

**El Caso:**

**El Presidente de la Cámara, a fin de resolver varios hechos de robo, expresó en su voto un obiter dictum referente a la inconstitucionalidad de los arts. 29 y 44 de la Ley 9182 de Jurados Populares.**

**Sumario:**

1. Como consecuencia directa de la manera de estructurar el tribunal, con mayoría legal, "el legislador, que evidentemente procuró conciliar dos sistemas inconciliables, debió idear un mecanismo para dar cumplimiento al imperativo constitucional que exige la fundamentación lógica y legal de las resoluciones judiciales (Constitución de Córdoba, art. 155)", mecanismo que estableció en los arts. 29 y 44 de la ley 9182, con arreglo a los cuales, se pone "en cabeza del Presidente la obligación de motivar lógica y legalmente la decisión de los jurados", obligación que lo sustrae "de su deber constitucional de resolver todas las cuestiones planteadas, con afectación del principio del Juez Natural, desde que ello" significa "despojarlo de aquel deber de intervenir para conformar la decisión del Tribunal, lo que está reñido con la garantía que hace a la independencia de los magistrados".

2. De conformidad a lo establecido en el art. 29, "el Presidente de la Cámara dirige el debate y realiza los demás actos que explícitamente se le atribuyen, participando en las deliberaciones previstas por el art. 405 del CPP, pero no tendrá voto, salvo en las cuestiones previstas en los incs. 1.º, 4.º, 5.º y 6.º del art. 41, en donde deberán votar los tres (3) jueces, también tendrá voto en caso de empate" Asimismo, "el art. 44 dispone que los jurados y los dos jueces integrantes del Tribunal, con excepción del Presidente, votarán sobre

las cuestiones comprendidas en los incs. 2.º y 3.º del art. 41 y sobre la culpabilidad o inocencia del acusado”.

3. En el caso que hubiere “discrepancia entre los dos jueces y los jurados y estos formarán mayoría, la fundamentación lógica y legal de la decisión mayoritaria correrá por cuenta del Presidente de la Cámara, excepto que uno de los jueces técnicos haya concurrido a formar mayoría, en cuyo caso la fundamentación será elaborada por este”.

5. Si lo decidido por la mayoría “de los jurados no fuera unánime, los jurados que hayan emitido su voto en sentido contrario podrán adherir al voto de alguno de los jueces que concurrieron a formar la minoría y, en igual sentido, el Presidente deberá motivar la decisión minoritaria de los jurados cuando ninguno de los dos jueces hubiera votado en el mismo sentido que aquellos”.

6. De acuerdo a lo previsto en esas disposiciones se deriva, “por regla, el Presidente de la Cámara carece de voto en las cuestiones previstas en los incs. 2.º y 3.º del art. 41 y sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, como así también que en las cuestiones en las que los jurados deben votar, la fundamentación lógica y legal de la sentencia corre por su cuenta, salvo que uno de los técnicos haya concurrido a formar mayoría, como que el Presidente debe motivar la decisión minoritaria de los jurados si ninguno de los técnicos hubiera votado en el mismo sentido que estos”.

7. El art. 45 de la ley 9182 prescribe que la sentencia que se dicte deberá cumplir con los requisitos requeridos por la ley procesal penal, en alusión al art. 408 del CPP, cuyo inc. 2.º instituye que la sentencia deberá contemplar las pautas que allí se detallan. Entre esta norma y los arts. 29 y 44 de la ley 9182 surgen indudables discordancias, que pueden ser salvadas de conformidad a esta última porque, “siendo especial en relación al régimen general que representa el código procesal, tiene preeminencia sobre el mismo”.

8. Ése es el fundamento científico de la regla establecida por el art. 54 de la ley 9182 que, en armonía con el art. 6.º de la ley 9122, prescribe que cuando haya de conflicto normativo referido a la aplicación de la ley “deberá interpretarse y resolverse en beneficio de la presente ley”.

9. El art. 155 de la Constitución local, que establece como deberes a los magistrados y funcionarios judiciales “el resolver las causas”, en “los plazos fatales que las leyes procesales establezcan” y “con fundamentación lógica y legal”.

10. La redacción del art. 155 evidencia que tales deberes no están a cargo del tribunal, sino de los magistrados que lo componen, sin que pueda argüirse en contra de lo establecido en el art. 142 del CPP que prescribe que "El Tribunal deberá fundamentar...", y que en armonía con el art. 408, inc. 2.º, no surge duda que son los jueces, quienes tienen el deber de votar y dar razones suficientes.

11. En las cuestiones planteadas en las que, el Presidente no tiene voto, tiene la obligación de fundar lógicamente y legalmente la decisión de los jurados si, siendo mayoría, su criterio no concuerda con ninguno de los jueces técnicos con "derecho" a voto, o cuando siendo minoría, ella fuera formada solo por ciudadanos, de lo que se sigue que el Presidente no tiene voto pero tiene que dar razones, y no de su voto, sino de lo decidido por los jurados, lo que significa cambiar la particularidad de la garantía del art. 155 de la Constitución, de allí que los arts. 29 y 44 de la ley 9182 deban ser considerados contrarios a la Constitución local.

15. La declaración de inconstitucionalidad, solo surge cuando se configura el "caso concreto" pues de lo contrario, la declaración de inconstitucionalidad sería abstracta.

**Cámara 9.ª del Crimen, Sent. n.º 30, 24/10/2012, "Ludueña, Carlos Sebastián y otro p.ss.aa. Robo calificado con armas, etc.", Córdoba.**

#### **Y Considerando:**

Que el Tribunal se ha planteado las siguientes cuestiones a resolver:

- 1) ¿Existieron los hechos y fueron responsables los acusados?;
- 2) ¿Qué calificación legal corresponde aplicar en su caso?;
- 3) ¿Qué sanción debe aplicarse en su caso y corresponde asignación de costas?

#### **A la primera cuestión planteada el Señor Vocal Roberto Spinka dijo:**

I. Previo a considerar esta primera cuestión, se impone justificar por qué, habiendo presidido esta audiencia, emito mi voto. En ese sentido, debo recordar que por auto interlocutorio n.º 53, del 10/11/06, en los autos caratulados "Medina Allende, Luis Eduardo Homicidio calificado (Expte. M-11/06)", tuve oportunidad de señalar que como consecuencia directa de la

manera de estructurar el tribunal, con mayoría lega, "el legislador, que evidentemente procuró conciliar dos sistemas inconciliables, debió idear un mecanismo para dar cumplimiento al imperativo constitucional que exige la fundamentación lógica y legal de las resoluciones judiciales (Constitución de Córdoba, art. 155)", mecanismo que estableció en los arts. 29 y 44 de la ley 9182, con arreglo a los cuales, se pone "en cabeza del Presidente la obligación de motivar lógicamente y legalmente la decisión de los jurados", obligación que lo sustrae "de su deber constitucional de resolver todas las cuestiones planteadas, con afectación del principio del Juez Natural, desde que ello" significa "despojarlo de aquel deber de intervenir para conformar la decisión del Tribunal, lo que está reñido con la garantía que hace a la independencia de los magistrados".

"Según el art. 29, el Presidente de la Cámara dirige el debate y realiza los demás actos que explícitamente se le atribuyen, participando en las deliberaciones previstas por el art. 405 del CPP, pero no tendrá voto, salvo en las cuestiones previstas en los incs. 1.º, 4.º, 5.º y 6.º del art. 41, en donde deberán votar los tres (3) jueces, también tendrá voto en caso de empate. A su vez, el art. 44 dispone que los jurados y los dos jueces integrantes del Tribunal, con excepción del Presidente, votarán sobre las cuestiones comprendidas en los incs. 2.º y 3.º del art. 41 y sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. Si mediara discrepancia entre los dos jueces y los jurados y estos formarían mayoría, la fundamentación lógica y legal de la decisión mayoritaria correrá por cuenta del Presidente de la Cámara, excepto que uno de los jueces técnicos haya concurrido a formar mayoría, en cuyo caso la fundamentación será elaborada por este. Si la decisión mayoritaria de los jurados no fuera unánime, los jurados que hayan emitido su voto en sentido contrario podrán adherir al voto de alguno de los jueces que concurrieron a formar la minoría y, en igual sentido, el Presidente deberá motivar la decisión minoritaria de los jurados cuando ninguno de los dos jueces hubiera votado en el mismo sentido que aquellos".

"Se deriva de esas disposiciones que, por regla, el Presidente de la Cámara carece de voto en las cuestiones previstas en los incs. 2.º y 3.º del art. 41 y sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, como así también que en las cuestiones en las que los jurados deben votar, la fundamentación lógica y legal de la sentencia corre por su cuenta, salvo que uno de los técnicos haya concurrido a formar mayoría, como que el Presidente debe motivar la decisión minoritaria de los jurados si ninguno de los técnicos hubiera votado en el mismo sentido que estos".

"A su vez, el art. 45 de la ley 9182 establece que la sentencia que se dicte deberá observar los requisitos exigidos por la ley procesal penal, en obvia alusión al art. 408 del CPP, cuyo inc. 2.º establece que la sentencia deberá contener "El voto de los Jueces y Jurados sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición concisa de los motivos de hecho

y de derecho en que se basen, sin perjuicio de que adhieran específicamente a las consideraciones y conclusiones formuladas por el magistrado que votare en primer término. Los Jurados podrán adherir al voto de cualquiera de los Jueces”, de lo que se sigue que entre esta disposición y los arts. 29 y 44 de la ley 9182 median evidentes discordancias, que pueden ser salvadas a favor de esta última porque, siendo especial en relación al régimen general que representa el código procesal, tiene preeminencia sobre el mismo. Ése y no otro es el fundamento científico de la regla prevista por el art. 54 de la ley 9182 que, como lo estableciera su antecedente, el art. 6.º de la ley 9122, dispone que en caso de conflicto normativo relativo a la aplicación de la ley “deberá interpretarse y resolverse en beneficio de la presente ley”.

“Sin embargo, ese modo de resolución de conflictos normativos solo es válido en la medida que se trate de reglas legales encontradas, o de otra forma, que involucre disposiciones originadas en el mismo legislador común; no, cuando las reglas de la ley 9182 se oponen a disposiciones constitucionales, pues en tal caso rige el principio de supremacía normativo impuesto por el art. 31 de la Constitución de la Nación, frente al cual el art. 54 de la ley 9182 es por completo ineficaz. Lo dicho viene al caso debido a la manda constitucional del art. 155 de la Constitución local, que impone como deberes a los magistrados y funcionarios judiciales “el resolver las causas” en tiempo y forma, esto es, “dentro de los plazos fatales que las leyes procesales establezcan” y “con fundamentación lógica y legal”.

“La redacción del art. 155 evidencia que tales deberes son puestos en cabeza no del tribunal, sino de los magistrados que lo integran, sin distinción alguna, lo que no es un dato menor, sin que pueda argumentarse en contra que el art. 142 del CPP establece que “El Tribunal deberá fundamentar...”, pues de su correlación con el art. 408, inc. 2.º, no surge duda alguna que son los jueces, todos los jueces, quienes tienen el deber de votar y dar razones suficientes. Tampoco puede alegarse en contra invocando el art. 382 del CPCC (ley 9129), pues esa norma, que estatuye que “Los votos sobre cada una de las cuestiones serán fundados...”, deja en claro que son todos los jueces quienes deben votar (y fundadamente) desde que a ese acto deben asistir “todos los vocales”, sin que la parte final de la regla, que legitima que puedan concurrir solo dos votos para conformar la voluntad decisoria (siempre que haya concordancia), vaya en desmedro de la manda del art. 155 de que se trata, pues la previsión legal atiende a una situación de excepción, a la existencia de una imposibilidad material (por ausencia, vacancia u otro impedimento de alguno de los miembros del tribunal) que impide el concurso de los tres votos, situación que por cierto no es a lo que se refiere la ley 9182, que no regula situación de excepción alguna sino que, al contrario, considera como “normal” que el Presidente no debe votar.

“En consecuencia, aunque es cierto que la ley 9182 pudo establecer diferencias respecto de la ley 8123, también lo es que no pudo hacer lo mismo

en relación a lo que establece la Constitución desde que ello significó contrariar el art. 31 de la CN. Y lo hizo, pues estableció una dispensa en relación al deber del Presidente del Tribunal de resolver, acto trascendente que cuando se trata de un tribunal colegiado supone que aquel debe contribuir a formar la voluntad del tribunal con su voto, de lo que se sigue que los arts. 29 y 44 violentan el mandato del art. 155 de la Constitución local y resultan, por tanto, constitucionalmente inválidos. También lo son por otra razón”.

“La manda constitucional mencionada constituye una categoría normativa-conceptual inescindible, en el sentido que no admite interpretar que el deber de resolver sea algo desligable del deber de fundar el voto: este conlleva el deber de fundar, y los fundamentos son los del voto del magistrado que expresa su voluntad decisora. En tal entendimiento, cabe advertir que la ley 9182 no dispensa a los jurados de su obligación de votar, aunque restringe las cuestiones sobre las que deben pronunciarse; tampoco, de su obligación de dar fundamentos, cosa que la misma ley establece (Ferrer - Grundy, ob. cit., pág. 71), con toda razón porque son funcionarios públicos y porque ‘Hoy motivar es un deber legal de todos los funcionarios públicos, según el art. 2.º de la ley 25188, y encuentra respaldo en el art. 269 del CP, que exige la fundamentación (veraz) de las resoluciones judiciales’ (Cafferata Nores - Tarditti, ob. cit., T. I, pág. 390, nota 793 in fine)”.

“Empero, ocurre que la ley 9182 presenta una particularidad: en las cuestiones en las que, por regla, el Presidente no tiene voto, tiene la obligación de fundar lógicamente y legalmente la decisión de los jurados si, siendo mayoría, su criterio no coincide con ninguno de los jueces técnicos con ‘derecho’ a voto, o cuando siendo minoría, ella estuviera integrada solo por ciudadanos, de lo que se sigue que el Presidente no tiene voto pero tiene que dar razones, y no de su voto, sino de lo decidido por los jurados, lo que importa alterar la esencia de la garantía del art. 155 de la Constitución, desde que hace a los deberes por ella impuestos que el magistrado vote y de razones, no de lo que otros deciden o contribuyen a decidir, sino de lo que él decide o contribuye a decidir. De allí que los arts. 29 y 44 de la ley 9182 deban ser considerados, también, contrarios a la Constitución local, lo que así debe declararse”.

Desde ese precedente no me he apartado en casos sucesivos, aunque no siempre haya propuesto la declaración de inconstitucionalidad de que se trata, porque como he dicho en los autos “Capdevila Horacio Alejandro y otros p.ss.aa. Homicidio calificado, etc.”, sentencia n.º 20 del 11/6/2008, aquella declaración solo procede cuando se configura el “caso concreto” pues de lo contrario, la declaración de inconstitucionalidad devendría abstracta. Y eso es lo que ocurre en el caso, pues a mérito del resultado de la votación, medió unanimidad en todos los integrantes del Tribunal ya que jueces técnicos y jurados populares hemos coincidido respecto de la solución que corresponde

dar a esta primera cuestión, por lo que no corresponde plantear la declaración de que se trata.

FDO.: SPINKA - MANDELLI - MAGGI - JURADOS POPULARES

**DERECHO PENAL JUVENIL. PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD. PRISIÓN PERPETUA. RECURSO DE REVISIÓN. ANULACIÓN DE SENTENCIA. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.**

Descripción del caso: La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe declaró nula la sentencia del Juez de grado que condenó a un menor de edad a la pena de prisión perpetua, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego y partícipe principal del de homicidio triplemente agravado.

Sumario:

1. La sentencia que condenó a un menor de edad a prisión perpetua es nula, porque el magistrado se circunscribió a aseverar que resulta técnicamente viable la aplicación de la pena máxima, en virtud de lo estipulado por el art. 37, inc. a, de la Convención sobre los Derechos del Niño, pero omitió considerar que, por la naturaleza de los delitos imputados (robo calificado y homicidio agravado), no son posibles los beneficios de libertad condicional y de salidas transitorias, acorde las previsiones establecidas de los arts. 14 del Código Penal y 56 bis de la ley 24660. (Voto de los Dres. Gastaldi, Gutiérrez y Spuler).

2. La condena a prisión perpetua establecida a un menor debe ser dejada sin efecto, porque el magistrado se apartó de la disminución de la escala penal establecida en el art. 4 de la ley 22278 sin tener en cuenta la medida de reprochabilidad que le incumbe a aquel menor por razón de su edad y de sus posibilidades de autodeterminación, lo que permitió otorgarle un trato igual al de un mayor, contradiciendo el criterio señalado por la Corte Suprema de

Justicia de la Nación en la causa "Maldonado" -7/12/2005, LL, 5/5/2006, p. 4- . (Voto de los Dres. Gastaldi, Gutiérrez y Spuler).

3. El recurso de revisión instaurado ante la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe contra la sentencia que condenó al imputado a la pena de prisión perpetua es viable, porque está en juego la afectación de preceptos de orden constitucional, y existe la factibilidad de que se encuentre comprometida la responsabilidad internacional del Estado argentino por incumplimiento de recomendaciones perpetradas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (Voto de los Dres. Gastaldi, Gutiérrez y Spuler).

4. Los defensores, omitieron injustificadamente de agotar los recursos legales contra las decisiones desfavorables a su representado, quebrantando requerimientos propios de la garantía establecida en los artículos 18 de la Constitución Nacional y 9 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, artículos 8.2.c, d, y h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14.3.b y d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que asignan una mayor diligencia en el ejercicio de la defensa en juicio para asegurar al menor una mejor defensa; (Voto del Señor Ministro Dr. Erbetta).

5. La imposición al menor de la pena de prisión perpetua en los términos del artículo 37 inciso a de la Convención sobre los Derechos del Niño no posee motivación y no es compatible con los postulados constitucionales y convencionales. Pues, en la sentencia no se justificó la prescindencia de la pena reducida, acorde la escala de la tentativa, ni valoró de qué modo resulta adecuada para suscitar la reintegración del menor, por lo que, se equiparó al joven con el trato que se les otorga a los mayores, sin tener en cuenta su estatus diferenciado. (Voto del Señor Ministro Dr. Falistocco).

6. La prisión perpetua impuesta al joven debe ser revocada porque el Juez fundó su imposición en los postulados del artículo 37 inciso a) de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y no observó la legislación nacional vigente, que veda todo beneficio de libertad por los delitos imputados, ni tampoco expuso de qué modo se debería efectivizar la revisión periódica de tal pena ni menos aún el período necesario para ello. (Voto del Señor Ministro Dr. Netri).

7. La condena al imputado por hechos cometidos siendo menor de edad a pena de prisión perpetua ha sido determinada en desconocimiento de los estándares internacionales aplicables en el área de la justicia penal juvenil lo que establece la nulidad en este aspecto, de la sanción impuesta. (Voto del Señor Ministro Dr. Netri).

8. Es deber de los jueces continuar las decisiones que procedan de los organismos internacionales en la interpretación de los Pactos que tutelan en materia de derechos humanos, a manera de doctrina legal, todo esto para impedir la responsabilidad del Estado como un compromiso de buena fe, derivado del artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (Votos de la Dra Gastaldi y los Dres. Gutiérrez y Spuler).

9. Con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, el control de constitucionalidad prosperó a un control de convencionalidad. Concretamente, cuando el Estado de Argentina ratificó la

Convención Americana de Derechos Humanos, se comprometió a respetar los derechos y libertades que se encuentran en ella y a garantizar su libre ejercicio (art. 1.1, C.A.D.H.) adoptando las medidas legislativas o "de otro carácter" que resultaran ineludibles para efectivizarlos (art. 2, C.A.D.H.). (Votos de la Dra Gastaldi y los Dres. Gutiérrez y Spuler).

### **Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, 1/11/2012, "C., D. F."**

Rosario, 1º de noviembre de 2012.

Primera: ¿es admisible el recurso interpuesto?

Segunda: en su caso, ¿es procedente? Tercera: en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar?

A la primera cuestión, la señora Presidenta doctora Gastaldi y los señores Ministros doctores Gutiérrez y Spuler dijeron:

1. La Defensora General de Cámara de Apelación de la Circunscripción Judicial N° 1, en ejercicio de la defensa técnica de D. F. C., inicia ante esta Corte acción de revisión contra la sentencia emitida el 01.06.2010 por el Juzgado de Distrito de Menores de la Segunda Nominación de Santa Fe que impuso pena de prisión perpetua a su asistido en los términos del artículo 37 a) de la Convención sobre los Derechos del Niño (fs.5/9v., Expte. N° 375/2012).

Sostiene que las sentencias, por las cuales se declaró la responsabilidad penal y luego se aplicó la pena perpetua a su defendido, no fueron apeladas, revistiendo las mismas carácter definitivo, razón por la cual el recurso de revisión devenía en la única vía procesal adecuada.

Funda su recurso en el artículo 489 inciso 4 del Código Procesal Penal, admitiendo que si bien no es un "supuesto típico", el dictado del Informe N° 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el cual se emitieran conclusiones y recomendaciones, debe admitirse como "nuevo hecho excepcional" para no incurrir, frente a su incumplimiento, en responsabilidad internacional atento que -para casos análogos- la Comisión concluyó que el Estado de Argentina violó los artículos 1.1, 2, 5.1, 5.6, 7.3, 8.1, 8.2.h, 19 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Afirma que la prisión perpetua impuesta a C., afecta disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, toda vez que de las constancias de autos, surge que no está debidamente fundada su oportunidad y conveniencia, además de contradecir la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Maldonado" y de la Cámara Federal de Casación Penal en "Mendoza".

Endilga al Tribunal la falta de valoración de las posibilidades de resocialización de C. y los posibles efectos nocivos que el encarcelamiento tan riguroso podría acarrear al justiciable atento la minoría de edad al momento de la comisión del ilícito. Destacando que dicha condena a perpetuidad, sobre una persona en formación y vulnerable, violenta el "interés superior del niño y

la aplicación de la pena como "medida de último recurso y durante el período más breve que proceda" (arts. 3 y 37.b Convención sobre Derechos del Niño).

Añade asimismo la afectación al derecho de defensa, por cuanto entiende se trasgredió la congruencia, toda vez que se condenó a C. por agravantes por las cuales nunca pudo defenderse porque no fueron imputadas en su indagatoria, "violando su legítimo derecho de defensa material y tornando a la sentencia de imposición de pena nula de nulidad absoluta porque pena un hecho surgido de otra sentencia nula por incongruencia con la atribución del hecho delictivo imputado" (f.8, Expte. Nº 375/2012).

Finalmente, solicita el cese de prisión y hace reserva de derechos para acudir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Corrida vista al Señor Procurador General (f. 10, Expte. Nº 375/2012), éste contesta solicitando se declare admisible la acción interpuesta en el entendimiento que la entidad de los preceptos constitucionales que podrían verse afectados en el caso y la existencia de precedentes de similar índole en los que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expidiera, impone la intervención de la Corte Suprema de Justicia (fs. 23/26, Expte. Nº 375/2012).

3. Pasados los autos a resolución de la Corte, en fecha 26.10.2012 compareció el doctor Ernesto Martín Navarro, Director de Asuntos Legales de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación -conforme Decreto Presidencial Nº 1858 del 14.11.2011- y en calidad de amigo del Tribunal, acompaña la presentación que luce a fojas 32/45v.

4. Antecedentes de la causa: Por resolución del 10.08.2009 el Juzgado de Distrito de Menores de la Segunda Nominación

de Santa Fe declaró a D. F. C. como autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego (arts. 166, inc. 2, 2 párrafo del C.P.) y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía, por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado y por el uso de arma de fuego, ambos en concurso real (arts. 80 inc. 2 y 7; 41 bis; 55 del C.P.; fs. 964/970, Autos principales). Notificándose al imputado (el 11.08.2009), a la Defensoría General Nº 4 que estaba a cargo de la defensa de C. -doctor Martínez- (el 25.08.2009), a la Asesora de Menores -doctora Ferroni- (el 08.09.2009) y a la Fiscalía (el 09.08.2009); no apelada la resolución quedó firme.

Posteriormente, la Jueza de Menores al considerar cumplidos los requisitos del artículo 4 de la ley 22278, por resolución del 01.06.2010, impuso a C. la pena de prisión perpetua en los términos del artículo 37 inc. "a" de la Convención sobre los Derechos del Niño (f.1117/1124, Autos principales). Notificándose al imputado (el 15.06.2010), a la Defensoría General Nº 4 -doctora Ojeda- (el 15.06.2010), al Asesor de Menores -doctor Cilla- (el 23.06.2010) y a la Fiscalía (el 08.06.2010); tampoco consta de la compulsión de los antecedentes que se hubiera recurrido, quedando firmes.

Contra esta última sentencia, sostiene -en el encabezado del escrito recursivo- viene en revisión la Defensora General, más del desarrollo de su libelo claramente se desprende la revisión de ambos decisorios.

4.1. El análisis del análisis de admisibilidad que cabe realizar a este Cuerpo, tornan necesario previamente efectuar una serie de consideraciones.

En tal empresa, cabe mencionar que el artículo 489 del Código Procesal Penal de Santa Fe reza que la revisión "procederá, en todo tiempo y en favor del condenado, para perseguir la anulación de la sentencia firme", enunciando seguidamente los cuatro motivos específicos que taxativamente recepta para autorizar interponerla: la inconciliabilidad de la cosa juzgada; la demostración de falsedad de la prueba que originó la condena; la demostración de conductas delictivas que provocaron la condena; y la sobreviniencia de nuevos hechos o elementos de prueba.

Así, resulta recaudo de admisibilidad del recurso de revisión penal, la articulación de planteos encuadrados en alguna de las causales enunciadas en el citado artículo, ya que según el artículo 490 del mismo digesto, éste deberá concretarse a demostrar (bajo sanción de inadmisibilidad) la inexistencia del hecho delictuoso o de una circunstancia que contribuyó a agravar la pena o la no comisión del delito por el condenado o la falta de prueba en que se basó la condena, fundado en cualquiera de los incisos del artículo anterior.

Efectuadas estas consideraciones, cabe afirmar que las cuestiones invocadas al deducir el recurso de revisión no encuadran en ninguna de las hipótesis previstas en el artículo 489 del Código Procesal Penal. No obstante ello, entiendo que las especialísimas circunstancias del caso - al recurrente se le impuso la pena de prisión perpetua por un hecho cometido cuando aún era menor de edad- y la importancia de los preceptos de orden constitucional que podrían verse afectados, a saber: el derecho de defensa y la prescindencia de lineamientos convencionales vinculantes, obligan a brindar respuesta jurisdiccional al planteo y apartarse de la regla de taxatividad antes enunciada.

Es que así como este Tribunal ha superado requisitos formales que exige la ley 7055, en orden al recurso de inconstitucionalidad local, frente aquellos supuestos que permiten inferir una cuestión de gravedad institucional que pone en juego la Administración de Justicia, en el caso, ante la eventual violación de disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, un apego a las formas resulta incompatible con una correcta prestación del servicio de justicia.

En orden a ello, ha de tenerse presente que la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a nuestro bloque constitucional con la reforma de 1994 (arg. art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución nacional), impone a los jueces el deber de respetar los derechos allí reconocidos y velar que sus disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin y, en pos de ello, cobra especial relevancia la interpretación que de éstos hacen los organismos internacionales.

En tal sentido, es deber de los jueces seguir las decisiones emanadas de los organismos internacionales en la interpretación de los Pactos que rigen en materia de derechos humanos, a modo de doctrina legal, y ello a fin de evitar la responsabilidad del Estado como un compromiso de buena fe, derivado del artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Sabido es que con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos el control de constitucionalidad evolucionó a un control de convencionalidad. Específicamente, cuando el Estado de Argentina ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos, se comprometió a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio (art. 1.1, C.A.D.H.) adoptando las medidas legislativas o "de otro carácter" que fueran necesarias para hacerlos efectivos (art. 2, C.A.D.H.).

En tal sentido, se ha sostenido con particular referencia al Poder Judicial que "cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad ex officio" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes... O sea, los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana" (Corte I.D.H. en Casos: "Myrna Mack vs. Guatemala", del 25.11.2003; "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", del 26.09.2006 y "Trabajadores Cesados del Congreso -Aguado Alfaro y otros- vs. Perú", del 24.11.2006).

En este cometido, la Judicatura debe tener en cuenta no solo la Convención sino también la interpretación que efectivamente rige en el ámbito internacional, considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoce la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (Arts. 75 inc. 22 C.N., 62 y 64 C.A.D.H. y artículo 2 ley 23.054, Fallos: 318:514; 319:1840 y "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", del 26.09.2006, Párr. 124).

En punto a los informes de la Comisión Interamericana, no puede dejar de señalarse que más allá de los vaivenes respecto de su directa obligatoriedad, no pueden ser desatendidos en particular en casos como el presente que

involucran a menores de edad. Por tanto "los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana -pueden tenerse- como criterios jurídicos de ordenación valorativa para los estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el derecho interno con miras a armonizarlas en todo lo posible con aquellos criterios establecidos por la comisión. En tales condiciones, este deber de tomar en consideración las recomendaciones formuladas por la Comisión para adoptar medidas progresivas en favor de los derechos humanos se inserta dentro de un deber general de "respetar los derechos y libertades" contenido en el artículo 1 de la Convención, cuyo alcance ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como comprensivo del deber de "garantizar" su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción -OC N° 11/90 del 10 de agosto de 1990-" (Fallo: 321:3555, "Acosta", de los Votos de los señores Ministros Boggiano y Bosser, Párr. 14; H. 17. XXXVII. "Hagelin", del voto del señor Ministro doctor Maqueda, Párr. 15). Entendiendo, que su inaplicación en el ámbito doméstico podría implicar desvirtuar el sistema internacional de derechos humanos.

Así las cosas, estimamos que la entidad de los preceptos de orden constitucional que podrían verse afectados, la trascendencia que cabe asignar a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe 172/10 (Causa 12.561 "César Alberto Mendoza y otros", del 02.11.2010) - dictado con posterioridad a la resolución que fijó la pena de C. y que se vincula precisamente a la imposición de prisión perpetua a menores de edad y especialmente al derecho de defensa- y la consecuente responsabilidad internacional en que pudiera incurrir el Estado argentino, demandan el tratamiento del decisorio impugnado por la vía del recurso de revisión intentado, por ser ésta la más apropiada para la finalidad que persigue la impugnante.

De allí que, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General (fs. 23/26), cabe juzgar admisible la revisión interpuesta.

Así votamos.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta dijo:

1. A los fines de efectuar un relato pormenorizado de las constancias de autos, cabe indicar en primer término, que en fecha 01.10.2012 la Defensora General de Cámaras de Apelación de la Circunscripción Judicial N° 1 se presentó ante este Tribunal manifestando que había tomado conocimiento de que D. F. C. había sido condenado por sentencia firme de primera instancia a la pena de prisión perpetua por un hecho cometido cuando era aún menor de edad.

Que el Defensor General N° 4 de Santa Fe, doctor Morales, en fecha 19.09.2012, había deducido una presentación ante el Juez de Primera Instancia de Distrito Ejecución Penal de Sentencia de Coronda, peticionando: a) el traslado del menor a la Provincia de Santa Fe; b) su excarcelación; y c) la revisión y modificación de la pena a fin de que se dejara sin efecto la perpetua. Que que en fecha 20.09.2012, el menor C. ratificó ante dicho defensor y por escrito: su deseo de ser trasladado a la cárcel de Coronda; la

designación y actuación del Defensor Oficial en todo lo concerniente a la revisión de su sentencia, a través de todos los recursos disponibles, todo de acuerdo a la estrategia defensiva conversada con el mismo (f. 1). Luego, hizo lo propio en fecha 04.10.2012 respecto de todo lo actuado por la defensa oficial (f. 2)

Asimismo, en su presentación, sostuvo la Defensora General de Cámaras de Apelación de la Circunscripción Judicial N° 1 que ninguna de las dos sentencias dictadas en tal proceso penal de menores (la que había declarado su responsabilidad penal y la que había determinado pena) había sido revisada por un tribunal distinto al que la dictó.

Estimó en tal escrito que la imposición de pena de prisión perpetua a C. aparecía como excesivamente rigurosa, imponiéndose en consecuencia que se extremen los recaudos para asegurarle "...toda la vía recursiva posible y prevista por nuestro ordenamiento legal vigente y/o antecedentes jurisprudenciales afines...", mediante la cual pueda llegar a obtener una revisión de la sentencia condenatoria. Solicitó en consecuencia se le remitiera la causa principal para fundamentar su petición (f. 3v.)

2. Posteriormente, en fecha 05.10.2012, inicia formalmente ante esta Corte recurso de revisión en favor de D. F. C., contra la sentencia de fecha 01.06.2010 dictada por la Jueza de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Menores N° 2 de Santa Fe, la cual oportunamente había resuelto imponerle la pena de prisión perpetua en los términos del artículo 37 inc. "a" de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Relata la compareciente que C. había sido declarado penalmente responsable -en fecha 10.08.2009- como autor de robo calificado por el uso de arma de fuego y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía, por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado y por el uso de arma de fuego, ambos en concurso real. Refiere asimismo que ninguna de las dos sentencias fueron impugnadas por la defensa de C..

Expresa que la elección de la vía de "revisión" se funda en que es la única adecuada para el caso, teniendo en cuenta que el condenado se encuentra privado de su libertad por sentencia condenatoria penal firme, porque la aparición de elementos probatorios nuevos pueden evidenciar que C. se encuentra condenado en forma arbitraria, y en el entendimiento de que la decisión judicial que le aplicó la pena de prisión perpetua contrarió la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Maldonado" y lesionó normas de jerarquía constitucional que regulan los derechos del niño.

Agrega como fundamento del pedido de anulación de la sentencia, que constituye un hecho nuevo el dictado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del informe 172/10 que dispusiera que la imposición de prisión perpetua a menores de edad podría violar los derechos previstos en los artículos 1.1, 2, 5.1, 5.6, 7.3, 8.1, 8.2.h, 19, 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que se podría generar responsabilidad internacional para el Estado Argentino.

Postula que si bien la situación presentada no está prevista como causal en la enumeración taxativa del artículo 489 del Código Procesal Penal, el régimen restrictivo impuesto por el derecho formal "debe ceder ante un nuevo hecho excepcional, como es la intervención de un órgano internacional en caso análogo y en el ejercicio de su jurisdicción (vinculante para Argentina)", por lo que el pronunciamiento supone un hecho nuevo relevante y de tratamiento obligatorio en virtud de la potestad reconocida a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el Estado Argentino (conforme criterio de la Sala II de la C.F.C.P. en la causa "Mendoza" con cita de la Corte nacional).

Por otra parte, invoca que la sentencia del 01.06.2010 violó el derecho de defensa de C., dado que le impuso una pena de prisión perpetua por un hecho ilícito "que no guarda relación de congruencia, con el hecho ilícito que le fue atribuido en la prestación de declaración indagatoria". Concretamente, cuestiona que se lo haya condenado por homicidio triplemente agravado por alevosía, por haber sido cometido para ocultar otro delito y para asegurar el resultado y por el uso de arma de fuego, postulando que por tales agravantes nunca se pudo defender, porque nunca se le hicieron conocer (fs. 7v./8).

Asimismo, manifiesta que la pena de prisión perpetua impuesta violenta disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 37. b), toda vez que de las constancias de autos surge que no está debidamente fundada su oportunidad y conveniencia, tal como lo exige tal disposición, dado que no se valoraron sus posibilidades de resocialización, ni los efectos nocivos que un encarcelamiento tan riguroso podría acarrear en su persona, considerando que al momento de cometer el delito era una "persona en formación y vulnerable". Se agravia en la misma línea, de que no se haya ordenado en la sentencia que la pena se cumpla dentro de las condiciones que la ley 24660 prevé para los jóvenes adultos.

Finalmente, manifiesta que C. ya lleva más de cuatro años privado de su libertad por una sentencia que contiene vicios de nulidad, por lo que solicita su inmediata libertad.

3. Corrida en la misma fecha vista al señor Procurador General, el titular del Ministerio Público solicitó la remisión de los autos principales -que fuera efectivizada en fecha 18.10.2012-y la contestó ese mismo día.

En su dictamen, expresa que si bien el planteo efectuado no encuadra en ninguna de las hipótesis habilitantes de la revisión contenidas en la norma, de todos modos postula la admisión de la vía. En tal sentido, entiende que "...la entidad de los preceptos de orden constitucional que podrían verse afectados en el caso bajo análisis y la existencia de precedentes de similar índole en los que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expidiera, habilitan un prudencial apartamiento de la interpretación estricta de las causales de admisibilidad de la vía impugnativa deducida...".

Considera que en consecuencia se debe acceder a una revisión de la sentencia en lo que respecta a la imposición de la pena de prisión perpetua a C., dado que ella "...violentaría disposiciones contenidas en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y en los pronunciamientos de la

Comisión Interamericana, como asimismo en lo referente a la invocada violación del derecho de defensa..." (f. 26).

Concluye que el caso se encuentra vinculado a cuestiones constitucionales cuya trascendencia impone la necesidad de un pronunciamiento por esta Corte, por lo que debe admitirse el recurso deducido.

4. Pasados los autos a resolución de la Corte, en fecha 26.10.2012 compareció el doctor Ernesto Martín Navarro, Director de Asuntos Legales de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación -conforme Decreto Presidencial N° 1858 del 14.11.2011- y en calidad de amigo del Tribunal, acompaña la presentación que luce a fojas 32/45v.

5. Antecedentes de la causa. Por resolución del 10.08.2009, el Juzgado de Primera Instancia de Distrito de Menores N° 2 de la ciudad de Santa Fe declaró a D. F. C. como autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego (arts. 166 inc. 2°, 2° párr. del C.P.) y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía, por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado, y por el uso de arma de fuego, ambos en concurso real (arts. 80 inc. 2 y 7; 41 bis; y 55 del C.P.; fs. 964/970v., autos principales). Se notificó al imputado el 11.08.2009, al Defensor General N°4 de Santa Fe que estaba a cargo de la defensa de C. - Dr. Martínez- el 25.08.2009, a la Asesora de Menores -Dra. Mateo de Ferroni- el 08.09.2009 y a la Fiscalía N° 7 -Dr. Andrés- el 19.08.2009. No apelada la resolución, esta quedó firme.

Posteriormente, la Jueza de Menores, al considerar cumplidos los requisitos del artículo 4 de la ley 22278, por resolución del 01.06.2010, impuso a C. la pena de prisión perpetua en los términos del artículo 37 inciso "a" de la Convención sobre los Derechos del Niño (fs. 1117/1124, autos principales). Se notificó al imputado el 15.06.2010, a la Defensora General N°4 que estaba a cargo de la defensa de C. -Dra. Ojeda- el 13.06.2010, al Asesor de Menores - Dr. Cilla- el 23.06.2010 y a la Fiscalía N° 7 el 08.06.2010. Tampoco consta, de la compulsa de los antecedentes, que se hubiera recurrido, quedando, por ende, firme.

Contra esta última sentencia, según sostiene en el encabezado del escrito recursivo la Defensora General Cámaras, viene en revisión; mas del desarrollo de su presentación se desprende la objeción de ambos decisorios.

6. Admisibilidad del recurso de revisión.

6.1. De inicio, cabe señalar que conforme al artículo 489 del Código Procesal Penal de Santa Fe, la revisión "procederá, en todo tiempo y en favor del condenado, para perseguir la anulación de la sentencia firme", enunciando seguidamente los cuatro motivos específicos que taxativamente recepta para autorizar a interponerla: tales, la inconciliabilidad de la cosa juzgada; la demostración de falsedad de la prueba que originó la condena; la demostración de conductas delictivas que provocaron la condena; y la sobreviniencia de nuevos hechos o elementos de prueba.

De tal forma, se ha dicho que resulta recaudo de admisibilidad del recurso de revisión penal, la articulación de planteos encuadrados en alguna de las causales enunciadas en la citada norma, ya que según el artículo 490 del mismo digesto, éste deberá concretarse a demostrar (bajo sanción de inadmisibilidad) la inexistencia del hecho delictuoso, o de una circunstancia que contribuyó a agravar la pena, o la no comisión del delito por el condenado, o la falta de la prueba en que se basó la condena, fundado en cualquiera de los incisos del artículo anterior.

Sin embargo, atento a las particularidades relatadas en el caso, cabe excepcionar tal regla, por cuanto, tal como ya he sostenido, "...igual podrá abrirse la vía y aún acogerse el petitorio si de la condena en crisis se desprende palmariamente afectado, el valor justicia, constituyendo una regla de principio que se encuentra más allá del tipo procesal local particularmente aplicable..." (Erbeta, Daniel; Orso, Tomas; Franceschetti, Gustavo; Chiara Díaz, Carlos: "Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, comentado, ley 12734", Ed. Zeus, Rosario, pág. 755).

Y en este supuesto se presenta tal palmaria afectación.

De un lado, en tanto la defensa técnica, en el caso, omitió injustificadamente agotar los recursos legales contra las decisiones adversas a su representado, incumpliendo exigencias propias de la garantía consagrada en los artículos 18 de la Constitución nacional y 9 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, artículos 8.2.c, d, y h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14.3.b y d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que imponían el mayor celo en el ejercicio de la defensa en juicio para asegurar al menor una defensa efectiva y cierta; por otro lado, tal como lo sostuvo el señor Procurador General en su dictamen, dado que con la imposición a C. de la pena de prisión perpetua por un hecho cometido cuando aún era menor de edad, podrían verse afectados preceptos de orden constitucional y convencional, y en particular violentadas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En este sentido, no escapa al recurso de revisión verificar si las sentencias objeto de impugnación resultan compatibles con los postulados tanto constitucionales como convencionales (vgr. Convención sobre los Derechos del Niño, Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 172/10 e Informe en el caso N° 12651 del 17.06.2011 y la doctrina constitucional sentada por la C.S.J.N. in re "Maldonado" -Fallos: 328:4343-)

Ello así por cuanto, en la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución nacional, la Convención 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 resultan de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores (Fallos:328:4343); y su vulneración podría derivar en responsabilidad

internacional para el Estado argentino, circunstancia que justifica también la admisibilidad de la presente vía.

Que a ello debe sumarse, precisamente, la incidencia del Informe N° 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la necesidad de constatar, en el caso, si la imposición de la pena perpetua resulta compatible con los lineamientos y estándares internacionales derivados del relacionado marco normativo.

Vale también señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Loayza Tamayo vs. Perú" (sentencia del 17.09.1997), sostuvo que "...en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 11). Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la comisión aprueba en sus informes..." (párrafos 80-81).

6.2. Que sin perjuicio de la suficiencia de lo expuesto en el punto anterior a los fines de habilitar la admisibilidad de la vía, cabe también advertir que conforme surge del recurso de revisión presentado por la Defensora General de Cámara, y tal como ya se señaló, D. F. C. fue declarado penalmente responsable de robo calificado por el uso de arma de fuego y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado y por el uso de arma de fuego, ambos en concurso real -por resolución de fecha 10.08.2009 del Juzgado de Primera Instancia de Distrito de Menores N°2 de la ciudad de Santa Fe- y condenado luego, a la pena de prisión perpetua -por auto de fecha 01.06.2010-.

Del escrito de interposición del presente recurso, y más concretamente, al fundar el reparo sobre la incongruencia achacada en la sentencia, transcribe la impugnante los hechos atribuidos a C. en la declaración indagatoria, de donde se deriva que en éstos había también intervenido C. J. R. (fs. 7/8).

Las circunstancias detalladas en la declaración indagatoria motivaron a esta Corte a la consulta del "Sistema Informático de Consultas Penales Unificadas", a fin de conocer si se había formalizado causa penal alguna respecto de la persona señalada en la imputación referida y en su caso, su estado procesal.

Efectuada dicha consulta, pudo comprobarse que al mencionado R. se le inició un proceso penal en el cual se le atribuyó el mismo hecho por el que

fuera condenado C., desde luego, en un proceso tramitado ante el fuero penal ordinario.

En efecto, conforme surge de las copias certificadas que esta Corte tiene a la vista, por sentencia N° 543 de fecha 01.06.2009 del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia N° 2 de la ciudad de Santa Fe, se condenó a C. J. R. como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio con alevosía y "criminis causa", por el uso de arma y la intervención de un menor de edad, en concurso real con hurto a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta por igual tiempo, declarándolo reincidente por primera vez.

Apelada que fuera esa sentencia por la defensa del imputado, la Sala Cuarta de la Cámara de Apelación en lo Penal de la ciudad de Santa Fe, por decisión N° 162, de fecha 29. 09. 2009, confirmó la confirmó parcialmente, modificando la calificación respecto a R. por la de coautor de homicidio en ocasión de robo agravado y hurto en concurso real, fijándole la pena de 20 años de prisión.

La coyuntura descripta respecto de la condena del mayor R., esto es, que por el mismo hecho al menor C. se lo consideró penalmente responsable como partícipe principal del delito de homicidio "criminis causa", imponiéndosele la pena de prisión perpetua, mientras que al mayor R. se lo condenó a veinte años de prisión como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio en ocasión de robo agravado y hurto en concurso real, conlleva que el cambio de calificación efectuado por la Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe -Tribunal superior de la Jueza de Menores que condenara a C.- y la consecuente disminución de la pena impuesta, genere proyecciones jurídicas respecto del menor C..

Siendo ello así, la sentencia dictada por la Cámara de Apelación en lo Penal respecto del imputado R., configura además la hipótesis habilitante de la revisión contenida en el inciso 1° del artículo 489 del Código Procesal Penal de la Provincia.

6.3. En consecuencia, la entidad de los preceptos de orden constitucional que se advierten afectados y la posibilidad de verse comprometida la responsabilidad internacional del Estado Argentino por el incumplimiento del sistema jurídico de la justicia penal juvenil vigente, así como la trascendencia que cabe asignar como causal de revisión a la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe, en función de la conducta atribuida a R. -recuérdese, idéntico hecho a aquel por el cual se había condenado a C.-, habilitan el tratamiento de la cuestión dentro de las previsiones del recurso de revisión, por ser la única vía apta para su saneamiento.

De allí que, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General (fs. 23/26), cabe juzgar admisible la revisión interpuesta.

Así voto.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Falistocco dijo:

1. A los fines de efectuar un relato pormenorizado de las constancias de autos, cabe indicar en primer término, que en fecha 01.10.2012 la Defensora

General de Cámaras de Apelación de la Circunscripción Judicial N° 1 se presentó ante este Tribunal manifestando que había tomado conocimiento de que D. F. C. había sido condenado por sentencia firme de primera instancia a la pena de prisión perpetua por un hecho cometido cuando era aún menor de edad.

Afirmó que el Defensor General N° 4 de Santa Fe, doctor Morales, en fecha 19.09.2012, había interpuesto una presentación ante el Juez de Primera Instancia de Ejecución en lo Penal de Sentencia de Coronda, peticionando: a) el traslado del menor a la Provincia de Santa Fe; b) su excarcelación; y c) la revisión y modificación de la pena a fin de que se dejara sin efecto la prisión perpetua. Que en fecha 20.09.2012, el menor C. ratificó ante dicho defensor y por escrito su deseo de ser trasladado a Santa Fe, la designación y actuación del Defensor Oficial en todo lo concerniente a la revisión de su sentencia, a través de todos los recursos disponibles, todo de acuerdo a la estrategia defensiva conversada con el mismo, haciendo lo propio en fecha 04.10.2012 respecto de todo lo actuado por la defensa oficial. Asimismo, en su presentación, sostuvo la Defensora General de Cámaras que ninguna de las dos sentencias dictadas en tal proceso penal de menores (la que había declarado su responsabilidad penal y la que había determinado pena) había sido revisada por un tribunal distinto al que la dictó.

Estimó en tal escrito que la imposición de pena de prisión perpetua a C. aparecía como excesivamente rigurosa, imponiéndose en consecuencia que se extremen los recaudos para asegurarle "toda la vía recursiva posible y prevista por nuestro ordenamiento legal vigente y/o antecedentes jurisprudenciales afines", mediante la cual pueda llegar a obtener una revisión lo más amplia posible de la sentencia condenatoria. Solicitó, en consecuencia, que se le remita la causa principal para fundamentar su petición.

2. Posteriormente, en fecha 05.10.2012 inicia formalmente ante esta Corte recurso de revisión en favor de D. F. C., contra la sentencia de fecha 01.06.2010 dictada por la Jueza de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Menores N° 2 de Santa Fe, la cual oportunamente había resuelto imponerle la pena de prisión perpetua en los términos del art. 37 inc. "a" de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Relata la compareciente que C. había sido declarado penalmente responsable -en fecha 10.08.2009- como autor de robo calificado por el uso de arma de fuego y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía, por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado y por el uso de arma de fuego, ambos en concurso real. Refiere asimismo que ninguna de las dos sentencias fueron impugnadas por la defensa de C..

Expresa que la elección de la vía de "revisión" se funda en que es la única adecuada para el caso, teniendo en cuenta que el condenado se encuentra privado de su libertad por sentencia condenatoria penal firme, porque la aparición de elementos probatorios nuevos pueden evidenciar que C. se encuentra condenado en forma arbitraria, y en el entendimiento de que la decisión judicial que le aplicó la pena de prisión perpetua contrarió la doctrina

sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Maldonado" y lesionó normas de jerarquía constitucional que regulan los derechos del niño.

Agrega como fundamento del pedido de anulación de la sentencia, que constituye un hecho nuevo el dictado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del informe 172/10 (del 02.11.2010) que dispusiera que la imposición de prisión perpetua a menores de edad podría violar los derechos previstos en los artículos 1.1, 2, 5.1, 5.6, 7.3, 8.1, 8.2.h, 19, 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que se podría generar responsabilidad internacional para el Estado Argentino.

Postula que si bien la situación presentada no está prevista como causal en la enumeración taxativa del artículo 489 del Código Procesal Penal, el régimen restrictivo impuesto por el derecho formal "debe ceder ante un nuevo hecho excepcional, como es la intervención de un órgano internacional en caso análogo y en el ejercicio de su jurisdicción (vinculante para Argentina)", por lo que el pronunciamiento supone un hecho nuevo relevante y de tratamiento obligatorio en virtud de la potestad reconocida a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el Estado Argentino (conforme criterio de la Sala II de la C.F.C.P. en la causa "Mendoza" con cita de la Corte nacional).

Por otra parte, invoca que la sentencia del 01.06.2010 violó el derecho de defensa de C., dado que le impuso una pena de prisión perpetua por un hecho ilícito "que no guarda relación de congruencia, con el hecho ilícito que le fue atribuido en la prestación de declaración indagatoria". Concretamente, cuestiona que se lo haya condenado por homicidio triplemente agravado por alevosía, por haber sido cometido para ocultar otro delito y para asegurar el resultado y por el uso de arma de fuego, postulando que por tales agravantes nunca se pudo defender, porque nunca se le hicieron conocer.

Asimismo, expresa que la pena de prisión perpetua impuesta violenta disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 37 b), toda vez que de las constancias de autos surge que no está debidamente fundada su oportunidad y conveniencia, tal como lo exige esa disposición, dado que no se valoraron sus posibilidades de resocialización, ni los efectos nocivos que un encarcelamiento tan riguroso podría acarrear en su persona, considerando que al momento de cometer el delito era una "persona en formación y vulnerable". Se agravia en la misma línea, de que no se haya ordenado en la sentencia que la pena se cumpla dentro de las condiciones que la ley 24660 prevé para los jóvenes adultos.

Finalmente, manifiesta que C. ya lleva más de cuatro años privado de su libertad por una sentencia que contiene vicios de nulidad, por lo que solicita su inmediata libertad.

3. Corrida en la misma fecha vista al señor Procurador General, éste solicitó la remisión de los autos principales -que fuera efectivizada en fecha 18.10.2012- y la contestó ese mismo día.

En su dictamen, expone que si bien el planteo efectuado no encuadra en ninguna de las hipótesis habilitantes de la revisión contenidas en la norma, de

todos modos postula la admisión de la vía. En tal sentido, entiende que "la entidad de los preceptos de orden constitucional que podrían verse afectados en el caso bajo análisis y la existencia de precedentes de similar índole en los que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expidiera, habilitan un prudencial apartamiento de la interpretación estricta de las causales de admisibilidad de la vía impugnativa deducida".

Considera que en consecuencia se debe acceder a una revisión de la sentencia en lo que respecta a la imposición de la pena de prisión perpetua a C., dado que ella "violentaría disposiciones contenidas en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y en los pronunciamientos de la Comisión Interamericana, como asimismo en lo referente a la invocada violación del derecho de defensa".

Concluye que el caso se encuentra vinculado a cuestiones constitucionales cuya trascendencia impone la existencia de pronunciamiento por esta Corte, por lo que debe admitirse el recurso deducido.

4. Pasados los autos a resolución de la Corte, en fecha 26.10.2012 compareció el doctor Ernesto Martín Navarro, Director de Asuntos Legales de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación -conforme Decreto Presidencial N° 1858 del 14.11.2011- y en calidad de amigo del Tribunal, acompaña la presentación que luce a fojas 32/45v.

5. Antecedentes de la causa principal:

5.1 Por resolución del 10.08.2009, el Juzgado de Distrito de Menores de la Segunda Nominación de la ciudad de Santa Fe declaró a D. F. C. como autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego (arts. 166 inc. 2º, 2º párrafo del C.P.) y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía, por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado, y por el uso de arma de fuego, ambos en concurso real (art. 80 inc. 2 y 7; 41 bis; 55 del C.P; fs. 964/970, autos principales). Asimismo, se registran notificaciones al imputado (el 11.08.2009), a la Defensora General N° 4 que estaba a cargo de la defensa de C. -doctor Martínez- (25.08.2009), a la asesora de Menores -doctrora Ferroni- (el 08.09.2009) y a la Fiscalía (19.08.2009); sin advertirse la impugnación de tal sentencia.

Para así decidirlo, en aquella resolución, la Jueza consideró que "D. F. C., por su lado, confesó haber desplegado la actividad criminal que le fue adjudicada. Porque si bien en el acto de indagatoria deslindó responsabilidades en cuanto a la muerte de Gómez -también respecto de la conducción del vehículo que sirvió a la comisión del delito más grave-, en el careo llevado a cabo por la Jueza instructora acordó haber actuado como puntualmente lo relatara R. (...). Así también lo entendió la defensa técnica del menor, ante la imposibilidad de debilitar los gruesos argumentos de cargo que integran el plexo acusatorio (declaración de sus tres acompañantes, declaración de su tía Eva, de las encargadas del motel, de Enrique Fabián GÓmez que en todo momento mencionó el arma de C., que Diego le dio el arma para venderla,

que al no comprarla su padre y luego de probar su efectividad disparando `cuatro tiros (f. 608) se lo devolvió a Diego, todo sumado como ya lo dije, a la propia confesión del encartado." (f. 964).

5.2 Posteriormente, por resolución del 01.06.2010, la Jueza de Menores al considerar cumplidos los requisitos del artículo 4 de la ley 22278 impuso a C. la pena de prisión perpetua en los términos del artículo 37 inc. "a" de la Convención sobre los Derechos del Niño (fs. 1117/1124, autos principales). Luego constan notificaciones al imputado (el 15.06.2010), a la Defensora General N° 4 que estaba a cargo de la defensa de C. -doctora Ojeda- (13.06.2010), al Asesor de Menores -doctor Cilla- (el 23.06.2010) y a la Fiscalía (08.06.2010); no consta que se hubiera recurrido, quedando, por ende, firme.

Contra esta última sentencia, según sostiene en el encabezado del escrito recursivo la Defensora General de Cámara viene en revisión, mas del desarrollo de su presentación se desprende la objeción a ambos decisorios.

#### 6. Admisibilidad del recurso de revisión.

6.1. De inicio, cabe señalar que conforme al artículo 489 del Código Procesal Penal, la revisión "procederá, en todo tiempo y en favor del condenado, para perseguir la anulación de la sentencia firme", enunciando seguidamente los cuatro motivos específicos que taxativamente recepta para autorizar a interponerla: tales, la inconciliabilidad de la cosa juzgada; la demostración de falsedad de la prueba que originó la condena; la demostración de conductas delictivas que provocaron la condena; y la sobreviniencia de nuevos hechos o elementos de prueba.

De tal forma, se ha dicho que resulta recaudo de admisibilidad del recurso de revisión penal, la articulación de planteos encuadrados en alguna de las causales enunciadas en el citado artículo, ya que según el artículo 490 del mismo digesto, el mismo deberá concretarse a demostrar (bajo sanción de inadmisibilidad) la inexistencia del hecho delictuoso, o de una circunstancia que contribuyó a agravar la pena, o la no comisión del delito por el condenado o la falta de la prueba en que se basó la condena, fundado en cualquiera de los incisos del artículo anterior.

6.2 En esta tarea, conforme surge del recurso de revisión presentado por la Defensora de Cámara, D. F. C. fue declarado penalmente responsable de robo calificado por el uso de arma de fuego y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado y por el uso de arma de fuego, ambos en concurso real -por resolución de fecha 10.08.2009 del Juzgado de Primera Instancia de Distrito de Menores N° 2 de la ciudad de Santa Fe- y condenado, luego, a la pena de prisión perpetua por auto de fecha 01.06.2010.

Del escrito de interposición del presente recurso y, más concretamente, al fundar el reparo sobre la incongruencia achacada en la sentencia que declara la responsabilidad penal del menor, transcribe los hechos atribuidos a C. en la declaración indagatoria, acto procesal de donde se deriva que en el hecho también había intervenido C. J. R. (fs. 7/8).

Las circunstancias detalladas en la declaración indagatoria motivaron a esta Corte la consulta del "Sistema Informático de Consultas Penales Unificadas", a fin de conocer si se había formalizado causa penal respecto de la persona señalada en la imputación referida (Cristián R.) y, en su caso, su estado procesal.

Efectuada dicha consulta, pudo comprobarse que al mencionado R. se le inició un proceso penal en el cual se le atribuyó el mismo hecho por el que fuera condenado C., desde luego, en un proceso tramitado ante el fuero penal ordinario.

En efecto, conforme surge de las copias certificadas, por sentencia N° 543 de fecha 01.06.2009 del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal N° 2 de la ciudad de Santa Fe, se condenó a C. J. R. como autor penalmente responsable del delito de homicidio con alevosía y "criminis causa", por el uso de arma y la intervención de un menor de edad en concurso real con hurto, a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta por igual tiempo, declarándolo reincidente por primera vez.

Apelada que fuera esa sentencia por la defensa del imputado, la Sala Cuarta de la Cámara de Apelación en lo Penal de la ciudad de Santa Fe, por decisión N° 162, de fecha 29.09.2009, confirmó parcialmente la sentencia, modificando la calificación respecto de R. por la de coautor de homicidio en ocasión de robo agravado y hurto en concurso real, fijándole la pena de 20 años de prisión.

La coyuntura descrita respecto de la condena del mayor Rodriguez, esto es, que por el mismo hecho al menor C. se lo consideró penalmente responsable como partícipe principal del delito de homicidio "criminis causa", mientras que a R. se lo condenó como coautor penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo agravado y hurto en concurso real, conlleva que el cambio de calificación efectuado por la Cámara Penal de Santa Fe - tribunal de alzada de la Jueza de Menores- tenga proyecciones jurídicas respecto del menor C..

Siendo ello así, la sentencia dictada por la Cámara Penal respecto del imputado R. configura -en las especiales circunstancias de la causa- la hipótesis habilitante de la revisión contenida en el inciso 1° del artículo 489 del Código Procesal Penal.

6.3 Por otro lado, el otro supuesto que habilita la vía de la revisión es la incidencia que ostenta en el caso -y más específicamente en la sentencia que fija la prisión perpetua de C.- el informe 172/10 de la Comisión Internacional de Derechos Humanos, siendo necesario constatar si la imposición de esa pena resulta compatible con lineamientos y estándares internacionales y constitucionales comprometidos en la causa. Sabido es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Loayza Tamayo vs. Perú" (sentencia del 17 de septiembre de 1997), sostuvo que "...en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos

para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos" en el hemisferio (Carta de la O.E.A., artículos 52 y 11). Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la comisión aprueba en sus informes" (párrafos 80-81).

En similar tesitura, sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Simón" del 14.06.2005, que "tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (considerando 17, Fallos: 328:2056).

Siendo ello así, cabe tener por configurada en este liminar examen la hipótesis del artículo 489 inciso 4 del Código de forma.

6.4 En suma, la trascendencia que cabe asignar como causal de revisión a la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe, en función del proceso seguido a R. -recuérdese, el homicidio de Gómez, por el cual también fuera enjuiciado C.-, como también la entidad de los preceptos de orden constitucional y convencional que se advierten comprometidos con la consiguiente posible responsabilidad internacional del Estado Argentino por el incumplimiento del sistema jurídico de la justicia penal juvenil vigente, autorizan el franqueamiento de la revisión impetrada.

De allí que, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General (fs. 23/26), cabe juzgar admisible la revisión interpuesta.

Así voto.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Netri dijo:

1. La causa se encuentra adecuadamente reseñada entre los puntos 1 a 5 inclusive del voto del señor Ministro doctor Erbetta.

2. El supuesto que habilita la vía de la revisión es la incidencia que ostenta en el caso -y más específicamente en la sentencia que fija la prisión perpetua de C.- el informe 172/10 de la Comisión I.D.H., siendo necesario constatar si la imposición de esa pena resulta compatible con lineamientos y estándares internacionales y constitucionales comprometidos en la causa.

Sabido es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Loayza Tamayo vs. Perú" (sentencia del 17 de septiembre de 1997), sostuvo que "...en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores

esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos" en el hemisferio (Carta de la O.E.A., artículos 52 y 111). Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes", por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la comisión aprueba en sus informes" (párrafos 80-81).

En similar tesitura, sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Simón" del 14 de junio de 2005, que "tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen un imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (considerando 17, Fallos: 328:2056).

En suma, la entidad de los preceptos de orden constitucional y convencional que se advierten comprometidos con la consiguiente posible responsabilidad internacional del Estado Argentino por el incumplimiento del sistema jurídico de la justicia penal juvenil vigente, autorizan el franqueamiento de la revisión impetrada.

3. No acontece lo mismo con el restante supuesto invocado a partir del vicio de incongruencia atribuido a la sentencia de responsabilidad penal (esto es: la dictada el 10.8.2009), que no encuadra, decididamente en ningún supuesto de admisibilidad del artículo 489 del Código Procesal Penal.

Siendo ello así, esta última alegación rebasa el ámbito de cognoscitivo de la revisión del artículo 489 del ordenamiento procesal citado.

Voto, pues, por la afirmativa con el alcance establecido.

A la segunda cuestión, la señora Presidenta doctora Gastaldi y los señores Ministros doctores Gutiérrez y Spuler dijeron:

1. En tren de analizar la procedencia de la vía intentada, en primer lugar corresponde resaltar que en materia penal juvenil existe un catálogo de normas internacionales que resultan de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores.

Tales normas dan cuenta que la sanción penal en el caso de un menor solo opera como última ratio, de manera subsidiaria y sin dejar de atender el interés superior del niño.

En efecto:

La Convención Americana de Derechos Humanos regula que "nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano" (art. 5.2); que "las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados" (art. 5.6) y que "todo niño tiene derecho a las medidas de

protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (art. 19).

A su turno, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica” (art. 10.3).

Por su parte, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”, resaltando también que “los Estados partes velarán porque: a) ningún niño sea sometido a torturas ni a malos tratos o penas crueles, inhumanas 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; b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda” (art. 37). A lo que ha de agregarse que el artículo 40 de dicha Convención, establece las garantías judiciales mínimas del proceso de menores y la obligación de tener en cuenta la edad del niño y la importancia de promover su reintegración.

En igual tesitura, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) establecen que “las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible” (Regla 17.1.b) y que, por tanto, “la respuesta que se de al delito sea siempre proporcionada, no solo las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad” (Regla 17.1.a).

En orden a ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe 172/10 (02.11.2010, Causa 12.561 “César Alberto Mendoza y otros”), determinó que en aquéllos casos en los que se establezca la responsabilidad penal de adolescentes por delitos graves a los que correspondan penas privativas de libertad, el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado debe regirse por el principio del interés superior del niño, pues “una política criminal que en lo relativo al tratamiento de niños, niñas y adolescentes infractores esté orientada meramente por criterios retributivos y deje en un segundo plano aspectos fundamentales como la prevención y el fomento de oportunidades para una efectiva reinserción social, sería incompatible con los estándares internacionales en materia de justicia penal juvenil” (Cons. 154).

A partir de estas pautas rectoras, corresponde determinar si la sentencia venida en revisión por la cual se impusiera pena a perpetuidad, se encuentra

provista de la debida fundamentación de conformidad con los principios de subsidiariedad, "última ratio" e "interés superior del niño", antes enunciados.

1.1. En tal cometido, se advierte que tras constatar el cumplimiento de las pautas establecidas en el artículo 4 de la Ley 22.278, la magistrada resaltó que de acuerdo al art. 37 b) de la Convención sobre los Derechos del Niño se requiere verificar en primer lugar si resulta oportuno y conveniente la aplicación de una sanción. Seguidamente, afirmó que "surge evidente que aún con bases familiares de contención deficiente y con una historia adolescente regida por la violencia y su propia inmadurez en un medio que propicia el delito no puede pasar inadvertida la gravedad de uno de los hechos que le fueran intimados y del que también resultó culpable". Tras dicha afirmación, consideró a C. "merecedor de pena".

Así las cosas, de lo hasta aquí transcrito resulta descalificable el decisorio impugnado, pues la magistrada al fundar la aplicación de pena en la "gravedad de uno de los hechos que le fueran intimados" a C., confunde la exigencia de necesidad de pena con el merecimiento de la misma.

Tal distinción cobra relevancia, toda vez que las valoraciones vinculadas a la gravedad del hecho y al juicio sobre la prohibición penal del mismo ya fueron efectuadas por el legislador al tipificar la conducta atribuida a C., circunstancia que luego fuera ponderada para determinar su responsabilidad penal. Por el contrario, la necesidad de pena, si bien presupone el merecimiento de la misma, brinda respuesta a una segunda fase, vinculada a determinar concretamente si aquel hecho que es merecedor de pena, además necesita ser penado, para lo cual debe valorarse la ausencia, en el caso concreto, de cualquier otro medio menos gravoso disponible y eficaz.

Es que la exigencia de fundamentación respecto a la necesidad de pena resulta insoslayable, toda vez que al tratarse de un hecho cometido por un menor, el juez tiene la facultad y el deber de ponderar la misma. En efecto, como bien resalta la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Maldonado" (Fallos 328:4343) "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" (Cons. 35). Así, este mandato constitucional "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" (cons. 23), pues incluso la norma también prevé la posibilidad de que resulte innecesario aplicar una sanción, en cuyo caso el juez puede absolver al imputado (último párrafo art. 4, ley 22278).

1.2. En igual orden de ideas, cabe señalar que la Sentenciante en el decisorio impugnado también omite exponer las razones por las cuales se apartó de la aplicación de la escala punitiva reducida que establece el artículo 4 de la ley 22278.

En efecto, la magistrada para mensurar la pena aplicable precisó que “la imposición de una pena máxima requiere de argumentos verdaderamente irrefutables, en un discurso que haya desplazado por completo la característica de “ultima ratio” que la sanción privativa de libertad tiene en el cuerpo normativo vigente para los menores”. A lo que agregó “deben surgir resultados axiológicos entitativos válidos, positivos que efectivamente nos pongan frente a un sujeto sin tendencias personales a la agresión a comportamientos antisociales de carácter grave, no como en este caso a un sujeto que a pesar de un obrar delictivo, haya tenido una trayectoria en la terapia tutelar que no revela una vocación de mejora”, concluyendo que correspondía sancionar a D. F. C. con prisión perpetua en los términos del artículo 37 inc. “a” de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Tales argumentos no constituyen fundamentos suficientes en orden a justificar la necesidad de aplicar la pena máxima que nuestro ordenamiento legal prevé para el tipo de delito por el cual fue condenado. Ello así pues no basta con señalar que el imputado en la trayectoria de la terapia tutelar no revela una vocación de mejora, si junto a ello no se analiza qué medidas tutelares menos gravosas a la prisión se llevaron a cabo para intentar resocializar a C. y, en su caso, valorar cuáles fueron las causas del presunto fracaso de las mismas.

En efecto, la razón a la que recurre la Jueza para justificar la imposición de la pena de prisión perpetua y descartar así la reducción de la escala penal que prevé el artículo 4 de la ley 22.278, se encuentra totalmente despojada de una mínima valoración de la medida de reprochabilidad que por razón de su edad le cabe a C. y de sus posibilidades de autodeterminación, cuestión que cuanto menos debió referir, habida cuenta que la sentencia hace un extenso relato de la historia social y familiar del mismo.

Lo así resuelto, importó equiparar a C. con el trato que se da a los mayores, en clara contradicción al criterio del máximo Tribunal de la Nación in re “Maldonado” (arriba citado), en orden a que la reacción penal estatal debe ser inferior a la que le correspondería, en iguales circunstancias, a un adulto, pues “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” (Cons. 40).

Este tratamiento diferenciado del que prescindió la Magistrada claramente se desmarca de los principios rectores aplicables en el derecho penal juvenil, toda vez que a tenor de las convenciones respectivas los niños tanto como los adolescentes deben ser entendidos como distintos a los adultos, pues están en curso de un inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico

y de incorporación y arraigo de valores, principios, y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática. Así en la Opinión Consultiva N° 17 la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que "Las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son la mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa, se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso" (OC 17, Corte IDH).

Esta desigualdad real del menor, sustenta que deba darse un tratamiento diferenciado respecto del adulto, obligándose a adoptar medidas acordes en el procedimiento que contribuyan o promuevan la reintegración del menor. Todo conforme los lineamientos de la Convención de los Derechos del Niño, Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y la provincial Ley 12967.

A tenor de las citadas convenciones, se advierte la atinencia de los lineamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe N° 172/10, cuando señala y reconoce que si bien la pena de prisión perpetua no se encuentra prohibida en términos definitivos, de acuerdo al artículo 37 a) de la Convención sobre los Derechos del Niño, aclara respecto de la excarcelación que la misma debe examinarse en forma periódica, acorde a "la evolución del niño" (Cons. 164). Señalando que ello es así, por consideraciones de los principios generales que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado respecto de los menores contenidos en los artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como los principios fundamentales proclamados en los artículos 37 y 40.

En el caso, la imposición al justiciable de pena perpetua por hechos cometidos en su minoría de edad, en modo alguno podría convalidarse en tanto la Magistrada eludió en el examen los lineamientos y estándares internacionales precedentemente citados en el Informe 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En orden a ello,

resultan clarificadoras las apreciaciones de la Comisión en el informe referido respecto a que en materia de menores la privación de libertad debe ser aplicada únicamente como medida de último recurso y por el tiempo más breve que proceda, pues este estándar más alto de excepcionalidad respecto de la privación de libertad, implica que las autoridades judiciales encargadas de establecer las sanciones penales, deban explorar las alternativas a la privación de libertad y analizar seriamente las circunstancias particulares que en cada caso concreto hacen necesaria la aplicación de dicha sanción y no otra menos gravosa. Deberes que tienen que ser observados con especial minuciosidad cuando se impone una pena de prisión o reclusión perpetua, debido a la severidad que la misma comporta (cons. 174). Ello así pues "la posibilidad legal de excarcelación no es per se suficiente para que la aplicación

de la sanción de prisión perpetua a niños, niñas o adolescentes sea compatible con las obligaciones internacionales en materia de protección especial de los niños y de finalidad de la pena bajo la Convención Americana. En cada caso se deben evaluar las posibilidades de revisión periódica así como la estricta observancia de los principios que rigen el poder punitivo del Estado frente a niños" (Cons. 166).

Ninguna de estas consideraciones surgen del decisorio sujeto a revisión, en tanto se limita a afirmar que resulta técnicamente posible la aplicación de la pena máxima, a tenor de lo previsto por el art. 37 inc. a) de la Convención sobre los Derechos del Niño, más sin efectuar reparo alguno respecto a que por la naturaleza del delito por el que fue condenado C., resultan inviables los beneficios de libertad condicional y de salidas transitorias, a tenor de las prohibiciones estatuidas en el artículo 14 del Código Penal y en el artículo 56 bis de la ley 24.660, respectivamente. Sin que por lo demás, se advierta que la sola mención o alusión a la excarcelación, pudiera compadecerse con el criterio de "examen periódico", ni con los principios de "mínima intervención" y proporcionalidad. En consecuencia, no obstante que el delito por el cual se lo condenara a C. prevé la pena absoluta de prisión perpetua, tal como lo señalara la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, en la causa "Mendoza": "la única forma de compatibilizar la sanción con los estándares de mínima intervención, resocialización, última ratio, subsidiariedad e interés superior del niño que rigen en la materia de acuerdo a los parámetros ya explicitados, era decidir acerca de la aplicabilidad de la escala reducida de la tentativa en los términos del artículo 4 de la ley 22.278" (C.F.C.P., Sala II, Causa N° 14.087, del 19.09.2012).

Por lo expuesto, y en salvaguarda de los derechos fundamentales de mínima intervención, proporcionalidad y culpabilidad involucrados, corresponde hacer lugar al recurso de revisión de la condena de prisión perpetua impuesta a C., la que se deja sin efecto.

1.3. Si bien la Defensora General de Cámara en el encabezado de su escrito recursivo sindicó que viene en revisión contra la sentencia que impuso a C. pena a perpetuidad. Lo cierto es, como ya se adelantara, que del desarrollo de su presentación se desprende la revisión de ambos decisorios.

En tal cometido, y respecto de la sentencia que declaró la responsabilidad penal del inculcado, no puede soslayarse que la misma es consecuencia de evidentes y manifiestas transgresiones a derechos y garantías constitucionales durante el "iter procesal", vinculadas estrechamente a la defensa efectiva, lo que se evidencia en forma inmediata y directa de la compulsión de los antecedentes a la vista.

Así a fojas 629 de los autos principales, consta que en el careo con su coimputado (el mayor R.) el menor se autoincrimina, sin defensa técnica, ni asesor de menores, ni padres, rectificando la versión de su indagatoria y autoadjudicándose allí la autoría del homicidio. Pero es el caso, que el inculcado careció además de toda defensa probatoria, pues el defensor no ofreció prueba ni controló las declaraciones de los deponentes. E

inexplicablemente sumado a ese abandono de la defensa, al momento de corrérsele traslado de la acusación fiscal, el funcionario que inasistió al careo y autoincriminación; en una carilla luego de un racconto de elementos incriminantes admitió la autoría de su asistido, afirmando en suma: que atento la confesión del accionar por parte del menor en el careo, sumado a los demás elementos probatorios, se sentía "obligado a admitir su autoría así como la calificación pretendida" (f. 756). Es decir, abandonó la defensa para luego admitir la autoría del menor con sustento en el acto de autoincriminación, al que no asistió. Todo con transgresión a las exigencias de su ministerio.

Que a la luz de lo expuesto, nítidamente se advierte que en la etapa en examen, el justiciable careció de defensa material efectiva, frustrándose no sólo su acceso a instancias recursivas (art. 8.2.h C.A.D.H.) sino acumulando afectaciones groseras y en perjuicio de la defensa del justiciable (arts. 18 C.N.; 9 C. Prov.; 8.2.c y d C.A.D.H.), vicios éstos que por su entidad y manifiesta evidencia autorizan -excepcionalmente- a propiciar la anulación del decisorio e instancias procedimentales a partir del mismo acto de autoincriminación formulado en el careo.

En virtud de lo anterior, consideramos inoficioso analizar otras cuestiones alegadas por la presentante.

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de revisión de la primera resolución de fecha 10.08.2009 dictada por el Juzgado de Distrito de Menores por la cual se declarara la responsabilidad penal de C., anulándose el decisorio e instancias procedimentales a partir del acto autoincriminatorio.

2. En el contexto enunciado, y ante las irregularidades observadas en el proceso seguido contra el menor C., se impone correr vista de todas las actuaciones al señor Procurador General a los fines de iniciar las investigaciones que correspondan.

Por ello, votamos por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta dijo:

1. Sabido es que con la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a la Carta Magna, el control de constitucionalidad evolucionó hacia un control de convencionalidad.

En tal sentido, se ha sostenido que "...cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por el efecto útil de la Convención, que no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad ex officio" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes... O sea, los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como

de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana" (Corte I.D.H. en casos: "Myrna Mack vs. Guatemala", del 25.11.2003; "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", del 26.09.2006 y "Trabajadores Cesados del Congreso - Aguado Alfaro y otros- vs. Perú", del 24.11.2006).

En este marco, "...los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen criterios jurídicos valiosos de interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la Convención Americana, que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno armonizadas con aquéllas" (Fallos:326:3268, voto del señor Ministro Dr. Maqueda).

## 2. Debido proceso y derecho de defensa.

Los motivos de revisión conllevan inexorablemente a efectuar una compulsa de lo actuado en el proceso en que ha sido condenado a prisión perpetua C., el cual -adelanto- no cumple con las garantías mínimas que exigen la Constitución nacional y provincial y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, de igual jerarquía.

En efecto, las violaciones al debido proceso constitucional y su correlato, el derecho a una defensa efectiva y cierta, que destituyen a la sentencia como acto jurisdiccional válido son:

2.1. La afectación al principio de congruencia, en tanto tal como lo pone de relieve la Defensora General de Cámaras, en la declaración indagatoria de C., prestada con la presencia del Asesor de Menores, doctor Carlos Ibarra, no estando presentes sus padres, se omitió intimar la base fáctica de las agravantes (alevosía y criminis causa) por las que luego resultara condenado. Este vicio se plasma en la acusación y termina anidando en la sentencia ahora objeto de revisión, en tanto se lo condena por agravantes del homicidio que no habían sido atribuidas, por lo que cabe reiterar aquí lo ya sostenido por esta Corte en orden al alcance del principio de congruencia como derivado del derecho de defensa (cfr. A. y S., t. 232, págs. 312/325 y 381/385; t. 244, págs. 23/28; t. 245, págs. 395/410, entre otros).

## 2.2. La efectiva y real carencia defensiva sufrida por el imputado C..

De la compulsa de la causa se advierte que:

a) Si bien C. fue asistido, en oportunidad de su declaración indagatoria, por el Asesor de Menores -Dr. Claudio Ibarra-, el careo con el coimputado mayor de edad (tío del menor), en el que C. se rectifica respecto de lo declarado en la indagatoria y se autoincrimina en orden a la autoría del homicidio (f. 629 de los autos principales), se llevó a cabo sin la presencia de su abogado defensor, ni de sus padres.

b) El padre de C. designó posteriormente como abogada defensora a la doctora Patricia Hidalgo (f. 660 de los autos principales), quien luego de ser notificada del traslado para contestar la requisitoria de elevación a juicio (fs. 684 y 686 de los autos principales), presentó su renuncia al cargo aduciendo que no podía contactarse con la familia de C. (f. 706 de los autos principales).

c) A foja 707 de los autos principales C. designa nuevamente al doctor Claudio Ibarra, quien a foja 709 de los autos principales resigna el cargo por haber asesorado en la misma causa a la coimputada Yésica Yanina Chemez, por lo que se designa al Defensor General N° 4, doctor Antonio Martínez (f. 753 de los autos principales), quien contesta la requisitoria de elevación a juicio en los siguientes términos: "...atento a la lisa y llana confesión de su accionar que efectuara C. en su careo (...) unido a los demás elementos probatorios colectados en la causa, me veo obligado a admitir su autoría así como la calificación pretendida..." (cfr. fs. 756/757 de los autos principales).

d) Abierta la causa a prueba a foja 940 de los autos principales, se notifica a la defensa y se procede a la clausura del período probatorio a foja 943, sin que ninguna de las partes ofreciera prueba alguna, tanto es así que ante la ausencia de ofrecimiento de pruebas se omitió la audiencia prevista en el artículo 95 Código Procesal del Menor.

e) En fecha 10.08.2009 la Jueza de Primera Instancia de Distrito de Menores N° 2 declaró a D. F. C. autor penalmente responsable de robo calificado por el uso de arma de fuego y partícipe principal de homicidio triplemente agravado y notificada la sentencia al defensor, doctor Antonio Martínez, y a la Asesora de Menores, doctora Mateo de Ferroni (ambos a f. 971 de los autos principales), no dedujeron impugnación alguna.

f) En la sentencia se fundamentó la conclusión condenatoria en la declaración indagatoria de C., en los interrogatorios sumarios prestados en sede policial y posteriores indagatorias de los coimputados en el hecho, en el careo y actuaciones prevencionales en general, que dan cuenta de declaraciones policiales, sin que ninguno de estos elementos probatorios fuera sometido a control de parte.

g) En su oportunidad, la Fiscalía N° 7 solicitó la aplicación de la pena de prisión perpetua (fs. 1053/1054 de los autos principales), mientras que el defensor contestó tal pretensión peticionando la no aplicación de pena e invocando la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing y los informes socio ambientales practicados (fs. 1057/v. de los autos principales).

h) El 23.02.2010 se corrió vista a la Asesora de Menores Delia Mateo de Ferroni (f. 1065 de los autos principales), quien expresó que debía actualizarse el informe psicológico para luego disponerse un nuevo traslado a los fines del artículo 100 del Código Procesal del Menor. Cumplimentado tal requerimiento (fs. 1066/1068), se omitió correr nueva vista a la Asesora de Menores, en los términos del artículo 100 del Código Procesal del Menor y, en su lugar, a pesar de las consecuencias de tal omisión, se procedió directamente al llamamiento de autos el 31.03.2010, notificándose la Defensora General N°4, doctora Nilda Ojeda y el defensor General N° 6 -Dr. Morales- en reemplazo de la Asesora de Menores -Dra. Mateo de Ferroni- (f. 1078 de los autos principales).

i) En fecha 01.06.2010 la Jueza de Primera Instancia de Distrito de Menores N° 2 de Santa Fe resolvió aplicar a D. F. C. la pena de prisión perpetua en los términos del artículo 37 inciso "a" de la Convención sobre los Derechos del Niño - fs. 1117/1124 de los autos principales-, resolución de la cual se notificaron el

Fiscal N° 7, la Defensora General N° 4 por el imputado C., la Asesora de Menores N°1 (fs. 1124/v. de los autos principales) y el propio imputado a foja 1125 que se negó a firmar. Conforme las constancias de la causa, dicha sentencia no fue apelada por la defensa de C. ni por la Asesora de Menores.

Las actuaciones reseñadas dan cuenta que los sucesivos defensores de C. jamás cuestionaron acto procesal alguno, no ofrecieron prueba, ni controlaron la validez de la pretendida como prueba de cargo y no impugnaron ninguna de las decisiones adversas a su defendido, limitándose a convalidar irregularidades procesales -a las cuales habían contribuido-y a admitir lisa y llanamente la autoría y la calificación legal, todo lo cual importa una efectiva violación al derecho de defensa en juicio en un proceso en el que - legalmente, no así constitucionalmente- podía llegar a aplicarse al menor C., tal como finalmente ocurrió, una pena de prisión perpetua.

Por supuesto que la confusa sucesión de defensores que asistieron a C. en nada coadyuvó a su defensa efectiva a lo que cabe agregar que la intervención de la Defensa Oficial impone una mayor rigurosidad en la concreción de esa garantía en tanto se trató -en gran medida del proceso- de una tarea a cargo de un órgano estatal (cfr. criterio de Fallos: 332:1095, cons. 5)

Y en ese contexto también debe hacerse referencia a la falta de intervención de la Asesora de Menores actuante respecto a la necesidad de imposición de pena a C.. Ello es así, por cuanto la Funcionaria solicitó un informe psicológico actualizado del menor, posteriormente se practicó el mismo sin que tuviera nunca oportunidad de expedirse sobre el juicio que le corresponde efectuar de acuerdo a la ley al no correrse el traslado pertinente luego de la incorporación del informe peticionado, circunstancia advertida y mencionada por la propia Jueza en el fallo (f. 1117v. de los autos principales). De todos modos, quien se notificara en reemplazo de la Asesora de Menores del llamamiento de autos para sentencia -Dr. Morales-no cuestionó tal omisión (f. 1078 de los autos principales), así como el Asesor de Menores que se notificó del fallo -Dr. Cilla-, no lo impugnó (f. 1124v. de los autos principales).

Cabe aclarar, que no se trata de reprochar la adopción de una determinada estrategia defensiva (cfr. criterio de Fallos: 327:5095), sino de advertir que lo acontecido en el caso importa un inadmisibles menoscabo al derecho de defensa en juicio del acusado, desde que ha carecido de una asistencia efectiva. Ello es así por cuanto en realidad la tutela de dicha garantía importa que su ejercicio "...debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal que asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio..." (Fallos: 330:3526).

En el mismo sentido, la Corte nacional ha dicho que la garantía de defensa en juicio posee como una de sus manifestaciones más importantes el aseguramiento de una defensa técnica eficaz a todo justiciable, manifestación ésta que, para no desvirtuar el alcance de la garantía y transformarla en un elemento simbólico, no puede quedar resumida a un requisito puramente formal, pues no es suficiente en este aspecto con que se asegure la posibilidad

de que el imputado cuente con asesoramiento legal, sino que éste debe ser efectivo (Fallos:329:4248).

En el caso, el estado de indefensión de C. ha sido palmario y es verificable que hubo una defensa formal pero no efectiva, ni cierta, contrariando el alcance de la garantía prevista en el artículo 18 de la Constitución nacional, artículo 9 Constitución provincial de Santa Fe, artículos 8.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 40 Convención sobre los Derechos del Niño, así como los estándares mínimos derivados de la doctrina constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 329:4248; 332:1095; 311:2502, 319:1496).

Téngase en cuenta que no sólo se trata de un menor que ha sido condenado bajo la apariencia de un proceso, sino que también la intervención de esta Corte se justifica a partir de que resulta un criterio afincado en el más Alto Tribunal de la Nación aquel según el cual "...constituye un requisito previo emanado de su función jurisdiccional el control, aún de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional no podría ser confirmada..." (Fallos: 306:2088; 312:579).

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de revisión de la primera resolución de fecha 10.08.2009, por la cual se declara la responsabilidad penal de C., la que se deja sin efecto, correspondiendo remitir los autos al Juzgado correspondiente, a fin de que a los fines de que se tramite nuevo proceso desde el último acto válido -declaración indagatoria-, a cuyo efecto se acompaña copia de la resolución.

### 3. Derecho al recurso.

Tal como se advirtiera en relación a la lesión constitucional vinculada al ejercicio de la defensa técnica, ni la sentencia que declara su responsabilidad penal, ni la que lo condena a la pena de prisión perpetua han sido revisadas por un tribunal superior en los términos de los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño (cfr. los lineamientos del caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", del 2.07.2004, C.I.D.H.).

En consecuencia, en el caso se ha afectado -como se dijo- el derecho a la doble instancia y a una revisión judicial amplia de ambas sentencias (cfr. el criterio de este Tribunal en A. y S. T. 229, pág. 352 y su jurisprudencia consecucional), dado que a pesar de que se lo declaró penalmente responsable por su participación en hechos de extremada gravedad y se le impuso luego la pena más grave prevista en el ordenamiento jurídico, ni la defensa que lo representara, ni la Asesora de Menores impugnaron ninguno de los pronunciamientos (art. 124 C.P.M.).

### 4. Pena impuesta

4.1. Respecto de la pena propiamente dicha a la cual fue condenado el menor C., cabe reiterar aquí, en primer lugar, lo afirmado en mi voto in re "Castañeda" (A. y S. t. 246 págs. 331/343), oportunidad en la cual sostuve

que no podía soslayarse que la pena privativa de libertad “realmente perpetua” lesiona la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaría graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaría incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el artículo 18 de la Constitución nacional (Fallos 329:2440; disidencia del señor Ministro doctor Zaffaroni en Fallos:333:866 y 334:1659), aun cuando en el caso reseñado, se rechazó el agravio relativo a la inconstitucionalidad de la prisión perpetua por falta de actualidad.

Ese entendimiento desde los principios constitucionales y convencionales (intangibilidad y dignidad de la persona humana, racionalidad y proporcionalidad de la respuesta punitiva, prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes, resocialización y, en el caso de niños, además, la reintegración del niño y la asunción de su función constructiva en la sociedad; cfr. arts. 1, 18 y 19 de la C.N., art. 5 C.A.D.H., art. 7 y 10 del P.I.D.C.P y arts. 37, 39 y 40 de la C.D.N.), en orden a la inadmisibilidad en el ordenamiento jurídico argentino de penas efectivamente perpetuas, se impone además en función del artículo 1 de la ley 24660, de modo que cuanto más larga sea la duración de una pena, tanto más difícil será la reinserción.

De otra parte, el propio principio republicano impone que toda afectación o pérdida de un derecho como consecuencia de la comisión de un delito tenga un límite temporal, no siendo admisible que de un delito emerja una consecuencia jurídica de por vida, en tanto ello implicaría, por vía operativa, la consagración de una “capitis diminutio” o la muerte civil y la consecuente degradación de la persona humana y su dignidad.

Nuestra más calificada doctrina nacional ha establecido que la pena perpetua, como principio, presupone la posibilidad de segregación definitiva de un sujeto del cuerpo social, lo cual está en pugna con las Convenciones de Derechos Humanos incorporadas recientemente a nuestra Constitución (art. 75 inc. 22, C.N.). Especialmente los incisos 2 y 6 del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al proscribir el primero “las penas crueles o inhumanas” y al establecer el segundo que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”, de modo que la “rehabilitación social” es incompatible con la existencia de penas privativas de libertad que se autodefinan como eternas (en esta misma línea, en principio, Eugenio R. Zaffaroni: “Tratado de Derecho Penal”, Parte General, t. V, nº 594, págs. 111 y sgtes., ya antes de la reforma constitucional).

4.2. Desde el punto de vista del control de convencionalidad de la pena de prisión perpetua en los términos de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 40.2.b.1, 40.4 y 40.1 in fine), deriva la incompatibilidad de la prisión perpetua con los artículos 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la regla 17 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), el Informe N° 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así

como la doctrina constitucional sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Maldonado" (Fallos:328:4343).

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó que "...el Estado de Argentina es responsable internacionalmente por mantener en vigencia un sistema de justicia adolescente que permite que éstos sean tratados igual que los adultos infractores. Ello llevó a que César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández, fueran condenados a las penas de prisión y reclusión perpetuas por hechos que ocurrieron cuando aún eran niños. Esta condena se impuso en desconocimiento de los estándares internacionales aplicables en la materia de justicia penal juvenil, en particular, la privación de libertad únicamente como medida de último recurso y por el tiempo más breve que proceda, así como la obligación de asegurar una revisión periódica de la posibilidad de excarcelación, tomando en especial consideración la finalidad resocializadora de la pena. De esta manera, las penas de prisión y reclusión perpetuas, fueron impuestas de forma arbitraria y resultaron incompatibles con la Convención Americana..." (Informe N° 172/10).

4.3. Ya en el fallo "Maldonado" la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo "...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. 1 Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. 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..."; (cfr. considerandos 38 y 40).

En tal sentido, se ha afirmado que con relación a los niños en la situación de la ley 22.278, "los tribunales, al respecto, están obligados a atender, como consideración primordial, al interés superior del niño, llevando a cabo una "supervisión adecuada" (ídem, art. 3), sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que "garantizar" los derechos humanos implica para el Estado el deber

de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de aquéllos ("Giroidi y otro", Fallos:318:514, 530, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) (LA LEY, 1995-D, 462), lo cual comprende el ejercicio del "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas aplicables en concreto y los tratados internacionales enunciados en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional ("Mazzeo", Fallos:330:3248, 3297, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) (LA LEY, 2007-D, 426). Es función elemental y notoria de los jueces hacer cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo que sufra un menor en la situación mencionada de sus derechos constitucionales, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio..." (del voto del señor Ministro doctor Petracchi en Fallos:331:2691).

También agregó la Corte Suprema de Justicia de la Nación 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..." (Fallos: 328:4343, considerando 40).

De la misma manera, es decir, en una contextualización normativa adecuada del artículo 4 de la ley 22278, que establece la reducción de pena, junto a los derechos y garantías que reconocen las disposiciones de los Tratados Internacionales, corresponde dejar sentado que el mismo sólo puede ser interpretado y aplicado en estricta correspondencia con el principio de culpabilidad disminuida.

De allí que existe un deber de justificar la imposición de la pena y de explicar los motivos en virtud de los cuales se aplicará o no la escala reducida del artículo 4 de la ley 22278. Todo ello se deriva de los principios de "última ratio", subsidiariedad e interés superior del niño que rigen cuando se trata del juzgamiento de menores. Para alejarse de dicha reducción o, en su defecto, de la absolución -cuando las circunstancias estén dadas- deberán analizarse concretamente los parámetros referidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ya referido precedente "Maldonado" (legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, necesidad y mínima intervención), pues de no ser así, la aplicación de la sanción escapará a la finalidad de la "última ratio" del derecho penal (cfr. art. 37 inc. b de la C.D.N., que establece "Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que

proceda"); (cfr. criterio de la Sala II, Cámara Federal de Casación Penal, in re "Mendoza, César Alberto y otros s/recurso de revisión", 21.08.2012).

Así también surge de imperio referirse a lo expresado por nuestro Más Alto Tribunal en el fallo "García Mendéz" -de fecha posterior a las sentencias del caso- en cuanto sostuviera que: "... el deber del Estado de respetar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incumbe a cualquier poder y órgano, independientemente de su jerarquía, so pena de incurrir en responsabilidad internacional (Caso "Última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)" Serie C 73, sentencia del 5 de febrero de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) (LA LEY, 2001-C, 135). No se deja de apreciar entonces, que todos los órganos del Estado deben asumir los roles de garante (art. 1.1 Convención Americana), que a cada uno, de acuerdo a sus atribuciones constitucionales y legales, les corresponde. Así, entre "las medidas de otra índole" que el Estado debe arbitrar para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención (art. 2) se inscriben las sentencias judiciales. Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial al interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención (Fallos:318:514). En coincidencia, entonces, con los estándares internacionales ya señalados, les corresponde a los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción, que implica escucharlos con todas las garantías a fin de hacer efectivos sus derechos (conf. arts. 12.2 y 40.2.b de la Convención sobre los Derechos del Niño)... (Fallos: 331:2691, considerando 10).

Asimismo, la expresión "interés superior del niño", según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ".implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y la aplicación de normas de todos los órdenes relativos a la vida del menor..." (Opinión Consultiva N° 17/02).

En el mismo sentido, no puede obviarse que la ley 26061 proyecta una trascendencia fundamental en la materia que se debate en el presente caso, en la medida que, en su artículo 2, dispone que ".La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad.." y que mediante la reglamentación de su artículo 19, que reconoce el derecho a la libertad, se establece que en su aplicación deben considerarse parte integrante de dicha norma las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990 (Reglas de La Habana), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, las

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990 y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990 (Anexo del Decreto N° 415/06), por lo que ha incorporado al derecho interno, otorgando plena operatividad, un conjunto de instrumentos internacionales que precisamente tienen por finalidad limitar el poder punitivo del Estado.

Por tanto, no puede relativizarse la incidencia de la ley 26.061 -y también de la ley provincial 12967 que adhiere a ella- en materia penal juvenil toda vez que, en función de las pautas interpretativas sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente de Fallos: 331:2691, la ley 22278 debe ser aplicada dentro de los límites impuestos por la ley 26061.

4.4. Que a la luz de lo expuesto, la imposición a C. de la pena de prisión perpetua en los términos del artículo 37 inciso a de la Convención sobre los Derechos del Niño (fs. 1117/1124 de los autos principales), carece de motivación y no resulta compatible con los postulados constitucionales y convencionales. Es que, en la sentencia se omitió justificar la prescindencia de la pena reducida, conforme la escala de la tentativa, y valorar de qué manera resultaba adecuada para promover la reintegración del menor, por lo que, además de apartarse de los estándares internacionales, se equiparó al joven con el trato que se da a los mayores, sin considerar su estatus diferenciado.

Asimismo, el propio razonamiento de la Magistrada luce autocontradictorio, dado que si bien cita la norma convencional que en realidad dispone que " .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...", no se hace cargo de los términos de tal norma, y no prevé en modo alguno la modalidad en la cual se deberá efectivizar en el caso la revisión periódica de la pena impuesta a los fines de evaluarse la "posibilidad de excarcelación" que ella exige.

De este modo, si bien intenta compaginar la pena impuesta con los términos de la Convención, luego en la parte resolutive del fallo, al no referir en absoluto al modo en que se efectivizaría la revisión periódica de la pena impuesta, convalida la imposición de una pena perpetua en las condiciones establecidas por el Código Penal argentino para delitos cometidos por mayores de edad, lo cual, tal como lo ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe N° 172/10, no satisface el requisito convencional de examen periódico.

A ello debe sumarse que la situación del menor C. es aún más gravosa que la del menor Maldonado abordada en el fallo de la Corte nacional, y de la de los menores que motivaran el referido informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, puesto que el hecho por el cual se lo condenó a C. a pena de prisión perpetua tuvo lugar el 29.08.2007, siendo aplicables las modificaciones introducidas al régimen de la libertad condicional por la ley 25.892 (B.O. 26.5.2004) y al artículo 56 bis de la ley 24.660 por ley 25.948

(B.O. 12.11.2004) por lo que, no podría acceder al beneficio de la libertad condicional, ni a los beneficios penitenciarios del período de prueba previstos en la ley 24.660.

Es decir, si ya la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que, teniendo en cuenta las previsiones del artículo 13 del Código Penal en su redacción anterior a la ley 25892, "el lapso de 20 años sin que las autoridades judiciales puedan ejercer una revisión individualizada del desarrollo en el proceso de resocialización y, como consecuencia de un resultado positivo en dicha revisión, disponer la liberación de una persona condenada por hechos ocurridos antes de cumplir 18 años de edad, es per se, irrazonable y contrario al requisito de periodicidad...", muchísimo más grave se presenta la situación cuando el sistema previsto por la ley penal que le sería aplicable, - independientemente de la cuestión de su inconstitucionalidad ya referida- no prevé absolutamente ninguna posibilidad de liberación anticipada.

4.5. Como si fuera poco, la omisión apuntada que, en el punto, debilita la decisión jurisdiccional al límite de su invalidez, se ve agravada por la circunstancia de que para aplicar la pena de prisión perpetua, la Sentenciante aludió, además, a consideraciones de tinte peligrosista, apartándose de la doctrina constitucional fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Maldonado".

Es que, no obstante que el delito por el cual condenó a C. prevé la pena de prisión perpetua "...la única forma de compatibilizar la sanción con los estándares de mínima intervención., resocialización, última ratio, subsidiariedad e interés superior del niño que rigen la materia, era decidir acerca de la aplicabilidad de la escala reducida de la tentativa en los términos del art. 4 de la ley 22.278..." (en tal sentido causa "Mendoza y otros s/recurso de revisión", C.F.C.P., Sala II).

No está de más señalar que el hecho de que la norma del artículo 4 de la ley 22278 refiera a la reducción de la pena al grado de la tentativa bajo la frase "...pudiendo reducirla...", no enerva ni desvirtúa los principios de legalidad, especialidad, ni la finalidad protectora, en tanto las facultades judiciales no pueden ejercerse bajo ningún aspecto en detrimento de los derechos y garantías reconocidos a los niños en las normas convencionales incorporadas a la Constitución nacional, que operan como un claro límite frente a cualquier discrecionalidad que pretenda ejercerse en aras del poder punitivo del Estado.

4.6. Por tanto, la condena a C. por hechos cometidos siendo menor a pena de prisión perpetua ha sido impuesta en desconocimiento de los estándares internacionales aplicables en la materia de justicia penal juvenil, lo que determina la nulidad en este aspecto de la pena impuesta, haciéndose por ende lugar a la revisión también en relación a esta segunda sentencia.

5. El fallo de la Sala IV de la Cámara Penal de Apelación en lo Penal de Santa Fe y su proyección al caso.

Que sumado a todo lo anterior, corresponde analizar también la incidencia que, en el presente caso, deriva de la sentencia dictada por la Sala IV de la Cámara Penal de Apelación, en autos "R., Cristián José y otros s/Homicidio con

alevosía y criminis causa, agravado por el uso de arma de fuego y la intervención de un menor de edad en concurso real”, Expediente N° 488/09, circunstancia que permite advertir la configuración de una hipótesis de revisión, la prevista en el artículo 489, inciso 1 del Código Procesal Penal.

Es que, por la muerte de Rogelio Leoncio Gómez se sustanciaron dos causas en forma paralela -dada la edad de los imputados- y por ello correspondió intervenir a dos Tribunales distintos: de Menores para C. y en lo Penal de Distrito para C. J. R.

Con relación al trámite observado en el segundo fuero indicado, se advierte que el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia N° 2 de Santa Fe, condenó a C. J. R. como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio con alevosía y “criminis causa”, por el uso de arma y la intervención de un menor de edad, en concurso real con hurto a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta por igual tiempo y costas, declarándolo reincidente por primera vez.

Ante la apelación de la defensa técnica, mediante sentencia del 29.09.2009, la Sala Cuarta de la Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe confirmó parcialmente dicho pronunciamiento, modificando la calificación legal por la de coautor de homicidio en ocasión del robo, agravado por la utilización de arma de fuego y participación de un menor de 18 años e imponiéndole la pena de 20 años de prisión.

Para considerar la variación de la calificación legal, se juzgó que “...no se encuentra demostrado que el designio de ambos autores del hecho haya sido el de quitarle la vida a la víctima como forma de consumir o de ocultar el robo de sus pertenencias, y en especial del automóvil...”.

En tanto, en la sentencia emitida por la Jueza de Menores, el 10.08.2009, se entendió que se había demostrado la participación del menor D. F. C. en el mismo homicidio triplemente agravado por el uso de arma de fuego y su comisión con alevosía, y por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurarse resultado “...pero no la atribución del mismo a C. en calidad de autor...”, encuadrando finalmente su conducta como partícipe principal en los artículos 80 incisos 2 y 7, y 41 bis del Código Penal, todo en concurso real en los términos del artículo 55 del Código Penal.

La inconciabilidad de las premisas fundamentales de las sentencias para calificar la conducta de ambos condenados luce clara.

Por un lado, la Jueza de Menores condenó a D. C. por su participación en un homicidio agravado con alevosía y por homicidio “criminis causa” (arts. 45, 80 incs. 2 y 7 del C.P.), figuras típicas que se caracterizan por exigencias objetivas (en la alevosía, una situación de indefensión) y, sobre todo, subjetivas particulares (tanto para la alevosía como el “criminis causa”).

Mientras que Sala Cuarta de la Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe condenó a Cristian R. por resultar coautor del delito homicidio en ocasión de robo (arts. 45 y 165 del C.P.), descartando que R. y C. hubieran actuado con los aspectos subjetivos descriptos en las figuras antes indicadas.

No se trata de una apreciación distinta sobre las normas involucradas (ciertamente posible a la luz de las discusiones doctrinales y jurisprudenciales

en torno al alcance del artículo 165 del C.P.), sino de la consideración contradictoria sobre la misma conducta de C. y el hecho común realizado, que trae consigo una causal de escándalo jurídico con tal relevancia que permitió la imposición de una pena de prisión perpetua a un menor y, sorprendentemente, una respuesta penal más benigna al mayor.

Vaya como disgresión que se configuró la paradójica situación de que por el mismo hecho se agravó la calificación legal (art. 41 quater del C.P.) del mayor (R.) por la intervención de un menor (C.) pero se le aplicó a este último una pena superior.

En definitiva, y por estas razones, corresponde también hacer lugar al recurso de revisión interpuesta.

6. Finalmente, conforme a la situación configurada en autos, en donde se ponen al descubierto distintas violaciones a la garantía constitucional de la defensa en juicio y el incumplimiento de deberes funcionales, corresponde a esta Corte Suprema disponer, por intermedio de su Secretaría de Gobierno, previa extracción de copias, la instrucción de sumario administrativo respecto de los Funcionarios y Magistrada que actuaron en la causa, a la par de informar al Colegio de Abogados de la ciudad de Santa Fe todo lo relacionado con la actividad de los letrados intervinientes a los fines que corresponda.

Tal circunstancia viene dada en el caso de los Defensores no sólo por la falta de interposición de los recursos de apelación, sino por todas las falencias apuntadas en el ejercicio de su ministerio - cfr. punto 2.2-.

Dicha obligación funcional surge de expresos mandatos constitucionales y convencionales, en especial del contenido y alcance del derecho de defensa como correlato del debido proceso constitucional y así lo ha entendido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos:327:5095, 329:4248, 330:3526, 330:5052, 333:1469, 333:1789, entre muchos otros).

Por su parte, el artículo 145 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al regular las atribuciones y deberes de los Defensores Generales, dispone expresamente, en el inciso 9, el deber de agotar los recursos legales contra las resoluciones adversas a sus representados, consintiéndolas solamente cuando juzgan perjudicial la prosecución de la causa, situación que no se vislumbraba en absoluto presente en el caso.

Igual consideración vale, tanto para los Asesores de Menores, como para el Fiscal de la causa - cfr. criterio de la C.S.J.N. en el fallo "Portillo" del 11.03.2008, cons. 4 del Dictamen del Procurador (LA LEY, 1989-C, 405) al que remitió el voto de la mayoría-, en tanto la ley les impone la obligación de controlar la legalidad del proceso (arts. 66 C.P.P. según ley 6740 y 142 L.O.P.J.) y, además, en el caso particular de los Asesores de Menores, de velar por los derechos de los menores (art. 149 L.O.P.J.).

Tampoco esta Corte puede dejar de mencionar la actividad de la Jueza actuante, quien frente a la constatación de tantas omisiones defensivas incumplió con los mínimos deberes funcionales de extremar los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio de defensa en juicio, separando a los Defensores por la negligencia manifiesta en su actividad, comunicando al Procurador General e instando la designación de otro Defensor, pues además

de no hacerlo, terminó convalidando la actuación de todos los letrados frente a un proceso inconstitucional, tal como además lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al afirmar que el deber de garantizar a toda persona sometida a proceso penal un auténtico patrocinio, como el exigido por el artículo 18 de la Constitución nacional, " .no es función exclusiva de esta Corte, sino que debió ser resguardada por los tribunales de las instancias anteriores a los cuales correspondía salvar la insuficiencia de asistencia técnica..." (Fallos: 327:5095).

Estos incumplimientos funcionales no sólo resultan reprochables a la luz de las exigencias de los principios constitucionales que jueces y funcionarios judiciales tienen el especial deber de respetar y hacer respetar, sino que - además- terminan favoreciendo la falta de respuesta jurisdiccional e institucional adecuada frente a hechos de extrema gravedad y, en muchos casos, se constituyen en fuentes de impunidad.

Es que la gravedad de los hechos enrostrados a C. no neutraliza la necesidad de hacer efectivas y operativas todas las garantías constitucionales, sino que por el contrario, esa misma gravedad y los propios derechos de la víctima y sus familiares, imponen una especial exigencia funcional para investigar los hechos y determinar las responsabilidades con estricto apego a las normas constitucionales y legales, que todo juez y funcionario judicial deben observar para posibilitar una decisión jurisdiccional válida. En un Estado Constitucional de Derecho la presunción de inocencia rige y debe asegurarse y su destrucción sólo es admisible a través de una sentencia condenatoria firme que sea la culminación de un debido proceso y que encuentre sustento en suficiente prueba de cargo, válidamente obtenida e incorporada al juicio.

Por último, cabe referir que esta Corte se estaría apartando del cumplimiento de un adecuado servicio de justicia si circunscribiera su intervención al examen de las cuestiones traídas por la Defensora General de Cámaras en su fundamentación de la revisión y soslayara las trasgresiones a derechos y garantías constitucionales que se verificaron de manera tan manifiesta en el proceso penal de menores seguido a C. (cfr. criterio de Fallos: 327:5095).

Voto pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Falistocco dijo:

1. Adelanto desde ya que la sentencia sujeta a revisión es inconciliable con la sentencia de la Sala Cuarta de la Cámara Penal de Apelación de Santa Fe, en autos "R., Cristián José y otros s/ Homicidio con alevosía y criminis causa, agravado por el uso de arma de fuego y la intervención de un menor de edad en concurso real", Expte. 488/09 mediante la cual se condenara a R. a la pena de 20 años de prisión por el delito de coautor de homicidio en ocasión del robo, agravado por la utilización de arma de fuego y participación de un menor de 18 años, configurándose el supuesto contemplado en el artículo 489 inciso 1º del Código Procesal Penal.

En efecto: Por el homicidio de Rogelio Leoncio Gómez se sustanciaron dos causas en forma paralela -dada la edad de los imputados- y por ello

correspondió intervenir a dos Tribunales distintos: de Menores para C. y en lo Penal de Distrito para C. J. R.

Con relación al trámite observado en el segundo fuero indicado se advierte que el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia N° 2 de Santa Fe, dictó sentencia condenatoria contra C. J. R. como autor penalmente responsable -en lo que aquí resulta de interés- de los delitos de homicidio con alevosía y criminis causa agravado por el uso de arma de fuego y la intervención de un menor de edad (arts. 80 incisos 2 y 7, 41 bis y 41 quater del C.P.), en concurso real (art. 55 del C.P.), a la pena de prisión y costas, declarándolo reincidente por primera vez.

Ante la apelación de la defensa técnica, mediante sentencia del 29.09.2009, la Sala Cuarta de la Cámara de Apelación en lo Penal confirmó parcialmente dicho pronunciamiento, modificando la calificación legal por la de coautor de homicidio en ocasión del robo, agravado por la utilización de arma de fuego y participación de un menor de 18 años e imponiéndole la pena de 20 años de prisión.

Para considerar la variación de la calificación legal, se juzgó que "...no se encuentra demostrado que el designio de ambos autores del hecho haya sido el de quitarle la vida a la víctima como forma de consumir o de ocultar el robo de sus pertenencias, y en especial del automóvil...".

Con base en la declaración del propio R. ("...sólo queríamos asegurarnos que estuviera un tiempo atado para poder nosotros llegar a Pergamino, pero todo se complicó cuando el hombre quiso resistirse en el auto, haciéndolo enojar a Diego para luego matarlo..."), se entendió que "...la ejecución de Rogelio Leoncio Gómez fue como consecuencia de que el menor C. tomó represalia por el golpe asestado a R., y su intención de resistir el accionar de quienes lo habían hecho víctima de la sustracción de sus pertenencias...".

Más adelante, se agregó que "...En el caso de autos, indudablemente que el homicidio fue un resultado del robo, aún cuando primigeniamente no estaba en la intención ni de R. ni del menor C. matar a Gómez; pero (...) no puede desconocerse que la muerte sobrevino como una secuela de la conducta emprendida para robar..." .

En tanto, en la sentencia emitida por la Jueza de Menores, el 10.08.2009, se entendió que se había demostrado la participación del menor D. F. C. en el mismo homicidio triplemente agravado por el uso de arma de fuego y su comisión con alevosía, y por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurarse el resultado "...pero no la atribución del mismo a C. en calidad de autor...", encuadrando finalmente su conducta como partícipe principal en los artículos 80 incisos 2 y 7, y 41 bis del C.P., todo en concurso real en los términos del artículo 55 del Código Penal.

La inconciliabilidad de las premisas fundamentales de las sentencias para calificar la conducta de ambos condenados luce clara.

Por un lado, la Jueza de Menores condenó a Diego C. por su participación en un homicidio agravado con alevosía y por homicidio "criminis causae" (arts. 45, 80 incisos 2 y 7 del C.P.), figuras típicas que se caracterizan por exigencias objetivas (en la alevosía, una situación de indefensión) y, sobre

todo, subjetivas particulares (tanto para la alevosía como el "criminis causae").

Mientras que Sala Cuarta de la Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe condenó a Cristian R. por resultar coautor del delito de homicidio en ocasión de robo (arts. 45 y 165 del C.P.), descartando que R. y C. hayan actuado con los aspectos subjetivos descriptos en las figuras antes indicadas.

No se trata de una apreciación distinta sobre las normas involucradas (ciertamente posible a la luz de las discusiones doctrinales y jurisprudenciales en torno al alcance del artículo 165 del C.P.) sino de la consideración contradictoria sobre la misma conducta de C. y el hecho común realizado, que trae consigo una causal de escándalo jurídico con tal relevancia que permitió la imposición de una pena de prisión perpetua a un menor y, sorprendentemente, una respuesta penal más benigna al mayor.

En definitiva, y por las razones expuestas, corresponde hacer lugar a la acción de revisión interpuesta respecto de la resolución número 875 de fecha 10.08.2009 dictada por la Jueza de Primera Instancia de Distrito de Menores Nº 2 de la ciudad de Santa Fe.

2. Sin perjuicio de ello, el señor Ministro doctor Erbetta en el voto que precede hace referencias concretas a vulneraciones al debido proceso constitucional (vid. puntos 2 y 3 del voto del señor Ministro doctor Erbetta).

Ante ello, corresponde señalar como premisa fundamental que el derecho de defensa en juicio debe ser real, porque de otro modo nos encontraríamos frente a un contradictorio aparente, puramente formal, donde el acusado no podría ejercer eficazmente las facultades que emanan de dicha condición.

Por supuesto que la defensa técnica es un derecho que tiene consagración normativa, no solo a partir de los artículos 8 de la ley 12734 (artículo 5 II de la ley 12.912) y 30 del Código Procesal del Menor, sino también de preceptos de orden superior, como el 9 de la Constitución Provincial y 18 de la Constitución nacional, sumado a ello la incorporación de los tratados internacionales (art. 75. inc. 22 de la Constitución nacional; art. 8.1.b Pacto San José de Costa Rica; art. 14.1 Pacto Internacional de derechos civiles y políticos; 40 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño; punto 15 de las Reglas de Beijing; apartado 3, punto 17 y 18.a de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad).

No es ocioso recordar que la garantía de defensa en juicio posee como una de sus manifestaciones más importantes el aseguramiento de una defensa técnica a todo justiciable, manifestación ésta que, para no desvirtuar el alcance de la garantía y transformarla en un elemento simbólico, no puede quedar resumida a un requisito puramente formal, pues no es suficiente en este aspecto con que se asegure la posibilidad de que el imputado cuente con asesoramiento legal, sino que éste debe ser efectivo.

El celo impuesto por la Corte nacional en salvaguardar este principio, llevo incluso a disponer el apartamiento del defensor por evidenciar éste una falta de idoneidad manifiesta en su tarea ("Schenone", Fallos: 329:4248).

Sobre este último aspecto se impone recordar que la ley 12734 contiene en su artículo 118 (art. 88, ley 12912, que se aplica subsidiariamente en un

proceso de menores) la posibilidad otorgada al tribunal para disponer la separación del defensor en casos en que incurriera en "notorias omisiones o negligencia", coincidiendo con los alcances otorgados al derecho de defensa eficaz por las corrientes jurisprudenciales anteriormente mencionadas.

Por supuesto que ello implica también un indudable llamado a la prudencia con que esta tarea debe ser ejercitada, pues a la par de tutelarse el derecho de defensa en juicio, se erige como deber de los jueces respetar el ámbito imprescindible de libertad de opciones defensivas y evitar "restringir la amplia latitud que debe tener la defensa para tomar decisiones tácticas pues el acto u o misión de un defensor que ... es impropio en un caso puede ser legítimo e incluso inteligente en otro" (Strickland v. Washington, 466 U.S. 688, 1984).

En esta misma línea se han pronunciado algunos autores, que si bien reconocen la posibilidad del apartamiento de la defensa, sostienen una postura cautelosa recomendado que "...debe hacerse con mucho recelo y mucho cuidado..." (Alberto Binder, "Introducción al derecho Procesal Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, pág. 160) poniendo de manifiesto la complejidad que de suyo acarrea esta cuestión, por encontrarse en crisis la libertad del imputado para elegir a su defensor.

En el caso, las serias irregularidades procesales referidas por el señor Ministro doctor Erbeta imponen, así, que el Juez subrogante que deba juzgar nuevamente sobre la responsabilidad penal atribuida a C. verifique si el escrupuloso respeto del derecho de defensa en juicio ha sido resguardado en el procedimiento después de la declaración indagatoria del menor (acto jurisdiccional regular) hasta el dictado de las correspondientes sentencias, e inclusive, si considera lesionada dicha garantía, especifique los actos y diligencias que estime irregulares.

Mas resulta claro que -a posteriori- del dictado de la sentencia de imposición de pena se encuentra prístino el menoscabo al derecho al recurso por parte de la asistencia oficial del menor, en tanto no impugnó una condena de pena máxima, siendo ello incompatible con lo dispuesto por el artículo 145, inciso 9) de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece el deber de agotar los recursos legales contra las resoluciones, adversas a sus representados, consintiéndolas solamente cuando juzgan perjudicial la prosecución de la causa (norma regulatoria del art. 8.2 h, C.A.D.H.).

Y, en esta coyuntura, no pueden invocarse razones técnicas como exoneración a la falta de interposición del recurso ordinario previsto en el ordenamiento jurídico pues, la imposición de una pena máxima directamente fulmina la anteposición de cualquier criterio basado en la discrecionalidad letrada.

Es que, en rigor, el desarrollo que en los últimos años ha tenido el derecho al recurso, en los términos del artículo 8.2h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 40 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y los lineamientos que la Corte Interamericana ha trazado y delineado en el caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", del 02.07.2004 y la jurisprudencia sentada en "Casal" (del 20.09.2005) imponía la interposición de

los recursos legales a favor del menor por expresos mandatos constitucionales y convencionales.

Como colofón de lo expuesto en el punto precedente ha de concluirse que el Juez subrogante al que se remite la causa deberá considerar, en suma, si los principios rectores que marcan el alcance de la garantía aquí analizada, han sido tutelados en el proceso seguido contra C. y, en caso contrario, deberá determinar -con posterioridad a la declaración indagatoria del menor- que actos procesales son irregulares en atención a la vigencia no ya formal sino efectiva del debido proceso constitucional.

En el contexto enunciado y ante las irregularidades observadas en el proceso seguido contra el menor C., se impone correr vista de todas las actuaciones al señor Procurador General a los fines de iniciar las investigaciones que correspondan.

3. Corresponde ahora examinar la causal de revisión prevista en el inciso 4) del artículo 489 del Código Procesal Penal en los términos de la resolución 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

3.1 El informe 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Allí se concluyó que Argentina "al imponer la pena de prisión perpetua a César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández, y de reclusión perpetua a Claudio David Nuñez, en incumplimiento de los estándares internacionales aplicables, violó en su perjuicio los derechos consagrados en los artículos 19, 5.1., 5.2, 5.6 y 7.3 de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento" (cons. 189).

Para llegar a esa conclusión, se consideró que "los artículos 19 y 5.6 de la Convención Americana, leídos en su conjunto e interpretados a la luz de los estándares esbozados en los párrafos precedentes, incorporan: I) la obligación de los Estados de disponer las medidas necesarias para que el sistema de justicia penal aplicable a niñas, niños y adolescentes tome en especial consideración sus particularidades y necesidades de protección y, en consecuencia, establezca regulaciones distintas de las aplicables a los adultos; II) la obligación de los Estados de asegurar que la pena privativa de libertad sea establecida "como medida de último recurso" y "por el tiempo más breve que proceda", parámetros que en el caso de la prisión perpetua, debido a la severidad inherente a dicha pena, deben ser evaluados con especial cautela; y III) la obligación de los Estados de asegurar que la determinación del plazo para solicitar la excarcelación en el contexto de la pena de prisión perpetua, sea razonable y proporcional a la situación especial de los adolescentes, así como a la finalidad de resocialización como aspecto primordial de la pena" (cons. 167).

Evaluó la Comisión que "la Ley 22278 mantiene un régimen que en lo relativo a la determinación de las penas y la posibilidad de excarcelación, remite a la normativa aplicable a los adultos" (cons. 171) e hizo notar que "si bien la Ley 22278 dispone que los adolescentes infractores inicien el cumplimiento de su condena al momento de alcanzar los 18 años de edad, la

obligación de los Estados de disponer medidas especiales en materia de justicia penal de niños, niñas y adolescentes no se basa en la edad en la cual la condena será cumplida, sino en el momento en el cual se generó su responsabilidad penal. Por ello, la respuesta estatal a dichas infracciones debe ser distinta de las cometidas por adultos y además proporcional al menor juicio de reproche que debe existir frente a quienes ostentan la condición de niños bajo el derecho internacional" (cons. 172).

Puso de resalto que "la falta de parámetros especiales para la aplicación de sanciones penales a adolescentes, particularmente las penas privativas de libertad y las posibilidades de excarcelación, derivó en que las víctimas del presente caso fueran tratadas como adultos infractores, lo que resulta incompatible con los derechos contemplados en los artículos 19 y 5.6 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento" (cons. 173).

Se entendió que "Al imponer la pena privativa de libertad más severa omitiendo un análisis pormenorizado de estas cuestiones y sin explorar alternativas distintas a dicha pena, las autoridades judiciales asimilaron la situación de las víctimas a la de los adultos, en incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de protección especial de niños, según las cuales la privación de libertad sólo procede como medida de "último recurso" y "por el tiempo más breve que proceda" (cons. 177).

También se dijo que "en el caso concurrieron una serie de arbitrariedades y violaciones tanto procesales como sustantivas que hacen derivar a las penas impuestas a las víctimas en un trato inhumano, así como su privación de libertad en arbitraria en los términos de los artículos 5.1 y 5.2 y 7.3 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento" (cons. 187).

Estas pautas sirvieron para que la Cámara Federal de Casación Penal interviniera en un recurso de revisión y finalmente anulara la imposición de las penas perpetuas a quienes habían ocurrido ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

3.2 Esta doctrina de algún modo fue anticipada por el Máximo Tribunal de la Nación in re "Maldonado". Allí se sostuvo "...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. 1 Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948." (cons. 38 de "Maldonado", Fallos: 328:4343).

Agregó "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"; (Conf. Considerando 40 de "Maldonado").

3.3 Trasladando estas pautas al "sub iudice" se aprecia que la sentencia de la Jueza de Menores al imponer la prisión perpetua por los delitos de autor de robo calificado con armas y partícipe principal en homicidio triplemente agravado por alevosía, criminis causa y con armas de fuego (arts.166 inciso 2, 2do párrafo, 80 incisos 2 y 7, 41 bis del C.P.), carece de motivación y no resulta compatible con los postulados constitucionales y convencionales. Ello así, por cuanto en la sentencia se omitió justificar la prescindencia de la pena reducida, conforme la escala de la tentativa, y valorar de qué manera resultaba adecuada para promover la reintegración del menor, por lo que se equiparó al joven con el trato que se da a los mayores sin considerar su status diferenciado conforme los estándares internacionales.

Como si fuera poco, la omisión apuntada que, en el punto, debilita la decisión jurisdiccional al límite de su invalidez, se ve agravada por la circunstancia de que para aplicar la pena de prisión perpetua, la Sentenciante aludió, además, a consideraciones de tinte peligrosista, apartándose de la doctrina constitucional fijada por la C.S.J.N. in re "Maldonado".

Es que no obstante que el delito por el cuál condenó a C. prevé la pena de prisión perpetua "...la única forma de compatibilizar la sanción con los estándares de mínima intervención, resocialización, última ratio, subsidiariedad e interés superior del niño que rigen la materia, era decidir acerca de la aplicabilidad de la escala reducida de la tentativa en los términos del art. 4 de la ley 22278..." (en tal sentido causa "Mendoza y otros s/recurso de revisión", C.F.C.P., Sala II, causa nro. 14.087). En este sentido resulta crucial advertir que el régimen de pena aplicada a C. se estructura con el Código Penal y la 24660, modificadas por las leyes 25.892 y 25.948 que impiden la libertad condicional y los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por el delito previsto en el artículo 80, inciso 7) del Código Penal. Se trata entonces de un régimen más severo que el analizado por la Comisión Interamericana en el informe citado.

No empecé a lo expuesto que la Magistrada se haya referido a la prisión perpetua en los términos del artículo 37 inciso a) de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, pues no tuvo en cuenta la legislación nacional vigente, que veda todo beneficio de libertad, ni tampoco explicó de qué manera se debería efectivizar la revisión periódica de tal pena ni menos aún el período necesario para ello.

En definitiva, la condena a C. por hechos cometidos siendo menor a pena de prisión perpetua ha sido impuesta en desconocimiento de los estándares internacionales aplicables en la materia de justicia penal juvenil lo que determina la nulidad en este aspecto, de la condena impuesta.

Voto pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Netri dijo:

1. El marco de la revisión conlleva inexorablemente a efectuar una compulsión de lo actuado en el proceso en que ha sido condenado D. F. C..

En ese contexto, comparto las apreciaciones vertidas por el señor Ministro doctor Erbetta -puntos 2.2. y 3- de su voto.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de revisión de la sentencia del 10 de agosto de 2009, por la cual se declaró la responsabilidad penal de C., la que se deja sin efecto, debiendo remitirse los autos al Juzgado correspondiente, a fin de que a se tramite un nuevo proceso desde el último acto válido -declaración indagatoria-.

2. Sin perjuicio de lo decidido respecto de la invalidez constitucional del proceso seguido a D. F. C., corresponde ahora analizar la congruencia convencional de la sentencia del 01.06.2010 con el hecho nuevo invocado, concretamente el informe 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2.1. La Jueza de Primera Instancia de Distrito de Menores N° 2 de Santa Fe condenó a D. F. C. como autor penalmente responsable por los delitos de robo calificado por el uso de arma de fuego y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado y por el uso de arma de fuego, en concurso real (arts. 166, inc. 2, seg. párr., 80, incs. 2 y 7, 41 bis y 55 del C.P.) a la pena de prisión perpetua "en los términos del art. 37, inc. a) de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Sanción que deberá cumplir bajo el régimen de adultos en el Instituto Correccional N° 1 de Coronda" (fs. 1117/1124).

Al respecto, se impone destacar que la Magistrada estructuró lo decidido a partir del análisis, ante todo, de si correspondía aplicar pena al menor y, en esa tarea, hizo mérito de diversas constancias de la causa en torno a los antecedentes del imputado, a informes psicológicos y ambientales, al tratamiento tutelar recibido a posteriori de la sentencia de atribución de responsabilidad penal, a la impresión causada en la audiencia de visu.

Sobre este último acto procesal, la Jueza valoró que "...me causó una impresión desagradable, muy inestable y especuladora. Se presentó delante de mí, una persona de mirada vidriada, fría, extremadamente demandante. El acto refleja (...) que no le importa nada, como que no sea él mismo; que se resuelva su causa y se lo traslade cerca de Pergamino donde viven sus familiares".

A continuación, agregó que "C. es un joven que transmite agresividad en cada uno de sus gestos, no se percibe en él culpa por los hechos que fuera responsabilizado. Este desprecio por los bienes jurídicos que el derecho tutela no ha podido ser revertido en el tiempo que lleva alojado primero en Pabellón

Juvenil de Las Flores y más tarde en la U.1 de Coronda donde se aloja su tío partícipe de los delitos por el que fuera responsabilizado en esta causa C." (fs. 1122 y v.).

Siguió diciendo - la Jueza- sobre este tramo de su resolución que "Demás está decir que encuentra en esta situación la causa eficiente para continuar sí, el esfuerzo por rehabilitarlo pero a través de la imposición de un condigno castigo -prevención especial- que la ley prevé para la especie" (f. 1122).

Para luego concluir que "estudiada paso a paso la realidad del justiciable surge evidente que aún con bases familiares de contención deficiente y con una historia adolescente regida por la violencia y su propia inmadurez en un medio que propicia el delito no puede pasar inadvertida la gravedad de uno de los hechos que le fueran intimados y del que también resultó culpable... Es así que considero a C. merecedor de pena... (fs. 1123/v.).

Y sobre la determinación de la pena, la Jueza dijo que la imposición de la pena máxima es técnicamente posible desde la previsión del art. 37 "a" 2do. párrafo de la CIDN, cuando se prevea la posibilidad de excarcelación y refirió que ".requiere de argumentos verdaderamente irrefutables, en un discurso que haya desplazado por completo la características de última ratio que la sanción privativa de libertad tiene en el cuerpo normativo vigente para los menores. Y esto aquí se ha dado...".

Citó en abono de su posición, el voto de la señora Ministra doctora Argibay en el caso "Maldonado", dictado por la Corte nacional el 7.12.2005, al interpretar que el artículo 37, inciso a) de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño "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 Maldonado de haberse excluido de la pena de prisión perpetua...".

2.2 Por su parte en el informe señalado (172/10) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó - respecto de hechos que revestían "especial gravedad" (cons. 177)- que Argentina "al imponer la pena de prisión perpetua a César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández, y de reclusión perpetua a Claudio David Nuñez, en incumplimiento de los estándares internacionales aplicables, violó en su perjuicio los derechos consagrados en los artículos 19, 5.1., 5.2, 5.6 y 7.3 de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento" (cons. 189).

Para llegar a esa solución, se consideró que "los artículos 19 y 5.6 de la Convención Americana, leídos en su conjunto e interpretados a la luz de los estándares esbozados en los párrafos precedentes, incorporan: I) la obligación de los Estados de disponer las medidas necesarias para que el sistema de justicia penal aplicable a niñas, niños y adolescentes tome en especial consideración sus particularidades y necesidades de protección y, en

consecuencia, establezca regulaciones distintas de las aplicables a los adultos; II) la obligación de los Estados de asegurar que la pena privativa de libertad sea establecida "como medida de último recurso" y "por el tiempo más breve que proceda", parámetros que en el caso de la prisión perpetua, debido a la severidad inherente a dicha pena, deben ser evaluados con especial cautela; y III) la obligación de los Estados de asegurar que la determinación del plazo para solicitar la excarcelación en el contexto de la pena de prisión perpetua, sea razonable y proporcional a la situación especial de los adolescentes, así como a la finalidad de resocialización como aspecto primordial de la pena" (cons. 167).

Evaluó la Comisión que "la Ley 22278 mantiene un régimen que en lo relativo a la determinación de las penas y la posibilidad de excarcelación, remite a la normativa aplicable a los adultos" (cons. 171) e hizo notar que "si bien la Ley 22278 dispone que los adolescentes infractores inicien el cumplimiento de su condena al momento de alcanzar los 18 años de edad, la obligación de los Estados de disponer medidas especiales en materia de justicia penal de niños, niñas y adolescentes no se basa en la edad en la cual la condena será cumplida, sino en el momento en el cual se generó su responsabilidad penal. Por ello, la respuesta estatal a dichas infracciones debe ser distinta de las cometidas por adultos y además proporcional al menor juicio de reproche que debe existir frente a quienes ostentan la condición de niños bajo el derecho internacional" (cons. 172).

Puso de resalto que "la falta de parámetros especiales para la aplicación de sanciones penales a adolescentes, particularmente las penas privativas de libertad y las posibilidades de excarcelación, derivó en que las víctimas del presente caso fueran tratadas como adultos infractores, lo que resulta incompatible con los derechos contemplados en los artículos 19 y 5.6 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento" (cons. 173).

Se entendió que "Al imponer la pena privativa de libertad más severa omitiendo un análisis pormenorizado de estas cuestiones y sin explorar alternativas distintas a dicha pena, las autoridades judiciales asimilaron la situación de las víctimas a la de los adultos, en incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de protección especial de niños, según las cuales la privación de libertad sólo procede como medida de "último recurso" y "por el tiempo más breve que proceda"" (cons. 177).

También se dijo que "en el caso concurren una serie de arbitrariedades y violaciones tanto procesales como sustantivas que hacen derivar a las penas impuestas a las víctimas en un trato inhumano, así como su privación de libertad en arbitraria en los términos de los artículos 5.1 y 5.2 y 7.3 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento" (cons. 187).

Estas pautas sirvieron para que la Sala Segunda de la Cámara Federal de Casación Penal interviniera en el recurso de revisión en la misma causa donde se elaborara el informe de la Comisión y finalmente anulara la imposición de

las penas perpetuas quienes habían ocurrido ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Esta doctrina de algún modo fue anticipada por el Máximo Tribunal de la Nación in re "Maldonado".

Allí se sostuvo "...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. 1 Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948." (cons. 38 de "Maldonado", Fallos: 328:4343).

Agregó "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"; (conf. cons. 40 del voto de la mayoría en "Maldonado").

2.3. Trasladando estas pautas al "sub judice" se aprecia que la Jueza de Menores impuso la prisión perpetua por los delitos de autor de robo calificado con armas y partícipe principal en homicidio triplemente agravado por alevosía, criminis causa y con armas de fuego (arts. 166 inciso 2, 2do párrafo; 80 incisos 2 y 7 y 41 bis del C.P.) en los términos del artículo 37 inciso a de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Esa imposición de pena a C. (fs. 1117/1124), carece de motivación y no resulta compatible con los postulados constitucionales y convencionales "ut supra" delimitados.

Ello así, por cuanto en la sentencia se omitió justificar la prescindencia de la pena reducida, conforme la escala de la tentativa, y valorar de qué manera resultaba adecuada para promover la reintegración del menor, por lo que se equiparó al joven con el trato que se da a los mayores sin considerar su status diferenciado conforme los estándares internacionales.

Como si fuera poco, la omisión apuntada que, en el punto, debilita la decisión jurisdiccional al límite de su invalidez, se ve agravada por la circunstancia de que para aplicar la pena de prisión perpetua, la Sentenciante aludió -como se expresara en el punto 2.1-, a consideraciones de tinte

peligrosista, apartándose de la doctrina constitucional fijada por la C.S.J.N. in re "Maldonado".

Ahora bien, todo este indiscutible panorama jurisprudencial nacional e internacional refractario a la aplicación de penas perpetuas hacia menores se agrava si se repara en que la Comisión Interamericana evaluó que "el lapso de 20 años sin que las autoridades judiciales puedan ejercer una revisión individualizada del desarrollo en el proceso de resocialización y, como consecuencia de un resultado positivo en dicha revisión, disponer la liberación de una persona condenada por hechos ocurridos antes de cumplir 18 años de edad, es per se, irrazonable y contrario al requisito de periodicidad" (Cons. 179).

En este sentido resulta crucial advertir que el régimen de pena aplicada a C. se estructura con el Código Penal y la 24660, modificadas por las leyes 25892 y 25948 que impiden la libertad condicional y los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados a por el delito previsto en el artículo 80, inciso 7) del Código Penal. Se trata entonces de un régimen más severo que el analizado por la Comisión Interamericana en el informe citado.

No empecé a lo expuesto que la Magistrada se haya referido a la prisión perpetua en los términos del artículo 37 inciso a) de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, pues no tuvo en cuenta la legislación nacional vigente, que veda todo beneficio de libertad, ni tampoco explicó de qué manera se debería efectivizar la revisión periódica de tal pena ni menos aún el período necesario para ello.

En definitiva, la condena a C. por hechos cometidos siendo menor a pena de prisión perpetua ha sido impuesta en desconocimiento de los estándares internacionales aplicables en la materia de justicia penal juvenil lo que determina la nulidad en este aspecto, de la condena impuesta.

3. Finalmente y ante las irregularidades observadas en el proceso seguido contra el menor C., se impone correr vista de todas las actuaciones al señor Procurador General a los fines de iniciar las investigaciones que corresponda.

Así voto.

A la tercera cuestión, la señora Presidenta doctora Gastaldi y los señores Ministros doctores Gutiérrez y Spuler dijeron:

Atento al resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde: 1. Hacer lugar al recurso de revisión de la condena de prisión perpetua impuesta el 01.06.2010 a C. por el Juzgado de Distrito de Menores de la Segunda Nominación de Santa Fe, la que se deja sin efecto. 2. Hacer lugar al recurso de revisión de la sentencia de fecha 10.08.2009 por la cual el Juzgado de Menores declaró a D. F. C. como autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego (Arts. 166 inc. 2, 2 párrafo del C.P.) y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía, por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado y por el uso de arma de fuego, ambos en concurso real (Arts. 80 inc. 2 y 7; 41 bis; 55 del C.P.; fs. 964/970, Autos principales), anulándose el decisorio e instancias procedimentales a partir del acto de autoincriminación. 3. Remítanse los autos al Juzgado que corresponda, para que tramite el

proceso de conformidad a las consideraciones y lineamientos precedentemente efectuadas. 4. Córrase vista de todas las actuaciones al señor Procurador General a los fines de iniciar las investigaciones que correspondan.

Así votamos.

A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Erbetta, Falistocco y Netri dijeron que la resolución que correspondía dictar era la propuesta por los señores Ministros preopinantes y así votaron.

En mérito de los fundamentos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia

RESOLVIO:

1. Hacer lugar al recurso de revisión de la condena de prisión perpetua impuesta el 01.06.2010 a C. por el Juzgado de Distrito de Menores de la Segunda Nominación de Santa Fe, la que se deja sin efecto.

2. Hacer lugar al recurso de revisión de la sentencia de fecha 10.08.2009 por la cual el Juzgado de Menores declaró a D. F. C. como autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego (Arts. 166 inc. 2, 2 párrafo del C.P.) y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía, por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado y por el uso de arma de fuego, ambos en concurso real (Arts. 80 inc. 2 y 7; 41 bis; 55 del C.P.; fs. 964/970, Autos principales), anulándose el decisorio e instancias procedimentales a partir del acto de autocriminación.

3. Remítanse los autos al Juzgado que corresponda, para que tramite el proceso de conformidad a las consideraciones y lineamientos precedentemente efectuadas.

4. Córrase vista de todas las actuaciones al señor Procurador General a los fines de iniciar las investigaciones que correspondan.

Registrarlo y hacerlo saber.

Con lo que concluyó el acto, firmando la señora Presidenta y los señores Ministros por ante mí, doy fe.

Fdo.: Gastaldi - Gutiérrez - Spuler - Erbetta - Falistocco - Netri.

**SOCIEDADES COMERCIALES. Sociedad en formación, validez de los actos otorgados por la sociedad en formación.**

Descripción del Caso: El Tribunal de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó la acción de nulidad incoada contra la compra de un inmueble efectuada por las autoridades de la sociedad que se encontraba en formación.

Sumario:

1. La "sociedad en formación" es aquella que se encuentra en el etapa comprendida entre la instrumentación del negocio fundacional de conformidad a uno de los tipos dispuestos en la ley de sociedades comerciales y su inscripción en el Registro Público de Comercio. No obstante, la Ley de Sociedades Comerciales se refiere a ella de igual modo en los arts. 38 y 183, el Doctor Benseñor manifiesta que por tratarse de una sociedad ya formada (arts. 4, 11, 165, 166 de la ley 19550) es inapropiado denominarla como "sociedad en proceso de registración", pues solo le falta cumplir con su inscripción registral.
2. Antes de su inscripción se puede invocar la existencia del contrato social, en las "sociedades en formación", situación que se encuentra prohibida a la sociedad irregular y de hecho, por tal motivo se considera dudoso que el ente societario que ha iniciado a desplegar su actividad, como tal, a partir de la suscripción del contrato social, necesita del funcionamiento de sus órganos administrativos y, representativos. La representación de este ente estará a cargo de las personas que hayan sido designados en el contrato pendiente de inscripción.
3. Solo en el caso en que se hubiere probado que la sociedad demandada, una vez inscripto el contrato social, no aprobó la compra, entonces sí podría

cuestionarse el acto en sí mismo. La ley en su art. 184 confirma que, en el iter constitutivo pueden celebrarse actos válidos en nombre de la sociedad, sin que tal negocio pueda ser declarado nulo.

4. La adquisición inmobiliaria, originada o efectuada a través de la estipulación en favor de terceros, es como un acto asimilable al que compone el dominio fiduciario que regula el art. 2262 del Código Civil. Ello, en tanto existe una compra de un bien determinado que se efectúa para otro, que está dirigido a transmitirle el dominio a ese tercero, al cumplimiento de una condición resolutoria por parte de aquel, futura e incierta, que es la aceptación.

Es así que la doctrina ha denominado a la adquisición inmobiliaria, originada o perpetrada a través de la estipulación en favor de terceros, como un acto asimilable al que establece el dominio fiduciario que regula el art. 2262 del Código Civil. Esto se considera así, porque se ha realizado una compra de un bien determinado para otro individuo, que se le transmite el dominio y queda supeditado a la observancia de una condición resolutoria por parte de aquel, futura e incierta, que es la aceptación (conf. Orelles, José María R., Compra de inmuebles por y para terceros, Buenos Aires, 1977, pág. 7).

**Quinta Cám. Civ., Com., Minas, de Paz y Trib. Primera Circ. Jud. Mendoza, 2/11/2012, Expte. n.º 14.049, "Fernández, Matilde Isabel c/ Viñas del Este SRL, Víctor Lombardo y Lorentina Lomellini por acción de nulidad"**

En la Ciudad de Mendoza, a dos de noviembre de dos mil doce, se reúnen en la Sala de Acuerdos de la Excm. Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario, los Sres. Jueces Dres. Adolfo M. Rodríguez Saa y Oscar A. Martínez Ferreyra y trajeron a deliberación la causa n.º 14.049 caratulada "Fernández, Matilde Isabel c/ Viñas del Este SRL, Víctor Lombardo y Lorentina Lomellini por acción de nulidad", originaria del Tercer Juzgado en lo Civil de la Ciudad de Rivadavia, Tercera Circunscripción Judicial, en virtud del recurso de apelación deducido por la parte actora a fs. 126, en contra de la sentencia obrante a fs. 115/122.

Llegados los autos al Tribunal, a fs. 141/147 expresa agravios la apelante, contestados por Víctor Lombardo y Viñas del Este SRL a fs. 150/153 y por Lorentina Lomellini a fs. 156/157.

Practicado el sorteo de ley quedó establecido el siguiente orden de estudio: Dres. Martínez Ferreyra y Rodríguez Saa.

En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del CPC se plantearon las siguientes cuestiones:

Primera cuestión: ¿Es justa la sentencia apelada?

Segunda cuestión: Costas.

**Sobre la primera cuestión el Dr. Martínez Ferreyra dijo:**

I. La sentencia recurrida desestima la acción de nulidad interpuesta por la señora Matilde Isabel Fernandez, en contra de Viñas del Este SRL, Víctor Lombardo y Lorentina Lomellini.

A fin de llegar a tal conclusión la señora Juez a quo tiene en cuenta que los instrumentos que se denuncian como nulos son la aceptación de compra formulada por el señor Lombardo, en representación de la sociedad, los instrumentos que a la misma se hayan acompañado como supuesta gestión de negocios y la escritura mediante la cual la sociedad vende con posterioridad el inmueble a los señores Tondini y Moran de Tondini.

En primer lugar trata el pedido de redargución de falsedad de tales instrumentos, a tenor del art. 989 del Código Civil diferenciando entre los hechos que pasan por ante el notario y aquellos que el mismo recepta de las declaraciones de los comparecientes, aplicando en cada caso las normas de los arts. 994 y 995 del mismo cuerpo legal, llegando a la conclusión que no existe falsedad alguna que los afecte, ello en tanto la notaria asienta la causa de la aceptación y la acreditación de personería conforme los estatutos sociales, confeccionados por ante la misma.

En cuanto a la nulidad de escritura por la supuesta constancia de gestión de negocios, la señora Magistrada dice que la compra la realiza la actora bajo la forma de estipulación a favor de terceros, contemplada por el art. 504 del Código Civil, no pudiéndose confundir ambas figuras.

Rechaza el argumento de la actora en tanto no se ha podido identificar los componentes de la sociedad en formación, en tanto el tercero puede establecerse aun cuando no estuviere determinado, o inexistente, pero cuya existencia se prevé en el futuro.

Agrega que el hecho que se consigne en la inscripción de la aceptación como gestión de negocios no invalida tal aceptación, siendo que en todo caso la actora debió haber requerido a terceros los instrumentos de los que estos entendieron surgía tal tipo de gestión.

Respeto de la legitimación sustancial pasiva del señor Lombardo, entiende el mismo carece de ella en tanto la estipulación, y la aceptación, lo han sido para la sociedad, persona distinta del demandado, quien no ha actuado por si en las escrituras que se impugnan.

Por último, entiende tampoco puede declararse la nulidad de la escritura n.º 157 ya que, además de no resultar nula la escritura n.º 19, en autos no sea demandado a los adquirentes del inmueble.

II. Que, al fundar su recurso, la parte actora se agravia por la falta de análisis de las pruebas incorporadas, en tanto la aceptación de la compra se efectúa el día 19 de febrero de 2003, pero la sociedad queda inscrita el día 5 de mayo del mismo año, no siendo suficiente el mero contrato social, lo que obvió la escribana interviniente.

Critica la sentencia en tanto tiene al codemandado Lombardo con falta de legitimación en la presente, siendo que se trataba de una sociedad en formación, aún no concluida, lo que admite la señora Juez a quo y que aparece como un contrasentido. Reiterando que el señor Lombardo ha actuado por derecho propio.

Se agravia por cuanto la sentencia impone a su parte la carga probatoria, siendo que han sido los demandados quienes invocaron una supuesta gestión de negocios, de la que no aportaron ninguna prueba.

III. Que, adelantando opinión y a los fines de ordenar la exposición del presente voto, diré que el recurso en trato debe ser desestimado, confirmándose el decisorio de primera instancia.

Sin perjuicio de avanzar luego sobre la denunciada gestión de negocios y su pretendida nulidad, el punto central sobre el que la ahora apelante centra su crítica se refiere al momento en que el señor Lombardo formaliza la aceptación de compra, esto es entre la constitución de la sociedad, en el mes de diciembre de 2002 y la inscripción registral de la misma, en el mes de mayo de 2003, argumentando que al no estar debidamente constituida la sociedad, el aceptante no podía celebrar tal aceptación, por lo que la escritura es nula y, como consecuencia de ello, el señor Lombardo resulta legitimado pasivamente.

Maria Luján A. Lalanne, en su trabajo "La personalidad jurídica de la sociedad en formación y su distinción con la sociedad no constituida regularmente" (Microjuris, 4964) claramente nos dice que "La "sociedad en formación" es aquella que transita el período comprendido entre la instrumentación del negocio fundacional conforme a uno de los tipos previstos en la ley de sociedades comerciales y su inscripción en el Registro Público de Comercio. Si bien la Ley de Sociedades Comerciales la menciona de igual manera en los arts. 38 y 183, el Doctor Benseñor (2) sostiene que tratándose en verdad de una sociedad ya formada (arts. 4, 11, 165, 166 de la ley 19550) es más acertado designarla como "sociedad en proceso de registración", dado que solo resta cumplir con su inscripción registral, previa verificación del

cumplimiento de los recaudos legales y fiscales impuestos (arts. 5, 6, 7, 38, 149, 167 y 187 de la ley citada)."

Por su parte, Eduardo Favier Dubois, en su trabajo "Derecho Societario Registral" admite que, plenamente, se pueda invocar la existencia del contrato social, antes de su inscripción, en las sociedades en formación, cuestión esta que le está vedada a la sociedad irregular y de hecho, con lo que no existe duda que el ente societario que ha comenzado a desarrollar su actividad, como tal, a partir de la suscripción del contrato social, requiere del funcionamiento pleno de sus órganos administrativos y, por supuesto, representativos frente a terceros, representación esta que recaerá en cabeza de quienes hayan sido designados como tal en el contrato pendiente de inscripción.

De tales conceptos doctrinales tenemos como consecuencia que solo en el caso que en autos se hubiere probado que la sociedad demandada, una vez inscripto el contrato social, no aprobó la aceptación de la compra, entonces sí podría llegar a cuestionarse el acto en sí mismo, asumiendo quien actuó en calidad de representante las obligaciones que correspondan por dicho acto.

Ello emerge de la expresa letra de la ley en su art. 184, lo cual no hace sino confirmar que, en el iter constitutivo pueden celebrarse actos válidos en nombre del ente societario, sin que tal negocio quede teñido de nulidad tal como se pretende en autos.

Con lo dicho queda sino rechazar aquellos agravios de la actora apelante en tanto pretende triunfar en la presente en tanto la aceptación de la comparas aconteció entre la celebración del contrato social y su inscripción.

Así también, conforme a la misma línea, queda sin sustento alguno la pretendida nulidad de cualquier instrumento que aludiera a gestión de negocios por parte de la actora. En efecto, ni en la escritura que obra a fs. 9/11, mediante la cual la actora compra el inmueble, ni en la "Aceptación de compra" cuya escritura obra a fs. 12, se hace mención alguna a gestión de compra sino que, tal como correctamente lo hace ver la señora Juez a quo, no hay duda alguna que nos encontramos frente a la figura prevista por el art. 504 del Código Civil, esto es la estipulación a favor de un tercero.

Es así que la doctrina especializada ha calificado a la adquisición inmobiliaria, originada o efectuada a través de la estipulación en favor de terceros, como un acto asimilable al que compone el dominio fiduciario que regula el art. 2262 del Código Civil. Ello, en tanto existe una compra de un bien determinado que se efectúa para otro, que está dirigido a transmitirle el dominio a ese tercero, supeditado al cumplimiento de una condición resolutoria por parte de aquel, futura e incierta, que es la aceptación (conf. Orelles, José María R., Compra de inmuebles por y para terceros, Buenos Aires, 1977, pág. 7)

La anotación registral que en la matrícula respectiva (fs. 6) obra como D-2, haciendo alusión a una "gestión de negocios", evidentemente resulta errónea ya que, al referirse al asiento A-1 (compra de la actora) vemos que en tal asiento claramente se lee "NOTA: La adquirente manifiesta que la compra la realiza para Viñas del Este S.R.L.(En formación) que oportunamente aceptará", no pudiéndose pretender que aquella "Observación" de la columna "D", pueda cambiar la manifestación de voluntad plasmada en escritura pública, salvo prueba fehaciente en contrario, que en autos no existe.

Por otra parte, pese a lo que pareciera decir la actora apelante, los demandados en ningún momento han esgrimido en su defensa que la actora actuara como gestora de negocios sino que, por el contrario, siempre afirmaron que la compra fue a tenor del ya citado art. 504 del Código Civil, por lo que ninguna otra prueba tendrían que haber aportado, salvo las constancias de las mismas escrituras que se acompañaron al demandar.

Así voto.

**Por el mérito del voto que antecede el Dr. Rodriguez Saa** adhiere al mismo.

**Sobre la segunda cuestión el Dr. Martínez Ferreyra dijo:**

Que atento al resultado de la cuestión que antecede y lo normado por el art. 36 del Código Procesal Civil corresponde que las costas de la Alzada sean soportadas por la parte actora, recurrente vencida.

Así voto.

**Por el mérito del voto que antecede el Dr. Rodriguez Saa** adhiere al mismo.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

## **SENTENCIA**

Mendoza, 2 de noviembre de 2012

## **Y Vistos**

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, el Tribunal

## **RESUELVE:**

1º) No hacer lugar al recurso de apelación deducido por la parte actora a fs. 126, en contra de la sentencia obrante a fs. 115/122.

2º) Imponer las costas de la Alzada a la recurrente vencida.

3º) Diferir la regulación de honorarios profesionales hasta tanto se practique la misma en primera instancia.

Notifíquese y bajen.

Fdo.: Martínez Ferreyra - Rodríguez Saa.