



## **Poder Judicial**



MANSILLA GALLEGOS, MANUEL IGNACIO - RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CARPETA JUDICIAL: "MANSILLA GALLEGOS, MANUEL IGNACIO S / HOMICIDIO AGRAVADO POR FEMICIDIO" - (CUIJ 21-07008638-4) S/ RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (QUEJA ADMITIDA)

21-00512408-2

Secret. Técnica de la Corte Suprema de Justicia

En la Provincia de Santa Fe, a los veintisiete días del mes de diciembre del año dos mil veintiuno, los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe doctores Daniel Aníbal Erbetta, María Angélica Gastaldi, Rafael Francisco Gutiérrez, Mario Luis Netri y Eduardo Guillermo Spuler, con la presidencia del titular doctor Roberto Héctor Falistocco acordaron dictar sentencia en los autos caratulados "M. G., M. I. -RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CARPETA JUDICIAL: 'M. G., M. I. S/ HOMICIDIO AGRAVADO POR FEMICIDIO'- (CUIJ 21-07008638-4) sobre RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (QUEJA ADMITIDA)" (Expte. C.S.J. CUIJ N°: 21-00512408-2). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿es admisible el recurso interpuesto? SEGUNDA: en su caso, ¿es procedente? TERCERA: en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar? Asimismo, se emitieron los votos en el orden en que realizaron el estudio de la causa, o sea, doctores Erbetta, Gastaldi, Falistocco, Gutiérrez, Netri y Spuler.

A la primera cuestión -¿es admisible el recurso interpuesto?- el señor Ministro doctor Erbetta dijo:

Mediante acuerdo registrado en A. y S. T. 287,

págs. 460/462, esta Corte admitió la queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el imputado M.G. con el patrocinio letrado de la Defensora General y del Asesor de Menores de Venado Tuerto, contra la resolución 14, del 28 de febrero de 2018, dictada por los Jueces del Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, doctora Hernández y doctores Ivaldi Artacho y Mascali, por entender que las postulaciones contaban "prima facie" con suficiente asidero en las constancias de la causa e importaban articular con seriedad planteos que podían configurar una cuestión constitucional con idoneidad suficiente como para operar la apertura de la instancia extraordinaria.

El nuevo examen de admisibilidad que impone el artículo 11 de la ley 7055, efectuado con los autos principales a la vista, me conduce a ratificar esa conclusión de conformidad a lo dictaminado por el señor Procurador General (fs. 65/71).

Voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, la señora Ministra doctora Gastaldi, el señor Presidente doctor Falistocco y el señor Ministro doctor Gutiérrez expresaron idéntico fundamento al vertido por el señor Ministro doctor Erbetta y votaron en igual sentido.

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

1. Mediante acuerdo registrado en A. y S. T. 287, págs. 460/462, esta Corte admitió la queja por denegación del



## **Poder Judicial**

recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el imputado M.G. con el patrocinio letrado de la Defensora General y del Asesor de Menores de Venado Tuerto, contra la resolución 14, del 28 de febrero de 2018, dictada por los Jueces del Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, doctora Hernández y doctores Ivaldi Artacho y Mascali, por entender que las postulaciones contaban "prima facie" con suficiente asidero en las constancias de la causa e importaban articular con seriedad planteos que podían configurar una cuestión constitucional con idoneidad suficiente para operar la apertura de la instancia extraordinaria.

2. En el examen de admisibilidad que prescribe el artículo 11 de la ley 7055, no obstante lo dictaminado por el señor Procurador General (fs. 65/71), considero que el remedio interpuesto resulta inadmisibile, desde que los agravios esbozados por la interesada no lucen suficientes de modo que posibiliten franquear el acceso a esta instancia de excepción, por cuanto todo el desarrollo expuesto se traduce en la disconformidad con los fundamentos dados por la Alzada, sin lograr acreditar con sus alegaciones que los vicios que esgrime se configuren en el fallo.

Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Spuler expresó idéntico fundamento al vertido por el señor Ministro doctor Erbeta y votó en igual sentido.

A la segunda cuestión -en su caso, ¿es

procedente?- el señor Ministro doctor Erbetta dijo:

1. De las constancias de autos, y en lo que aquí interesa, surge que luego de tramitada la causa, por fallo 275, del 5 de julio de 2016, el Juez en lo Penal Correccional y de Faltas N° 1 de Venado Tuerto, declaró la responsabilidad penal de M.G. en carácter de autor del delito de homicidio calificado por "femicidio" (fs. 794/853, Expte. N° 176/2015). Esta decisión fue confirmada por los Jueces de la Cámara de Apelación de esa ciudad por acuerdo 8 del 3 de abril de 2017 (fs. 913/932, Expte. N° 176/2015).

2. Posteriormente, al evaluar la necesidad de imposición de pena en los términos del artículo 102 del Código Procesal de Menores, el Juez de Menores de Venado Tuerto, doctor Prado, por pronunciamiento 423, del 24 de agosto de 2017, condenó a M.G. como autor del delito de homicidio agravado por "femicidio" a la pena de 21 años y 6 meses de prisión (fs. 1010/1016v., Expte. N° 176/2015).

Luego de brindar las razones por las cuales concluía que la sanción penal no podía eludirse en el caso, se avocó al tratamiento del monto a imponer. De este modo, partió de considerar que la prisión perpetua -prevista en el ordenamiento legal para el delito por el que se había condenado a M.G.- no resultaba aplicable a los menores de edad, citando el fallo "Maldonado" del Máximo Tribunal de la Nación. Y, con base en éste, expresó que la pretensión punitiva debía ser determinada dentro de los parámetros de la tentativa, adoptando como regla general la excepción



## **Poder Judicial**

contemplada en el último párrafo del inciso 3 del artículo 4 de la ley 22278.

Sentado ello, para determinar la cuantía de la sanción, tomó como máximo el monto de 35 años de prisión -previsto en el art. 13, C.P. para otorgar el beneficio de la libertad condicional a los condenados con pena de prisión perpetua- reducido en un tercio, es decir, 23 años y 8 meses, sin fijar mínimo alguno.

A partir de allí, valorando las pautas contenidas en el artículo 4 de la ley 22278, le impuso al justiciable la pena de 21 años y 6 meses de prisión, accesorias legales y costas (arts. 80, inc. 11; 13; 44; 45; 5; 12 y 29, inc. 3, C.P.).

3. Apelada tal resolución por la fiscalía, la defensa y el Asesor de Menores, los Jueces del Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, doctora Hernández y doctores Ivaldi Artacho y Mascali, por acuerdo 14, del 28 de febrero de 2018, la confirmaron (fs. 1054/1066, Expte. N° 176/2015).

Para así decidir, en primer lugar, el voto de la doctora Hernández -al que adhirieron el doctor Mascali y el doctor Ivaldi Artacho con sus ampliaciones- consideró que el Fiscal había desistido del pedido de aplicación de la pena de prisión perpetua, así como la defensa y el Asesor de Menores de sus planteos de innecesariedad de la sanción. Sentado ello, la Judicante se avocó a analizar la determinación de la respuesta punitiva, comenzando por fijar sobre qué base y escala legal debía individualizarse

y, luego, cuál era el monto que en definitiva debía imponer.

Como cuestión previa, expresó la Camarista que, desechada la sanción absoluta prevista en el Código Penal para la figura en tratamiento -por resultar incompatible con la Convención sobre los Derechos del Niño- y ante la necesidad de un mecanismo que opere como sustitutivo, el Juez de primera instancia había adoptado una operación que no podía ser convalidada -aunque ello no implicara modificar el monto punitivo finalmente impuesto-. Al respecto, expuso que resultaba inadmisibles -por estar vedado a la jurisdicción- una suerte de nueva sanción, sin escala alguna, derivada del artículo 13 del Código Penal, en función del artículo 37 de la referida Convención, haciendo jugar el plazo previsto para una posible concesión de la libertad condicional, trasladando un instituto de diverso origen y finalidad.

En consecuencia, manifestó que asistía razón a la defensa y al Asesor de Menores en las quejas esbozadas en cuanto al mecanismo empleado en el fallo de grado y entendió que la magnitud de los hechos juzgados no habilitaba a justificar el apartamiento de las pautas normativas establecidas. Concluyó así que las inconsistencias que el Magistrado había puesto de resalto debían ser resueltas sin exorbitar los marcos legales fijados por el codificador en relación a las figuras típicas.

Descalificado entonces el razonamiento del Juez de primera instancia para fijar la pena de M.G., respondió negativamente al interrogante acerca de si de la



## **Poder Judicial**

jurisprudencia imperante en el derecho penal juvenil surgía la obligatoriedad de efectuar la reducción de la escala penal a la de la tentativa -en función del art. 4, ley 22278-. Así, expresó que era una facultad de la jurisdicción y que, por tanto, no resultaba de aplicación imperativa o como regla tan sólo por juzgarse a un menor de edad.

Seguidamente, discurrió la Vocal acerca de la necesidad de que la respuesta estatal para casos de menores de edad sea diferenciada e inferior a la que correspondería en igualdad de circunstancias respecto de un adulto. Puso de resalto que lo vedado convencionalmente es que el reproche penal de la culpabilidad que se le formula al niño tenga la misma entidad que el normalmente realizado a una persona mayor de edad y que, por ello, la prisión perpetua deviene inaplicable.

Citó en apoyo de esta solución la doctrina que se desprende del caso "Maldonado" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la cual -entendió- no es posible colegir que deba reducirse de manera general y en todos los supuestos, por la sola condición de menor de edad, la escala penal a la de la tentativa, ya sea un caso juzgado con penas divisibles o indivisibles, como el de autos. Agregó que tampoco la Corte provincial en el antecedente "Cabrera" había sostenido tal obligatoriedad y que, si aun por vía de hipótesis, se estimara que dichos precedentes imponen la reducción obligatoria, se advertían nuevas circunstancias que autorizarían a apartarse de tal

criterio. Afirmó que éstas estaban dadas por tratarse el presente de un "femicidio", incorporado como agravante del homicidio en el inciso 11 del artículo 80 del Código Penal, en respuesta a las obligaciones contraídas por el Estado argentino al ratificar la "Convención de Belém do Pará".

Concluyó sobre el punto, que la reducción de la escala penal aplicable a la de la tentativa no puede tener otra razón de ser a la hora de establecer la respuesta estatal que las particularidades del caso concreto, las condiciones específicas del menor de edad y la proporcionalidad con sus características y con la infracción; y que en el supuesto de autos ningún argumento se observaba para justificar tal disminución, atendiendo a criterios preventivo-especiales como correctores del reproche de culpabilidad merecido.

Sentado ello, y frente a la ausencia de un mecanismo sustitutivo previsto en la ley para hipótesis como la presente -prisión perpetua inaplicable para un imputado menor de edad-, consideró la Magistrada que debía acudir a la escala penal prevista para el delito de homicidio simple, ya que se estaba juzgando por la figura calificada de la básica. En consecuencia, sostuvo la Judicante que la escala penal a tener en cuenta debía fijarse entre 8 y 25 años de prisión.

Descartada la obligatoriedad de efectuar la reducción prevista en el artículo 4 de la ley 22278, evaluó si M.G. era o no merecedor de ella. Y, en esa tarea, estimó





## **Poder Judicial**

que concurrían en la valoración del caso, a la luz de las pautas insertas en los artículos 40 y 41 del Código Penal, circunstancias que agravaban el reproche. Así, se superaba con creces no sólo el mínimo legal, sino también el término medio de la escala, acercándose más bien a su máximo, todo lo cual determinaba la confirmación del monto seleccionado en primera instancia, aunque se arribara a él desde otro punto de partida, más respetuoso -a su juicio- del principio de legalidad.

A renglón seguido, la Vocal reiteró que se trataba de un caso de "femicidio", que tenía que ser analizado y juzgado con perspectiva de género conforme al compromiso asumido por el Estado argentino al ratificar la "Convención de Belém do Pará" y que, si bien no podía aplicarse la prisión perpetua prevista por el legislador para estos casos, su incorporación dentro del catálogo de delitos conminados con tal pena alguna pauta mensurativa le daba al juzgador.

Agregó que en relación a la víctima, el Estado se ha comprometido de una manera privilegiada y por dos vías, por su condición de mujer y de menor de edad, destacando su especial vulnerabilidad, todo lo cual -entendió- debía tener su correlato a la hora de fijar la pena por el hecho cometido, el que debía ser visibilizado.

Finalmente, la Magistrada, partiendo de la escala fijada para la figura básica de homicidio, advirtió que el reproche por la conducta atribuida superaba con creces no sólo su mínimo legal, sino también su término medio, lo que

llevaba a descartar el beneficio de la reducción previsto en la ley 22278, por cuanto éste opera para atemperar los mínimos legales cuando aparecen como excesivos, lo que -estimó- no ocurría en el caso.

Y a partir de allí, concluyó que la pena fijada -21 años y 6 meses de prisión- lucía justa y equitativa, no sólo frente al hecho cometido, sino también a las circunstancias del imputado referidas bajo las pautas establecidas por la Convención sobre los Derechos del Niño -art. 40.4- y las Reglas de Beijing -en especial, la N° 5-. Agregó que, armonizando todos los valores y principios en juego, debían respetarse al momento de llevarse adelante la ejecución la continuidad de las medidas que venía desarrollando el encausado, así como todas aquéllas que sea posible instrumentar en su favor y las relacionadas con la problemática que trasunta el caso. También debían considerarse las pautas orientativas que surgen de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y la revisión periódica de la sanción, incluso su libertad anticipada (cfr. fallo "Mendoza", C.I.D.H., párrs. 163 y 165), más allá de las exclusiones genéricas previstas en la ley 24660 para el ilícito juzgado, las que deberían ser interpretadas conforme los parámetros que impone un régimen especial como el que nos ocupa.

Por lo demás, aclaró la Judicante que lo resuelto no implicaba desconocer el mandato convencional que reza que en materia penal juvenil la detención resulta de "ultima



## **Poder Judicial**

ratio" y por el menor tiempo que proceda, por cuanto la necesidad de sanción se había verificado sin agravios de las partes. Y, en relación a lo segundo, señaló que no debía asimilarse aquella expresión con menor tiempo "posible", pues ello no es lo exigido por la Convención y tal interpretación tornaría a la reducción en mandato constitucional y no en una facultad discrecional del juez.

4. Contra dicho pronunciamiento, interpuso el imputado M.G., con el patrocinio letrado de la Defensora General y del Asesor de Menores de Venado Tuerto recurso de inconstitucionalidad (fs. 1/30v.).

En primer lugar, invocó la causal de procedencia prevista en el inciso 2 del artículo 1 de la ley 7055, alegando contradicción entre los derechos y garantías consagrados en el bloque de constitucionalidad y lo resuelto en el caso.

Postuló que el fallo soslayó el principio de especialidad del derecho de menores y la proporcionalidad de la pena impuesta, la que -dijo- debe ser acorde al injusto enrostrado y a la reinserción social que se pretende del justiciable.

Agregó que lo que habilita la vía de revisión planteada es la incidencia que ostenta en el caso el Informe 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, surgiendo la necesidad de constatar si la pena altísima fijada resulta compatible con los estándares internacionales en la materia.

Insistió con que la sanción no guarda

proporcionalidad con la finalidad aplicable a un menor de edad, el cual, como sujeto, se encuentra en formación y en un estado de inmadurez que requiere otro tipo de ponderación por parte del Estado al momento de seleccionar la magnitud de la condena.

Por otro lado, discrepó con la interpretación efectuada del precedente "Maldonado" de la Corte nacional, en lo atinente a la no obligatoriedad de seguir las reglas de la tentativa en los casos de menores de edad.

Entendió que esta reducción de la pena sólo puede ser soslayada en el supuesto de que, durante la vigencia de la medida cautelar, el imputado no demuestre signos de arrepentimiento, o no exhiba "vocación a la reinserción", lo que no ocurrió en autos. Al respecto, explicó que M.G. en todo momento evidenció una sobria internalización de la conducta reprochada, admitiendo su negatividad y advirtiendo la necesidad de que a futuro deberá superarse para no repetirla.

Concluyó que las reglas de la tentativa son aplicables en el presente, porque permiten morigerar adecuadamente las consecuencias represivas del injusto, teniendo en cuenta la edad del encartado y la necesidad de que éste, como persona en formación, no reciba un "impacto aplastante" en su voluntad positiva de resocialización.

Estimó que el Tribunal pretendió exhibir una consideración de los valores en juego, mas rompiendo el equilibrio en perjuicio de los derechos del menor de edad,



## **Poder Judicial**

quien resulta merecedor -por imperio de la normativa nacional y supranacional- de una morigeración represiva en comparación a la que le correspondería a un adulto. Agregó que no basta con no aplicarle la pena de prisión perpetua, sino que además se requiere una ponderación más específica en lo atinente a la individualización de la pena.

5. Cabe anticipar que propiciaré la declaración de procedencia de la presente impugnación, toda vez que el razonamiento efectuado por el A quo para confirmar la pena impuesta a M.G. en primera instancia no puede ser convalidado.

En efecto, en el caso, debe partirse de considerar que el delito por el cual se declarara la responsabilidad penal del imputado y luego se resolviera la necesidad de aplicación de pena, tiene prevista como sanción la de prisión perpetua (art. 80, inc. 11, C.P.). Y lo cierto es que, tal como lo sostienen los Jueces de la causa y no fuera controvertido por las partes en la instancia de apelación, su aplicación se encuentra vedada para las personas menores de edad.

5.1. En este sentido, cabe recordar lo expuesto en mi voto en el caso "Cabrera" (A. y S. T. 246, pág. 409) oportunidad en la cual, al efectuar el control de convencionalidad sobre la pena de prisión perpetua en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 40.1 in fine, 40.2.b.1 y 40.4), concluí en su incompatibilidad con los artículos 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la regla 17 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing); y el Informe N° 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como con la doctrina constitucional sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Maldonado" (Fallos:328:4343).

5.2. En el citado Informe, 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 C.A.M., C.D.N., L.M.M., S.C.R.C. y R.D.V.F., 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).

5.3. También cabe referir que luego la Corte



## **Poder Judicial**

Interamericana de Derechos Humanos al fallar en este caso ("Mendoza y otros vs. Argentina", sentencia del 14.05.2013, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), resolvió que el Estado debía asegurar que no se vuelvan a imponer las penas de prisión o reclusión perpetuas a ninguna otra persona por delitos cometidos siendo menor de edad, así como garantizar que las personas que actualmente se encuentren cumpliendo dichas penas por delitos cometidos siendo menores de edad puedan obtener una revisión de las mismas que se ajuste a los estándares expuestos. Asimismo, -entre las distintas medidas ordenadas- se instó como medida de no repetición a que el Estado argentino modificara el régimen penal juvenil regulado a nivel federal -decreto/ley 22278/80-, en cuanto permite la aplicación de penas perpetuas a menores de edad y no cuenta con mecanismos para supervisar de forma periódica las condenas a niños, niñas y adolescentes.

Y que recientemente, en el marco de la supervisión de cumplimiento de esta sentencia, la Corte expresó preocupación con base en que "...han transcurrido casi ocho años desde la notificación de la Sentencia y no existe avance alguno en la adecuación del régimen penal juvenil en Argentina a los estándares internacionales en la materia". Puso de resalto además que "...mientras no sea reformado legislativamente el régimen penal juvenil en Argentina en los términos que ha sido ordenado en la Sentencia (...), particularmente en lo que concierne a la imposición de penas perpetuas por delitos cometidos durante

la niñez, no existe seguridad jurídica de que este tipo de penas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la Convención sobre los Derechos del Niño, puedan volver a ser impuestas por los tribunales internos. En ese sentido, a la mayor brevedad posible, el Estado debe adoptar la reforma normativa que deje sin efecto dicho tipo de penas para personas menores de edad. Mientras el Estado tenga pendiente cumplir con la referida adecuación normativa, se recuerda que para la ejecución de esta reparación es especialmente fundamental el control de convencionalidad "ex officio" entre las normas internas y la Convención Americana que deben ejercer todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces, así como el importante rol que -en el ámbito de sus competencias- tienen los tribunales internos incluso los de mayor jerarquía en el cumplimiento o implementación de las Sentencias de la Corte Interamericana" (cfr. resolución Corte I.D.H. del 23.09.2021).

5.4. Por su parte, en el fallo "Maldonado", el Máximo Tribunal de nuestro país 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,





## **Poder Judicial**

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 de la 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..."; (Fallos:328:4343, considerandos 38 y 40).

6. Descartada entonces la posibilidad de aplicación de la prisión perpetua, en el presente la única solución respetuosa de los estándares vigentes en el derecho penal juvenil y del principio de legalidad, era reducir la respuesta punitiva en la forma regulada para la tentativa, tal como lo prevé el artículo 4 de la ley 22278 -única pauta normativa existente, que además surge de la legislación específica-. En consecuencia, a partir de tal

disposición, debía fijarse la sanción a imponer dentro de la escala del artículo 44 del Código Penal para los casos de delitos reprimidos con prisión perpetua, esto es, de 10 a 15 años de prisión.

Al respecto, cabe señalar que en oportunidad de emitir mi voto en el precedente "Cabrerera", expresé que el precepto de la ley 22278 sólo podía ser interpretado en estricta correspondencia con el principio de culpabilidad disminuida. De ello se deriva la existencia de 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, por lo que para alejarse de dicha disminución o, en su defecto, de la absolución, deben analizarse concretamente los parámetros referidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Maldonado", pues, en caso contrario, la selección de la sanción escaparía a la finalidad de "ultima ratio" del derecho penal.

De este modo, se admitió la posibilidad de que, brindando adecuada fundamentación, los jueces descarten la reducción prevista en el artículo 4 de la ley 22278. Sin embargo, ello no habilitaba una solución como la escogida en el pronunciamiento impugnado. En efecto, en primer lugar, en el antecedente referido dichas consideraciones fueron formuladas a mayor abundamiento, por cuanto ninguna incidencia tenían para la resolución de la causa. Es que allí, esta Corte anuló la sentencia de declaración de responsabilidad penal del imputado menor de edad -por



## **Poder Judicial**

violación de las garantías de debido proceso y de los derechos de defensa y al recurso, entre otros-. Por tanto, no era necesario en esa oportunidad analizar cómo debía procederse en aquellos supuestos en los que -como en este caso- la decisión -aun fundada- de apartarse de la escala penal reducida de la tentativa, determinaría la imposición de una sanción vedada -como se dijo- en nuestro ordenamiento constitucional.

Ahora bien, planteada esta problemática en autos, corresponde abordarla efectuando una interpretación progresiva de las garantías constitucionales y de las obligaciones convencionales que esta Corte tiene la responsabilidad de tornar operativas. Y, en dicha tarea, como se adelantó, debe entenderse que en los casos en que se decide imponer pena a personas menores de edad por la comisión de delitos conminados con prisión perpetua, la única solución posible es la aplicación de la reducción prevista en el artículo 4 de la ley 22278.

7. Esta conclusión no sólo resulta respetuosa de los principios vigentes en materia de derecho penal juvenil, sino también acorde al principio de legalidad.

7.1. En efecto, sabido es que el principio de legalidad ha sido formulado como "nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa", prohibiendo las penas sin ley y exigiendo que ésta sea previa, escrita, cierta y estricta. Fue Beccaría quien definió y extendió la mentada necesidad de ley no sólo para la tipificación de las infracciones legales, sino también

para las respuestas punitivas.

De la exigencia de legalidad se derivan los principios de máxima taxatividad legal e interpretativa, en función de los cuales la integración analógica de la ley penal está prohibida "in malam partem" (Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro: "Manual de Derecho Penal Parte General", Editorial Ediar, Bs. As., 2005, 1° ed., págs. 106/107).

Y lo cierto es que, si bien en ciertos supuestos se podría admitir que se deje de lado la escala reducida del artículo 4 de la ley 22278 -teniendo en cuenta los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, necesidad y mínima intervención-, en el presente ello no es admisible. Es que, -como se explicó- en el caso escoger tal alternativa trae como resultado una particularidad: la pena prevista legalmente para el delito por el cual se condena a M.G. se encuentra -por las razones esgrimidas ut supra- vedada para las personas menores de edad.

Ante este panorama, debe buscarse una solución y la única alternativa nos la da el mismo ordenamiento normativo al contemplar la posibilidad de reducir la pena en la escala de la tentativa, pauta prevista en el artículo 4 de la ley 22278, legislación específica vigente en materia de régimen penal juvenil. En consecuencia, conforme al mencionado precepto, debe reducirse la escala en el modo previsto en el artículo 44 del Código Penal para la tentativa de delitos reprimidos con prisión perpetua. Cualquier otra



## **Poder Judicial**

interpretación genera la necesidad de determinar una escala penal dentro de la cual debería fijarse la sanción a imponer, incurriéndose en una integración analógica "in malam partem" inadmisibles en materia penal.

7.2. Asimismo, lo propuesto responde a los estándares vigentes en el derecho penal juvenil.

Al respecto, no puede desconocerse que los niños poseen los derechos de todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (Corte I.D.H., OC 17/02 Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54).

Pero, además, estos derechos especiales que tienen las personas menores de edad por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento es un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, en especial, de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Pacto de San José de Costa Rica (cfr. cons. 33, "Maldonado", C.S.J.N.)

Dentro de este ámbito de protección especial, la Convención sobre los Derechos del Niño acuerda en su artículo 37, inciso b, un derecho fundamental al disponer que "...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”.

En similar sentido, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (aprobadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, del 29 de noviembre de 1985) establecen que “[l]a decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: (...) b) [l]as restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible” (regla 17.1) y que “[e]l confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible” (regla 19.1).

Asimismo, las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, del 14 de diciembre de 1990), entre sus perspectivas fundamentales, proclaman que “[l]a privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo”.

Por otra parte, 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



## **Poder Judicial**

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...”.

Del mismo modo, mediante la reglamentación de su artículo 19 que reconoce el derecho a la libertad (cfr. anexo del decreto 415/06), se establece que en su aplicación deben considerarse parte integrante de dicha norma: las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad (Reglas de La Habana); las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing); las Directrices de 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 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-. Por tanto, resulta incorporado al derecho interno, con plena operatividad, un conjunto de instrumentos internacionales que precisamente tienen por finalidad limitar el poder punitivo del Estado en los casos de delitos cometidos por personas menores de edad.

En consecuencia, no puede relativizarse la incidencia de la ley 26061 -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.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó en el caso "Mendoza" referido los principios de "ultima ratio" y de máxima brevedad posible en la aplicación de las penas, siguiendo las directivas impartidas por el artículo 37, inciso b de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Ese mismo Tribunal, en la Opinión Consultiva 17/02 ya citada, entendió que "...es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en las 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 procedimiento" (párr. 96).

También cabe mencionar las observaciones finales del Comité Internacional de los Derechos del Niño (órgano de control de la Convención) para Argentina, en las que señala la falta de compatibilidad de la ley 22278 con la Convención, reafirmando los principios de "ultima ratio" y máxima brevedad de la pena.

De lo reseñado, surge inequívocamente que los principios que rigen el derecho penal juvenil establecen claramente que la sanción penal debe operar como "ultima





## **Poder Judicial**

ratio”, de manera subsidiaria y siempre atendiendo al interés superior del niño (cfr. voto de la dra. Ledesma en “M., C. A. y otros s/ rec. revisión”, Cám. Fed. Casación Penal, Sala II, 21.08.2012).

7.3. En este contexto, en el caso analizado, no quedan dudas de que la aplicación de la escala penal reducida en la forma prevista para la tentativa para los delitos reprimidos con pena de prisión perpetua conforme al artículo 44 del Código Penal -10 a 15 años de prisión- reduce el encarcelamiento al menor tiempo posible, respetándose de este modo la legalidad y los estándares referidos respecto a la prisión como medida de último recurso y por el tiempo más breve posible.

8. En función de lo expuesto, la solución adoptada por la Cámara resulta descalificable desde la óptica constitucional.

Es que, la Alzada, luego de considerar que la reducción prevista por la ley 22278 es facultativa y no obligatoria para los jueces, brindó las razones por las cuales no correspondía -en su estima- aplicarla en el caso de M.G. y, en consecuencia, al no poder imponerle la pena de prisión perpetua, recurrió a una integración normativa para buscar cuál era la escala penal a tener en cuenta. En ese cometido, entendió que aquélla debía ser la prevista para la figura básica del delito por el cual se había condenado al justiciable y, dentro de la escala del homicidio simple, confirmó la pena impuesta en primera instancia que había sido de 21 años y 6 meses de prisión.

Mas en este razonamiento el A quo no debió desatender que, al dejar de lado la reducción de la pena en el modo previsto para la tentativa, se apartaba de los principios específicos vigentes en la materia -privación de la libertad como "ultima ratio" y por el menor tiempo posible-. Ello es así, por cuanto la solución a la que arribara la Cámara implica desconocer lo dispuesto por el artículo 37, inciso b de la Convención sobre los Derechos del Niño -norma con jerarquía superior que manda a imponer la pena más breve posible-, al habilitar la consideración a la hora de individualizar la pena del imputado de una escala penal con un máximo -25 años- ostensiblemente mayor al que surge de aplicar la escala atenuada prevista en el artículo 4 de la ley 22278 -15 años-.

Pero además, tal decisión resulta violatoria del principio de legalidad que rige también respecto de la pena y, en especial, de la prohibición de integración normativa "in malam partem". Es que, los Magistrados debieron "buscar" una escala penal para el caso, realizando -como se dijo- una integración normativa vedada en materia penal, máxime cuando se hizo en perjuicio del imputado. En efecto, como resultado del razonamiento seguido por los Judicantes, se tuvo en cuenta una escala penal más gravosa -8 a 25 años- que la que hubiera correspondido en caso de optar por la solución normativa -10 a 15 años-, aplicándosele en definitiva una sanción -21 años y 6 meses de prisión- muy superior al máximo posible conforme la prevista legalmente -15 años-.



## **Poder Judicial**

La descalificación constitucional del pronunciamiento cuestionado no importa desconocer la gravedad del hecho aquí analizado. En efecto, en el presente se investiga y juzga un "femicidio" que, atento a la condición de vulnerabilidad de la víctima -una niña de 14 años de edad embarazada- exige una respuesta del Estado acorde a los compromisos internacionales asumidos. Por ello, tales circunstancias si bien no habilitaban el apartamiento del marco legal referido a la hora de determinar la escala penal, sí deberán ser tenidas en cuenta para individualizar la pena del imputado conforme las pautas sentadas por los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Del mismo modo, no pueden obviarse las implicancias que la solución aquí propiciada -aplicación obligatoria de la escala penal prevista para la tentativa (10 a 15 años de prisión) en casos de personas menores de edad a quienes se les impute la comisión de un delito conminado con pena de prisión perpetua- genera en relación a las escalas penales a considerar en supuestos de atribución a jóvenes de delitos cuya pena máxima -aun reducida en el modo establecido en el artículo 4 de la ley 22278- fuera mayor a 15 años de prisión.

Al respecto, cabe señalar que ello es consecuencia de las inconsistencias provocadas por sucesivas reformas parciales asistemáticas y contradictorias introducidas a la legislación penal argentina en los últimos años, las que han resquebrajado

completamente el principio de proporcionalidad de las penas.

En consecuencia, la jurisdicción no puede hacerse cargo de estas inconsistencias en la dosimetría penal y debe sujetar el caso a la ley aplicable, que no es otra que la 22278, cuyo artículo 4 da la única pauta normativa para determinar la escala penal aplicable en autos en función del condicionante derivado de la prohibición de la aplicación de la pena de prisión perpetua a los niños, niñas y adolescentes (conforme lo expuesto ut supra en el punto 5), lo que impide validar una pena fija (perpetua) atendiendo a la edad del imputado al momento de cometer el hecho por el que se lo juzga.

9. En conclusión, la decisión impugnada, al confirmar la pena impuesta en primera instancia, se apartó de los principios específicos vigentes en el derecho penal juvenil y del de legalidad -al efectuar una integración normativa en perjuicio del imputado-, lo cual la torna descalificable desde la óptica constitucional, debiendo ser anulada.

Por todo lo expuesto, voto, pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, la señora Ministra doctora Gastaldi dijo:

1. Coincido sustancialmente con el relato de antecedentes y con la solución que se propicia en el voto del señor Ministro doctor Erbetta, en el sentido de que el apartamiento de la escala de la tentativa prevista en el



## **Poder Judicial**

artículo 4 de la ley 22278 en un supuesto como el presente, en que se condenara a M.G. por un hecho cometido mientras era menor de edad, resulta descalificable desde la óptica constitucional. Pues, conforme el desarrollo efectuado por el señor Ministro preopinante, los Jueces, recurriendo a una interpretación "in malam partem", soslayaron inmotivadamente las implicancias del principio de legalidad y de aquéllos específicos que rigen en el derecho penal juvenil.

2. De igual manera, sin que lo decidido implique desentenderse de las particulares circunstancias de la causa, al tratarse la víctima de una mujer, menor de edad, embarazada y la particular protección constitucional y convencional que ello implica conforme los compromisos internacionales asumidos. Las que, en su caso, deberán ser tenidas en cuenta por los jueces de la causa al momento de determinar la pena, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Por todo lo expuesto, voto, pues, por la afirmativa.

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

1. En primer lugar, coincido con lo expuesto por el señor Ministro doctor Erbetta en el punto 5 de su voto en cuanto a que el delito por el cual se declarara la responsabilidad penal del imputado y luego se resolviera la necesidad de aplicación de pena, tiene prevista como sanción la prisión perpetua (art. 80, inc. 11, C.P.), mas

su aplicación se encuentra vedada para los menores de edad.

En ese sentido, cabe recordar lo expuesto por el suscripto in re "Cabrera" (A. y S. T. 246, pág. 409) en torno a que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe 172/10, concluyó que Argentina "...al imponer la pena de prisión perpetua a C.A.M., L.M.M., S.C.R.C. y R.D.V.F., y de reclusión perpetua a C.D.N. 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 artículo 1.1 y 2 del mismo instrumento" (cons. 189).

Manifesté que la Comisión, para arribar a tal conclusión, 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



## **Poder Judicial**

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).

Y en ese sentido, puso de resalto la Comisión 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). Así, concluyó 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).

Todas estas pautas sirvieron luego para que la Cámara Federal de Casación Penal interviniera en un recurso de revisión y finalmente anulara la imposición de penas

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

En el precedente mencionado, también aludí a la doctrina emanada del Máximo Tribunal de la Nación, que de algún modo se había anticipado a los lineamientos efectuados en el orden convencional. De esta forma, en "Maldonado" 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...", al tiempo que 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" (cons. 40).

2. Dicho ello, entiendo también -como lo expresé en el precedente "Cabrera"- que ante la imposibilidad de aplicación de la pena de prisión perpetua, "...la única forma





## **Poder Judicial**

de compatibilizar la sanción con los estándares de mínima intervención, resocialización, ultima ratio, subsidiariedad e interés superior del niño que rigen la materia" es decidir acerca de la aplicabilidad de la escala reducida de la tentativa en los términos del artículo 4 de la ley 22278 (en tal sentido, cfr. causa "M. y otros s/ recurso de revisión", C.F.C.P., Sala II causa nro. 14.087).

Es esa la solución respetuosa de los estándares vigentes en el derecho penal juvenil -ut supra expuestos- y también del principio de legalidad penal, ya que el artículo aludido es la única pauta normativa existente, que además surge de la propia ley aplicable en la materia.

De este modo, comparto lo expuesto por los votos precedentes en relación a las exigencias propias del principio de legalidad y su derivado de máxima taxatividad legal e interpretativa, a partir de la cual se encuentra vedada la interpretación analógica de la ley penal "in malam partem".

Y en el caso, donde la pena prevista legalmente para el delito por el cual se condenó a M.G. se encuentra vedada por haber sido cometido éste cuando era menor de edad, la única alternativa la brinda el mismo ordenamiento normativo al contemplar la posibilidad de reducir la pena en la escala de la tentativa, pauta prevista en el artículo 4 de la ley 22278, disposición que se encuentra en la legislación específica vigente en el régimen penal juvenil, que es la "...pieza jurídica fundamental nacional en la materia...", en palabras de la Corte Suprema nacional (cfr.

cons. 25, fallo "Maldonado"). Cualquier otra solución genera la necesidad de determinar una escala penal dentro de la cual debería fijarse la sanción a imponer, so pena de incurrir en una integración analógica "in malam partem", inadmisibles en materia penal.

Es en razón de lo expuesto que la decisión adoptada por la Cámara resulta descalificable desde la óptica constitucional. En efecto:

Al entender que la pena de prisión perpetua se encontraba vedada en el caso, la Alzada expresó los motivos a partir de los cuales estimaba que no correspondía aplicar la reducción prevista en la ley 22278 y recurrió a una integración normativa con el fin de buscar una escala alternativa, al considerar la "...ausencia de un mecanismo sustitutivo previsto en la ley para casos como el que nos ocupa (prisión perpetua inaplicable para imputado menor)". Y en esa labor, entendió que debía ser la establecida para la figura básica del delito por el cual se condenaba al justiciable, manifestando las circunstancias por las que -a su juicio- correspondía confirmar la pena impuesta en primera instancia que había sido de 21 años y 6 meses de prisión.

En este punto, concuerdo con los votos que me preceden en cuanto a que el Tribunal, al soslayar la reducción de la pena que dispone el artículo 4 de la ley específica, no sólo se apartó de los principios vigentes en la materia, sino que también afectó el principio de legalidad y, en especial, el de máxima taxatividad interpretativa y la



## **Poder Judicial**

prohibición de integración normativa "in malam partem", al optar por una escala penal que le permitió imponer una pena más gravosa que la que hubiera correspondido en caso de aplicarse la solución legal prevista, determinando -en perjuicio del imputado- una sanción (21 años y 6 meses de prisión) superior al máximo establecido de acuerdo al artículo 4 de la ley 22278 (15 años, conforme al art. 44, C.P.).

3. Por último, no se desconoce la magnitud de los hechos juzgados y las circunstancias del caso que tuvieron en cuenta los Magistrados para agravar el reproche de M.G. -al tratarse la víctima de una mujer menor de edad, embarazada- y la particular protección constitucional y convencional que ello implica, mas tales extremos no pueden motivar el apartamiento del marco legal establecido por las normas y principios aludidos; antes bien tendrá su impacto a la luz de las pautas insertas en el artículo 41 del Código Penal.

Por tales razones, voto, pues, por la afirmativa.

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

1. Comparto la solución por la anulación de la sentencia recurrida, toda vez que entiendo que la misma resulta descalificable desde la óptica constitucional.

Ello es así pues, conforme al desarrollo argumental de los votos que anteceden en orden a los principios fundamentales que imperan en materia penal juvenil, ha de concluirse que los Sentenciantes se

apartaron de los estándares específicos aplicables a las concretas circunstancias del caso, adoptando una solución reñida con el principio de legalidad por efectuar una interpretación "in malam partem", debiendo en tal sentido -como se adelantó- anularse la decisión impugnada.

2. Dicho esto, se impone señalar que no escapan al análisis de esta Corte las particulares circunstancias del hecho por tratarse la víctima de una mujer menor de edad embarazada y la especial protección con anclaje constitucional y convencional que tuvo en cuenta la Cámara al efecto; pero, en virtud de las razones apuntadas precedentemente, ello no puede justificar el apartamiento al marco legal establecido por las normas aludidas en orden a la escala penal aplicable, antes bien encuentra proyección en la esfera de determinación de la pena conforme a las pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Voto, pues, por la afirmativa.

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

1. Atento el resultado obtenido al tratar la primera cuestión, corresponde que me pronuncie sobre la procedencia de la presente vía.

La decisión puesta en crisis por la defensa técnica consiste en la confirmación de la sentencia de grado, por medio de la cual -a su turno- se condenó a M.G. a la pena de 21 años y 6 meses de prisión, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de homicidio



## **Poder Judicial**

calificado por "femicidio", hecho cometido siendo menor de edad (sentencia 275, del 5.07.2016, confirmada por la Cámara de Apelación en lo Penal por acuerdo 8 del 3.04.2017). En la instancia de grado, la defensa del imputado, el Asesor de Menores y la fiscalía interpusieron recursos de apelación. Los primeros, coincidieron en la necesidad de fijar una pena, mas cuestionaron el quantum de la sanción punitiva impuesta, peticionando la aplicación de la correspondiente al delito cometido -art. 80, inc. 11, C.P.- disminuida en el grado de la tentativa, conforme el artículo 44 del Código Penal. Por su parte, el Fiscal de Cámaras desistió del agravio en orden a la imposición de la pena de prisión perpetua, con fundamento en el fallo "Cabrera" de esta Corte, peticionando la aplicación de 23 años y 6 meses de prisión.

La Cámara, por acuerdo 14 de fecha 28.02.2018, confirmó el pronunciamiento que impusiera el monto de 21 años y 6 meses de prisión.

2. Los reproches que dirige la impugnante a dicho acuerdo giran en torno a dos ejes principales: a) el primero, basado en que el fallo soslayó el principio de especialidad del derecho de menores y la proporcionalidad de la pena impuesta, la que -entiende- debe ser acorde al injusto enrostrado y en orden a la reinserción social que se pretende del justiciable, aludiendo a la incidencia que ostenta en el caso el Informe 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y b) el segundo, al achacar a dicho pronunciamiento una interpretación

incorrecta del precedente "Maldonado" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo atinente a la no obligatoriedad de seguir las reglas de la tentativa en los casos de menores de edad.

3. Ahora bien, luego de efectuar una atenta lectura de la sentencia en crisis y de las constancias de la causa, considero que no asiste razón a la impugnante en cuanto a la configuración de los vicios descalificatorios endilgados a la misma, por lo que adelanto que el recurso de inconstitucionalidad interpuesto no habrá de prosperar en esta instancia.

Es que, no obstante los reproches de la defensa, advierto en los mismos sólo insistencia por parte de la interesada en imponer su propia postura en cuanto a la solución que correspondería al presente, mas sin hacerse cargo con argumentos idóneos de los fundamentos expuestos por el A quo y sustentados en las constancias del caso para arribar a su decisión.

4. En primer lugar, conforme señala el señor Procurador General, se advierte que todo el desarrollo argumentativo de la Alzada -como se verá- se motivó a partir de los postulados constitucionales y los estándares internacionales aplicables en materia de justicia penal juvenil.

De tal modo, surge que el análisis efectuado partió de considerar que el delito por el cual se declaró la responsabilidad penal del imputado y luego se resolvió la



## **Poder Judicial**

necesidad de aplicación de pena, tiene prevista como sanción la de prisión perpetua (art. 80, inc. 11, C.P.). Sobre ello, la Vocal del primer voto -a la que adhirieron sus colegas- consideró y destacó el desistimiento fiscal en relación a su primigenia pretensión y los lineamientos sentados por organismos internacionales que descalifican la aplicación de penas absolutas para casos de menores de edad, con cita de las conclusiones del Informe 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En consonancia con ello, la Alzada mencionó precedentes jurisprudenciales de insoslayable aplicación en la materia, tales como "Maldonado" (C.S.J.N.) y "Cabrera" (C.S.J.S.F.) en el ámbito local.

Seguidamente, y sin perjuicio de no existir controversia -por la etapa procesal arribada- sobre la necesidad de imponer sanción en el caso concreto, la Cámara brindó una serie de fundamentos en orden a la finalidad de la pena para el supuesto de un menor de edad, su significación y las particulares características que guarda la misma al resultar su destinatario un sujeto en formación. En tal sentido, expresó que "...no se desconoce la ideología que sustentara el Derecho de Menores en el orden penal, siendo que aparece como una justicia de excepción con ribetes preponderantemente tuitivos tendientes a la recuperación individual y en el orden social, exenta de espíritu vindicativo, por cuanto no se trata de imponer una pena por la pena misma, ni por la mera retribución; sin embargo se repara que se está frente a un

supuesto de menor punible, es decir respecto del cual la legislación vigente prevé la aplicación de sanción bajo ciertas condiciones que se han encontrado configuradas, lo cual resulta a esta altura incontrastable aún para todas las partes actuantes en el proceso”.

En línea con lo anterior, citó fragmentos pertinentes de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) aplicables al caso de autos, relativas a la proporcionalidad en la respuesta al delito, teniendo en cuenta sus circunstancias y gravedad, las necesidades y circunstancias del menor, como así también las de la sociedad (regla 1.7 y punto 1.4 de los principios generales).

4.1. Luego de ponderar tales premisas, la Cámara confirmó el monto impuesto en baja instancia, aunque por un mecanismo sustitutivo de la aplicación de la pena de prisión perpetua -descartada por los argumentos señalados-, y a ese fin determinó la escala legal sobre la que debía fijarse la sanción. En dicha labor, no convalidó el mecanismo adoptado en baja instancia para llegar a ese resultado, exponiendo las razones para decidir así, sin perjuicio de resaltar la “...loable intención del A-quo de individualizar la pena teniendo en cuenta las particularidades del caso y su gravedad”.

Para confirmar el monto de pena dado, conforme la interpretación de la jurisprudencia ya citada, concluyó que la reducción a la tentativa que prevé el artículo 4 de la ley





## **Poder Judicial**

22278 es una facultad de la jurisdicción incluso para hechos como el juzgado en el presente, y que de dichos fallos no surge la obligatoriedad de realizar esa operación por ser el imputado un menor de edad. Mas justipreció -por interpretación convencional y tal como sentara la Corte nacional en "Maldonado"- que dicha respuesta punitiva debe ser diferenciada e inferior a la que correspondería, en igualdad de circunstancias, respecto de un adulto.

Expuso que aun en el caso hipotético de entenderse que dicha reducción es imperativa para la judicatura, se presentan aquí nuevas circunstancias que ameritarían apartarse de esta interpretación jurisprudencial que sostiene la recurrente, como resulta ser el análisis de autos bajo la perspectiva de género desarrollada en las anteriores instancias, por tratarse el hecho juzgado de un "femicidio" y, por ende, la operatividad que asumen las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar la "Convención de Belém Do Pará" (art. 7, inc. c).

Explicó que la pretendida reducción del monto de la pena, a la hora de establecer la respuesta estatal, tiene su razón de ser en la proporción que debe guardar la sanción tanto con las circunstancias específicas del menor, como con las particularidades del caso concreto y la infracción cometida; y expresó que en el "sub examine" no se observa ningún argumento al respecto que justifique tal disminución.

Seguidamente, adujo que ante la ausencia de un

mecanismo sustitutivo previsto en la ley para casos como el presente, debe acudirse a la escala prevista para el homicidio simple -8 a 25 años de prisión, art. 79, C.P.-, al juzgarse una figura calificada de la básica, la que queda en pie al excluir la sanción absoluta prohibida convencionalmente.

A partir de esa escala, la Alzada entendió que debía partir el análisis acerca de si M.G. es merecedor de la reducción facultativa del artículo 4 de la ley 22278, y a ese fin valoró, en primer término, a la luz de las pautas de los artículos 40 y 41 del digesto de fondo, las circunstancias que agravan el reproche. Entre ellas, ponderó: a) que el caso se trata de un homicidio agravado por "femicidio", respecto del cual Argentina asumió obligaciones frente a la comunidad internacional, figura conminada con pena absoluta no aplicable por ser menor el imputado, pero que alguna pauta mensurativa le otorga al juzgador; b) la protección integral -por leyes nacional 26061 y provincial 12967- hacia los derechos del encartado, con proyección similar respecto de los derechos de la víctima, por su condición de menor de edad al tiempo del hecho y, por ende, destinataria de una especial tutela estatal; c) se trata de un atentado contra una mujer/menor embarazada, circunstancia que conocía el justiciable; y d) el comportamiento seguido por el encartado luego de perpetrar el hecho, al manipular el celular de la víctima con ánimo de profundizar el estado de incertidumbre en sus familiares y amigos ante su búsqueda.



## **Poder Judicial**

Tales circunstancias fueron las valoradas por la Cámara, y así justificó que el hecho cometido supera con creces no sólo el mínimo legal de la figura, sino también el término medio de la escala, y de esa forma desestimó la posibilidad de reducir la pena a aplicar conforme la tentativa, tal como faculta el régimen penal juvenil.

Luego, consideró el Tribunal que no cabía receptar la pretensión fiscal -monto de 23 años y 6 meses de prisión conforme el mecanismo de determinación seguido por el A quo-, valorando otras pautas que operan de modo favorable para el imputado, tales como su actitud colaborativa frente al proceso, su sujeción a las medidas instrumentadas tanto cautelares como socioeducativas y su posición admisiva de responsabilidad que permitió esclarecer el hecho en lo que respecta a su intervención.

Por todos esos motivos, la Alzada estimó que el monto impuesto lucía justo y equitativo frente al delito cometido, como también frente a las circunstancias del justiciable -conforme las pautas que rigen la C.I.D.N. y las Reglas de Beijing-, propiciando asimismo en la ejecución la continuidad de las medidas favorables que viene desarrollando el encausado, su revisión periódica e, incluso, su libertad anticipada, todo ello en el marco de interpretación impuesto por el régimen especial minoril.

4.2. Con lo anterior, se advierte sin más que la Cámara brindó de forma pormenorizada sobrados fundamentos, diferenciando este caso con el trato que se da a los mayores imputados, de conformidad con los estándares

internacionales, desde que justificó no sólo la necesidad de aplicar pena -como se vio, aun ante la particularidad de que dicho punto no resultaba materia controvertida en la instancia apelatoria-, sino también la prescindencia de la escala reducida de la tentativa.

Asimismo, valoró de qué manera resultaba adecuada para promover la reintegración del entonces menor y explicó, por último, cómo deberá efectivizarse su revisión periódica, teniendo presente que las excepciones contempladas en la ley 24660 conforme el ilícito juzgado deberán ser interpretadas en el marco de los parámetros específicos del régimen especial que rige el "sub lite".

Con tales argumentos, coincido con el señor Procurador General, al no advertir que la interpretación dada por el Tribunal del artículo 4 de la ley 22278 se encuentre en pugna con la literalidad de la norma, ni con lo expuesto por el Máximo Tribunal nacional in re "Maldonado". En el mismo sentido, entiendo que la labor de la Alzada se ajusta a los parámetros sentados por esta Corte en "Cabrerá", en el cual se reconoció que resulta facultativa para los magistrados y que el juez debe exponer las razones que lo llevan a aplicarla o a apartarse de la reducción prevista (A. y S. T. 246, pág. 409).

4.3. Frente a estas premisas, como se adelantó, la compareciente insiste con su postura, alegando que la Cámara soslayó la especialidad que opera en la materia y efectuó una interpretación jurisprudencial errónea. Mas no concreta una



## **Poder Judicial**

crítica razonada de los argumentos brindados por la Alzada, ni refuta idóneamente las consideraciones -bajo la perspectiva que se invoca- que efectivamente dedicó la sentencia confirmada y que, en definitiva, implicó una respuesta punitiva estatal sustancialmente inferior a la que le correspondería, en igualdad de condiciones, a un adulto.

De este modo, no alcanza a persuadir que los Judicantes hubieran decidido por fuera de los márgenes razonables del ejercicio de la magistratura, teniendo en cuenta la magnitud del hecho juzgado, las especiales circunstancias del caso y -tal como cita la doctora Hernández en su voto- la necesidad de armonizar todos los valores en juego.

5. En conclusión, y conforme las consideraciones efectuadas, se evidencia que la recurrente no acredita con sus postulaciones los vicios que le endilga al fallo, ni persuade de que la Alzada hubiera desbordado de manera irrazonable las posibilidades interpretativas de las normas aplicables en un apartamiento de los principios constitucionales y convencionales imperantes en materia de derecho penal juvenil, como genéricamente se invoca.

Voto, pues, por la negativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Spuler expresó idénticos fundamentos a los vertidos por el señor Presidente doctor Falistocco y votó en igual sentido.

A la tercera cuestión -en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar?- el señor Ministro doctor

Erbetta dijo:

Atento al resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, anular la determinación de la pena efectuada en la sentencia impugnada. Remitir la causa al Tribunal que corresponda a los fines de que la misma sea nuevamente juzgada conforme las pautas sentadas.

Así voto.

A la misma cuestión, la señora Ministra doctora Gastaldi, el señor Presidente doctor Falistocco y los señores Ministros doctores Gutiérrez, Netri y Spuler dijeron que la resolución que correspondía dictar era la propuesta por el señor Ministro doctor Erbetta y así votaron.

En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia RESOLVIÓ: Declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, anular la determinación de la pena efectuada en la sentencia impugnada. Remitir la causa al Tribunal que corresponde a los fines de que la misma sea nuevamente juzgada conforme las pautas sentadas.

Registrarlo y hacerlo saber.

Con lo que concluyó el acto, firmando el señor Presidente y los señores Ministros, de lo que doy fe.



## **Poder Judicial**

FALISTOCCO

ERBETTA

GASTALDI

GUTIÉRREZ

NETRI

(en disidencia)

SPULER

PORTILLA

Tribunal de origen: Jueces del Colegio de Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, doctora Hernández y doctores Ivaldi Artacho y Mascali.

Tribunal que intervino con anterioridad: Juez de Menores de Venado Tuerto, doctor Prado.

### **REFERENCIAS:**

Ministro Firmante: 27/12/2021 DR. ERBETTA  
Ministra Firmante: 27/12/2021 DRA. GASTALDI  
Ministro Firmante: 27/12/2021 DR. NETRI  
Secretaria Firmante: 27/12/2021 DRA. PORTILLA

Se deja constancia que el presente acto jurisdiccional fue firmado por los señores Ministros y por quien suscribe, en la fecha y hora indicada en el sistema informático del Poder Judicial de la Provincia, en forma digital (Ley Nacional 25506; Decreto Reglamentario 2628/02; Ley Provincial 12491 y Acordada CSJSF n° 42 punto 3 de fecha 11/10/06). Santa Fe, 27 de diciembre de 2021. FDO.: DRA. PORTILLA (SECRETARIA)