales convive y sostiene económicamente...", que "...con la madre de sus tres hijos, A. E., lo une una relación de pareja sostenida en el tiempo..." circunstancias relevantes en lo que hace a la conformación de sus necesidades y a la resocialización, y que "tampoco se han valorado *las circunstancias de violencia en las cuales ha transcurrido la vida de este joven* [...]. Innumerables son las denuncias que habían sido realizadas tanto por D. M. como por su progenitora, (las cuales se encuentran debidamente acreditadas en autos) como consecuencia de las diferentes situaciones de violencia, tanto físicas como morales, que la víctima ejercía contra [ellos]" (fs. cits.).

Sostuvo que una pena de efectivo cumplimiento no es proporcionada en relación con las circunstancias del joven y que la sentencia del tribunal de juicio carecía de fundamentos por no haber tratado su petición de que se impusiera arresto domiciliario por el resto de tiempo que le queda por cumplir (ya que estuvo detenido algún tiempo según fs.

327 del principal), pretensión que procuraba evitar los efectos perniciosos de la prisionización (v. fs. 9).

V.3. Sobre el punto, la Cámara reeditó los argumentos de la judicatura de grado vinculados con el fracaso del tratamiento tutelar y justificó, con ello, la aplicación de la pena. Además, estimó que la queja vinculada con la falta de valoración de las condiciones personales del menor era irreal, "...pues tales extremos fueron debidamente meritados por los juzgadores al indicar las razones que condujeron a la necesidad de brindar una respuesta sancionatoria al joven M.. En tal sentido se contempló que el mismo formó familia, que tiene tres hijos y que se encuentra trabajando, siendo tales circunstancias las ponderadas por los magistrados firmantes al momento de disponer la reducción de la pena impuesta..." (fs. 28 y vta.).

VI. El recurso incoado prospera.

En primer lugar, la afirmación de la alzada de que se habría contemplado la situación personal del joven para determinar la necesidad de aplicarle pena no se compadece con las constancias de autos puesto que, como se reseñó, el órgano de mérito fundó dicha imposición exclusivamente en el fracaso del tratamiento tutelar (v. fs. 3 vta. y 4).

Recién en ocasión de establecer la escala penal que correspondía aplicar al caso y la posibilidad de reducirla en los términos de la tentativa, el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil evaluó "...que el joven ha formado familia, que tiene tres hijos y que se encuentra trabajando para afrontar su mantenimiento y sustento..." (fs. 4 vta.).

Entonces, la dogmática afirmación del Tribunal de Alzada de que tales condiciones personales se habían meritado en el primer tramo de la decisión del inferior,

carece de apoyatura en las constancias de la causa y constituye un supuesto de arbitrariedad de sentencias que descalifica el fallo como acto jurisdiccional válido (art. 18, Const. nac., CSJN Fallos: 311:2120; 316:379, entre muchos otros).

Además, a pesar de que en la apelación se pidió -según se reseñó más arriba- que se tuviera en cuenta la historia de violencia familiar del joven, ninguna consideración formuló la Cámara sobre este tópico, limitándose a la mención de la "naturaleza del hecho" (fs. 29), sin ninguna otra explicación, para convalidar el pronunciamiento de la instancia anterior.

El punto era decididamente relevante y merecía una adecuada valoración dado que el entonces niño autor del homicidio lo cometió en un contexto particular según fue acreditado en el juicio (v. fs. 319 vta. y sigs. del principal): la madre del menor fue golpeada y amenazada por su pareja -la víctima J. V.- y ante el temor de los familiares presentes de que pudiera ocurrirle "algún percance" a la mujer, fueron a buscar a su hijo "mayor" -el aquí imputado D. M.- quien una vez en el lugar en el que se hallaban y en las circunstancias que se describen en el fallo, disparó y mató al damnificado.

Aun cuando el Tribunal del debate descartó la concurrencia de una legítima defensa propia o de terceros, señaló que "No deja de llamar la atención que los familiares hayan recurrido al menor para poner límites y defender del agresor a su madre atacada por el Sr. V..." (fs. 323 vta.).

El mismo juzgador -al valorarla como atenuante- computó la situación familiar relevada por la perito que emitió el informe de fs. 119/121 (v. fs. 323 vta.) en el cual se lee que la madre del joven manifestó -luego de dar cuenta de la violencia a la cual la sometía V.- que "...nunca pensó 'que iba a pasar esto', siempre creyó 'que la muerte iba a ser yo' o bien muchas veces pensó en suicidarse" (fs. 120 vta.).

VII. Al respecto el art. 4 de la ley 22.278 estipula que, cumplidos los requisitos de la cesura de juicio, para resolver la necesidad de pena debe estarse a "las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez".

Y ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que no se respetan las exigencias derivadas de la normativa aplicable si la decisión de la Cámara "...no exhibe argumento alguno que permita entender por qué se consideró eximida de la obligación de fundar la 'necesidad de pena' en los antecedentes del menor, en el resultado del tratamiento tutelar y en la impresión directa de aquél, tal como lo exige el artículo 4 de la ley 22.278, según el fin claramente resocializador que se reconoce a la pena impuesta por hechos cometidos por jóvenes menores de edad" -en lo pertinente, Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Marteau", sentencia de 17-III-2009, considerando 11-.

En este sentido, el comentario a la regla 5 de las Reglas de Beijing establece que las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción. La regla 17.1 fija similar principio rector como guía para el dictado de sentencias y resoluciones.

En el *sub lite*, quedaron marginados de dicho análisis los antecedentes personales del joven, entre ellos -y como fue señalado por la defensa- la constitución de su familia actual que lo ubica como trabajador y padre de tres hijos pequeños y único sustento de ellos, así como los antecedentes de violencia sufridos por M. y que rodearon al hecho que diera inicio a estas actuaciones.

La sola justificación en el resultado del tratamiento tutelar, no abastece el recaudo legal antes apuntado (conf. art. 4, ley 22.278 cit.).

VIII. Por si ello fuera poco -y aunque resulte cuestionable que dicho fracaso en este caso pueda atribuirse con exclusividad al destinatario de la medida- las instancias previas consideraron en contra del menor la falta de comparecencia a las audiencias durante un período en el cual tampoco se había garantizado la defensa técnica, e inclusive otros casos en los que no se practicaron notificaciones personales al joven (v. a modo de ejemplo fs. 375, 381 y 383 de la causa del órgano de grado citada).

Surge de las actuaciones que, al menos desde el mes de **mayo de 2011**, fecha en la cual el defensor doctor Julián D. Girólamo suspendió su matrícula profesional por haber ingresado al Poder Judicial de Santa Fe (v. fs. 427/428), hasta el mes de **mayo del año 2012**, oportunidad en la que asumió la representación de M. la defensa oficial -intervención que también padeció de ciertos avatares (v. fs. 519/522 y fs. 533/535 vta., causa cit.)-, D. M. no contó con un abogado defensor.

Extrañamente, durante un año continuaron las notificaciones infructuosas al letrado Girólamo (véanse fs. 372/380/393/402 y 403/412 y 413, entre otras), constatándose las reiteradas inasistencias de éste como de M. a las audiencias fijadas por el Tribunal, sin que se arbitraran los medios conducentes a determinar si aquél había abandonado la defensa, en los términos de los arts. 97 y 98 del Código Procesal Penal.

Más allá de la obligación personal que, sin dudas, pesaba sobre el joven de comparecer ante los llamamientos judiciales, lo cierto es que también mecánicamente el Tribunal de grado lo convocó infructuosamente a sucesivas audiencias después del 10 de noviembre de 2010 y recién el 29 de mayo de 2013 requirió un informe al Centro de Referencia (v. fs. 486), el que producido dio cuenta de una buena inserción familiar y laboral -aunque con alusión a posibles nuevos hechos delictivos- (v. fs. 493 y 494). En el lapso intermedio no se adoptaron otras medidas (sin perjuicio de una averiguación de paradero, v. fs. 455) para procurar que se cumpliera lo resuelto en la sentencia del año 2010, según la cual el centro de referencia local debía "...inmediatamente

instrumentar el mejor método y modo para someter al joven a un tratamiento psicológico profundo con imposición de conducta [...] y además efectuar un seguimiento sobre su conducta debiendo acompañar periódicamente los informes respectivos..." (fs. 328 y vta.).

En especial, no se puso foco en cuál era "el mejor método y modo" frente a las dificultades para que el joven cumpliera con el tratamiento, al que según los informes de fs. 367 y 398 era renuente, aun cuando debía perseguirse el objetivo de que "el niño asuma una actitud constructiva y responsable ante la sociedad" (art. 33, ley 13.634) y sin perder de vista que el sistema de justicia de menores debe hacer hincapié en el bienestar de éstos (regla 5 de las Reglas de Beijing). Así, por ejemplo, no recibió un razonable abordaje la dificultad inicial para la realización del tratamiento psicológico-psiquiátrico, derivada de que el joven debía trasladarse para una primera entrevista desde San Nicolás hasta La Plata; más allá de la "facilidad" de habersele otorgado pasajes oficiales (v. fs. 28 vta. del presente legajo).

Como puede advertirse, el fallo incurre nuevamente en arbitrariedad, al desentenderse de las constancias de autos para fundar el rechazo a la pretensión defensiva.

Cabe recordar al respecto que la doctrina de la arbitrariedad tiende a resguardar la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (entre otros, CSJN Fallos: 297:100; 311:948 y 2402).

IX. En suma, corresponde hacer lugar al reclamo, casar el pronunciamiento de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Nicolás, y devolver las actuaciones a ese órgano a fin de que dicte uno ajustado a derecho.

En esa tarea, estimo que deberá tenerse especialmente en cuenta lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Maldonado" (Fallos: 328:4343), en cuanto sostuvo 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" (CSJN, cons. 23 del voto de la mayoría).

Voto por la **afirmativa**.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

Adhiero al voto del colega que abre el acuerdo con la sola aclaración en cuanto a que si bien por regla los fallos de la Corte de Justicia de la Nación no son vinculantes, pues sus alcances se encuentran limitados a los casos en los que se dictan, su contenido puede, no obstante, ser receptado en orden a su validez conceptual, como sucede en la especie con relación a los citados.

Voto por la **afirmativa**.

Los señores Jueces doctores **Soria** y **Pettigiani**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lazzari, votaron la primera cuestión también por la **afirmativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lazzari dijo:

Más allá de otras consideraciones que cabría efectuar en cuanto a la concesión del remedio extraordinario de nulidad, lo cierto es que -del modo que fue resuelta la cuestión anterior- no corresponde el abordaje del presente. Ello, por cuanto la decisión en torno a la necesidad de pena es previa a la discusión sobre su modalidad de ejecución, cuya omisión de tratamiento se denuncia.

Así lo voto.

Los señores Jueces doctores **Negri, Soria y Pettigiani**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor de Lazzari, votaron la segunda cuestión en el mismo sentido.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se hace lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, se revoca el pronunciamiento de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Nicolás y, en consecuencia, se devuelven los autos a dicha instancia para que, debidamente integrada, dicte uno nuevo de conformidad con lo aquí resuelto (art. 496, CPP).

Asimismo, se declara abstracto el tratamiento del recurso extraordinario de nulidad también articulado.

Regístrese y notifíquese.

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

HECTOR NEGRI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

DANIEL FERNANDO SORIA

R. DANIEL MARTINEZ ASTORINO

Secretario