

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 1024

CUIJ: 13-02843248-2((012174-8999101))

F.C/RIOS VALLEJOS, JUAN, HERRERA, OSCAR, NAVARRO, JULIO
MARTIN Y LEDESMA, JONATHAN P/HOMICIDIO AGRAVADO ROBO
AGRAV. C. REAL P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN



En Mendoza, a los 23 días del mes de diciembre del año dos mil catorce, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° **(012174-8999101)**, con CUIJ N° **13-02843248-2**, caratulada **“F.C/RIOS VALLEJOS, JUAN, HERRERA, OSCAR, NAVARRO, JULIO MARTIN Y LEDESMA, JONATHAN P/HOMICIDIO AGRAVADO ROBO AGRAV. C. REAL P/ RECURSO EXT. DE CASACIÓN”**.

De conformidad con lo decretado a fojas 1021 quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, Dr. Omar Palermo; segundo, Dr. Alejandro Pérez Hualde; y, tercero, Dr. Mario Daniel Adaro.

ANTECEDENTES:

Que a fs. 884/889 la abogada Mariela Herrera, en representación de Jonathan Mauricio Ledesma Reche, interpone revisión a favor de éste. Funda su petición en el art. 495, inc. 5 del C.P.P.

A fs. 911 se da trámite de ley al recurso interpuesto. A fs. 1020 se fija fecha de audiencia para deliberar, la que es realizada en fecha 15 de diciembre de 2014 conforme surge de fs. 1021, donde se señala el orden de votación de la causa y se fija fecha de lectura de la sentencia, la que fue modificada conforme decreto de fs. 1023.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. OMAR PALERMO, DIJO:

1.- La situación de Jonathan Ledesma Reche y el trámite de las actuaciones que derivaron en la imposición de su condena.

En la presente causa a Jonathan Ledesma Reche se le endilgó su intervención en el hecho ocurrido en fecha 22 de junio de 2001 cuando, siendo aproximadamente a las 4:45 horas, el Sr. Mario Hipólito López Pérez -de más de 70 años de edad- domiciliado en calle Telles Meneses 178 de San Rafael, fue agredido en su vivienda -en momentos en que descansaba- por un grupo de personas. A los fines de que la víctima revelara el lugar donde guardaba el dinero, los autores del hecho la golpearon y, ante su negativa, el imputado Ríos ayudado por Herrera tomó un cuchillo hiriendo a López. A su vez el imputado Navarro desde la puerta de la vivienda, encendía y apagaba la luz, a pedido de Ríos y Herrera, no pudiendo sostener ni impedir el accionar de los mencionados. Al momento en que Herrera y Ríos agredían a la víctima, Ledesma tapaba la boca de López Perez para que no gritara y alertara a los vecinos. A la víctima le sustrajeron una garrafa y un radio grabador con un CD, color negro. Finalmente, en razón de las heridas que recibió en su cabeza y pecho, López fue trasladado al Hospital Shestakow, encontrándose imposibilitado de prestar declaración testimonial, dejando de existir en fecha 29 de junio de 2001.

Luego de ser imputado en la causa de referencia, se ordenó su traslado a la penitenciaria provincial pero, al advertirse que al momento de la comisión del hecho delictivo Jonathan Ledesma tenía 17 años de edad, se dispuso dejar sin efecto el traslado dispuesto y se ordenaron, por pieza separada, medidas tutelares –ver fs. 269-. Posteriormente se dictó el procesamiento de Jonathan Ledesma

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Reche -fs. 293/296 vta.-.

Elevada la causa a juicio el presidente de la Cámara del Crimen interviniente solicitó al juez instructor que informara sobre las medidas tutelares dispuestas en pieza separada y, en su caso, que acompañara las actuaciones –ver fs. 347-. El Juez de Instrucción, por su parte, informó que aquellas actuaciones habían sido remitidas al tribunal en forma conjunta con los obrados principales –ver fs. 349-.

En fecha 8 de julio de 2003 la Primera Cámara del Crimen de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza condenó a Jonathan Ledesma Reche, por el hecho antes descripto, a prisión perpetua al encontrarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio *criminis causae* en concurso real con robo agravado por el uso de arma. La resolución unificó la condena pues Ledesma Reche tenía una condena en los autos N° 13.874/139.111 a cinco años de prisión dictada el 19 de febrero de 2003.

La Sala II de esta Suprema Corte de Justicia confirmó la sentencia condenatoria el 22 de diciembre de 2003 -ver fs. 524/531y vta.- y rechazó los agravios formulados por Jonathan Ledesma Reche. Posteriormente Jonathan Ledesma Reche presentó, *in pauperis*, un reclamo que fue desestimado *in limine* por la Cámara del Crimen -ver fs. 721-. Finalmente, la defensa oficial interpuso una revisión a favor de aquél –ver fs. 836/841- la que resultó rechazada –ver fs. 855/856 y vta.-.

2.- La presente revisión.

La defensa insta la aplicación del precedente recaído en la causa “Roldán Cajal” (L.S. 436:168). Sostiene que en el caso de Jonathan Ledesma Reche se han conculcado las normas del decreto/ley 22.278 (arts. 4 y 8) y de la ley 6354 (arts. 115, 116 y 148). Además que «*no se le aplicó ningún tratamiento tutelar, el tribunal debería haber extremado en este caso el tratamiento tutelar exigido por la norma, como presupuesto para una condena*» -recurso, fs. 885 vta.-.

Solicita que el caso bajo examen sea reexaminado conforme los lineamientos sentados por la Corte Federal en la sentencia registrada en Fallos 333:1657 y en el precedente “Maldonado”, registrado en Fallos 328:4343. Agrega que *«la falta de fundamentación en la necesidad de aplicar una pena, como también la individualización de la misma impiden el control de razonabilidad y el resguardo del cumplimiento de la garantía constitucional del debido proceso»* (art. 18 de la C. N).

Concluye que *«un individuo que ha sido penalmente condenado tiene un derecho constitucional: que la sentencia sea revisada o controlada por un tribunal superior, y que dicha revisión comprenda todos aquellos argumentos en los que se ha sustentado la condena, es decir, aquellas que en virtud de su posible modificación tienen la aptitud para alterar la condena o la pena a favor del recurrente, siempre y cuando le resulte posible al tribunal de alzada, sin afectar el principio de inmediación»*.

Cita, en abono de su pedido, el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, “Mendoza, Cesar Alberto y otros s/ Recurso de revisión”.

Formula reserva de caso federal.

3.- Dictamen del Sr. Procurador General de esta Suprema Corte de Justicia.

El titular del Ministerio Público se expide por la procedencia del remedio intentado. Considera que en el caso bajo examen, corresponde la anulación del pronunciamiento en relación a la aplicación de la pena de prisión perpetua aplicada a Jonathan Ledesma Reche por resultar consecuencia de una interpretación más gravosa de la pena que la actualmente sostenida por esta Suprema Corte de Justicia. Por lo tanto, solicita que se remita la causa al tribunal subrogante a fin de que individualice la pena con arreglo al entendimiento expresado en el precedente “Roldan Cajal” -L.S. 436-168-.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Por su parte en la audiencia de *visu* llevada a cabo el día 20 de mayo de 2014, previo a la resolución de la presente causa, refirió el Sr. Procurador que ya se había expedido oportunamente en favor de viabilidad del recurso de revisión impetrado -ver fs. 968 y vta.-.

4.- La solución.

La solución que en mi opinión corresponde ofrecer al caso de autos debe ser explicada desde un doble punto de vista. Por un lado, en lo que respecta estrictamente al recurso de revisión interpuesto, el mismo debe prosperar por las razones formales y materiales que se expondrán a continuación, de modo que la pena de prisión perpetua debe ser imperativamente sustituida por una pena de prisión temporal. Por otro lado, una vez resuelta la impugnación de modo favorable para el recurrente, corresponde establecer si en el *sub lite* se dan los presupuestos procesales para imponer a Ledesma Reche la pena temporal que la revisión de la sentencia definitiva reclama. Sobre esta última cuestión cabe señalar que, según creo, la sentencia condenatoria le fue impuesta al acusado violando las reglas del debido proceso penal juvenil. Por esta razón, corresponde declarar nula de nulidad absoluta la sentencia que condenó a prisión perpetua a Ledesma Reche y ordenar el archivo de las actuaciones por no poderse proceder, en razón de que ya no resulta posible reeditar la aplicación del régimen penal juvenil para un acusado que hoy ha superado largamente la mayoría de edad. En consecuencia, la solución no puede ser otra que la absolución del imputado. Paso a explicar estas conclusiones que he adelantado.

4.1.- La falta de acusación fiscal.

En cuanto al recurso de revisión hay que decir, en primer lugar, que el mismo debe prosperar ya por una razón puramente formal: el Sr. Procurador General de esta Suprema Corte de Justicia, quien tiene a cargo el ejercicio de la acción penal, dictaminó a favor del imputado, esto es, en el sentido de hacer lugar a la revisión interpuesta. En efecto, si bien el representante del Ministerio Público Fiscal no se expide específicamente en relación a si corresponde o no absolver a

Jonathan Ledesma Reche, no duda que el recurso de revisión debe proceder en su favor. Se remite al antecedente de este Tribunal en autos N° 102.319, caratulados “F. c/ Roldán Cajal, Cristian Saúl s/ Revisión”. Dicho de otro modo, la pena de prisión perpetua no puede ser mantenida debido a la falta acusación fiscal que la sustente. Esta conclusión se deriva de la aplicación de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Tarifeño” y “Mostaccio”. Por esta razón formal, la revisión de la condenación perpetua es ya un imperativo para el juzgador.

4.2.- La importancia de la jurisprudencia internacional en materia de DDHH.

No debe perderse de vista que la conclusión alcanzada -en el sentido de que resulta obligatoria la disminución de la pena en caso de que el acusado sea un niño, niña o adolescente- también es sostenida, aunque con otros argumentos, por la jurisprudencia del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Por este motivo, constituye una obligación internacional asumir el cumplimiento de lo dispuesto en el dispositivo número 21 de la Sentencia emitida por la Corte IDH en el *Caso Mendoza, César Alberto y otros Vs. Argentina*, en tanto ordena al Estado argentino -y en consecuencia, a la provincia de Mendoza- *«garantizar que las personas que actualmente se encuentren cumpliendo [penas privativas de libertad perpetuas] por delitos cometidos siendo menores de edad puedan obtener una revisión de las mismas»*. La exigencia, además, impone que dicha revisión se ajuste a los estándares expuestos en la mencionada resolución.

En este orden, estimo oportuno señalar cuál ha sido la evolución que, en los últimos años, ha tenido la jurisprudencia de la Corte IDH y de la C.S.J.N. en materia de Derecho penal juvenil.

Si bien desde el ámbito formal, esto es, según la literalidad del texto de la ley, no existía limitación alguna para la imposición de penas privativas de la libertad perpetuas a menores de edad, lo cierto es que el propio ámbito material del Derecho penal juvenil vedaba tal posibilidad. Dicho brevemente: las

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

particularidades propias que fundan el sistema de responsabilidad penal juvenil impedían la aplicación de una pena privativa de la libertad ilimitada temporalmente a una persona que cometió el hecho imputado siendo menor de edad. Por esta razón, se han dictado pronunciamientos trascendentales a nivel regional y nacional y se han elaborado estándares generales que reflejan las directrices del Derecho internacional de los Derechos Humanos en la materia.

En efecto, no puede dejar de advertirse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció específicamente sobre la improcedencia de la condena a prisión perpetua para adolescentes en conflicto con la ley penal, en el marco de un caso litigado contra la República Argentina y cuyo cumplimiento resulta de carácter obligatorio. Se trata del ya mencionado *Caso Cesar Alberto Mendoza y ots. Vs. Argentina*, donde la Corte IDH sostuvo, de manera categórica, que la imposición de penas perpetuas privativas de la libertad a personas que comenten delitos siendo menores de edad resulta incompatible con las obligaciones que surgen del Derecho internacional de los Derechos Humanos; y, además, constituye un acto susceptible de generar responsabilidad internacional del Estado. De este modo, se entiende que en los casos de responsabilidad penal juvenil la proporcionalidad de la pena debe guardar una estrecha relación con la finalidad convencional de la misma; concluyendo que dicho supuesto no se configura en el caso de menores de edad condenados a prisión o reclusión perpetua.

Pues bien, a los efectos de llegar a tales conclusiones, la Corte IDH emplea una serie de argumentos vinculados tanto con los principios que deben impregnar el sistema de responsabilidad penal juvenil como con la valoración que, en función de su condición de niños, debe realizarse respecto de su responsabilidad penal ante una eventual aplicación de una pena.

Respecto del primero de los aspectos señalados, la Corte IDH considera en todo momento, como eje transversal de análisis, el interés superior del niño y los derechos especiales derivados de su condición de tales, conforme las exigencias

del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, el Tribunal interamericano toma en consideración tanto el principio de trato diferenciado como el principio de especialización. Según el primero de ellos, que alcanza al proceso de determinación de responsabilidad penal juvenil, se reconoce que si bien los niños y niñas cuentan con los mismos derechos humanos que los adultos durante el proceso, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por ello se impone la necesidad de reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso. En tanto que el segundo de los principios mencionado, el de especialización, el cual implica, *inter alia*, la aplicación de derechos y principios jurídicos especiales que protegen los derechos de los niños imputados o condenados por un delito.

Por lo demás, se pone de relieve la especial relevancia que adquiere, en casos de aplicación de penas privativas de libertad contra jóvenes en conflicto con la ley penal, el principio de proporcionalidad, entendiendo que ello supone que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal deberá ser en todo momento ajustada a sus circunstancias personales y al hecho cometido, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad.

Así, a partir del análisis basado en la aplicación de los mencionados principios y teniendo en consideración la inexistencia de una nómina de medidas punitivas autorizadas por la Convención Americana para aplicar en casos de adolescentes en conflicto con la ley penal y la letra del artículo 7 convencional, la Corte advierte que *«la medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad»*. De este modo, concluye el Tribunal que *«la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños»*. Ello, en tanto *«este tipo de penas implican la máxima exclusión del niño de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

a su grado mayor. Por lo tanto, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños».

Por otro lado, la Corte IDH agregó que las penas consideradas radicalmente desproporcionadas, así como aquellas que pueden calificarse de atroces en sí mismas, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de las cláusulas que contienen la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes. Además, introduciéndose en la realidad personal de cada una de las víctimas y en el contexto socio-cultural en el que se desarrollaron, el Tribunal regional advirtió que los cinco jóvenes habían crecido en barrios marginados, con una situación de exclusión y gran vulnerabilidad socioeconómica, con carencias materiales que condicionaron su desarrollo integral; que todos ellos habían abandonado sus estudios primarios y secundarios antes de concluirlos y tuvieron los primeros contactos con la justicia penal a muy temprana edad; lo cual trajo como consecuencia que pasaran gran parte de su infancia en institutos de menores hasta cumplir los 18 años de edad. Esta primera aproximación de la Corte IDH permite luego repensar sobre la legitimación del Estado para la imposición de penas -particularmente perpetuas a menores de edad- cuando no cumple adecuadamente sus deberes de protección en relación a la infancia y sus derechos, como política pública.

4.3.- La jurisprudencia de la CSJN: el caso “Maldonado” y otros estándares internacionales.

El contundente pronunciamiento de la Corte IDH se encuentra íntimamente vinculado con el antecedente de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Maldonado”. Esta resolución nacional ha sido valorada positivamente por la Corte IDH en razón de que establece criterios importantes sobre la incompatibilidad de la imposición de la prisión perpetua con los derechos de los niños. En esta sentencia, además, se reconoció la responsabilidad internacional por parte del Estado argentino respecto de los alegatos vinculados con la inconvencionalidad de las penas privativas de libertad perpetuas impuestas

a menores de edad. En consecuencia, al momento de resolver una cuestión como la planteada en autos, debo detenerme en el análisis de las consideraciones formuladas en el referido antecedente por la Corte Federal.

Los hechos que motivaron el pronunciamiento pueden sintetizarse de la siguiente manera: un Tribunal Oral de Menores condenó a un menor de edad a la pena de prisión de 14 años por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de robo con armas en concurso real con homicidio *criminis causae*. Los acontecimientos se habían cometido cuando aquél tenía 16 años de edad. El representante del Ministerio Público Fiscal formuló recurso de casación y la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal casó la sentencia recurrida y condenó al menor de edad a la pena de prisión perpetua.

Frente a esta plataforma fáctica el Alto Tribunal sostuvo que *«partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos»*. Así, reconocer que los menores de edad tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo.

Asimismo la Corte 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»*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

(C.S.J.N., fallo del 7 de diciembre de 2005, “Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Daniel Enrique Maldonado en la causa Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -causa N° 1174-”, considerando 40).

Lo expuesto, además, debe complementarse con otros estándares específicos del Derecho internacional de los Derechos Humanos en materia de prisión perpetua de adolescentes que no pueden dejar de considerarse. En efecto, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos mantiene una postura similar a la establecida por la Corte IDH en el mencionado antecedente “Mendoza”. Además, el organismo también considera que –si bien no se encuentra prohibida en términos definitivos por la ley internacional- *«la prisión perpetua para niños menores de 18 años no permite alcanzar los objetivos de las sanciones del sistema de justicia juvenil, tales como la rehabilitación y reintegración del niño a la sociedad»* (Derechos Humanos y Justicia Penal Juvenil en las Américas”, 2011; párr. 364).

En similar sentido se pronunció el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. En efecto, en su Observación General N° 10, «Los derechos del niño en la justicia de menores», el organismo recomendó a los Estados –entre ellos, a nuestro país- la abolición de toda forma de cadena perpetua por infracciones a las leyes penales cometidas por personas menores de 18 años. Ello, fundando en un razonamiento similar al expuesto por el Tribunal interamericano en su antecedente “Mendoza”: atendiendo al hecho de que, aún con la posibilidad de su puesta en libertad, se hará muy difícil, por no decir imposible, la consecución de los objetivos de la justicia de menores, esto es su reintegración social y el desempeño de una función constructiva en la sociedad.

Así las cosas, resulta evidente que todos los organismos internacionales de protección de derechos humanos de relevancia en nuestro país y en nuestra región resultan coincidentes en el rechazo y la declaración de incompatibilidad entre el uso de la pena de prisión perpetua para adolescentes en conflicto con la ley penal

y las exigencias del Derecho internacional de protección de derechos del niño y adolescentes.

En definitiva, lo expuesto hasta aquí permite llegar a una primera conclusión: está fuera de toda duda que una correcta aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH y de nuestra CSJN nos debe conducir a la concesión del recurso de revisión interpuesto por Ledesma Reche. En efecto, de acuerdo con estos estándares del Derecho internacional no sólo no es posible imponer una pena privativa de la libertad perpetua a menores de edad sino que, además, es necesario al momento de la ponderación de la eventual sanción considerar su menor culpabilidad. En el mismo sentido, la Corte IDH en un pronunciamiento dirigido específicamente a determinar el alcance de los derechos de los niños, niñas y adolescente en términos convencionales, señala que *«el aplicador del derecho [...] en el [ámbito] judicial deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos»* (Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, OC N° 17, 28 de agosto de 2002; párr. 102). Dicho de manera drástica: la pena de prisión perpetua ordenada en autos debe ser revocada.

4.4. La determinación de la necesidad preventiva de punición a Ledesma Reche.

Ahora bien, si la pena de prisión perpetua impuesta a Ledesma Reche deviene ilegítima por las razones antes apuntadas ¿cuál es la solución que corresponde ofrecer al conflicto generado por el comportamiento del acusado? ¿debe necesariamente imponérsele una pena temporal? ¿debe reducirse imperativamente la escala penal del delito consumado a la del delito en grado de tentativa? Y si eventualmente no se demostrara ninguna necesidad preventivo-general o preventivo-especial de punición ¿corresponde sin más la absolución del impugnante?

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Como se sabe, el presupuesto de la imposición de una pena es el sinalagma libertad de organización-responsabilidad por las consecuencias: todo ciudadano tiene el derecho de administrar libremente su ámbito de organización pero, a la vez, es responsable de las consecuencias lesivas que de esa organización deriven para terceras personas. Dicho de otro modo, en un Estado Democrático de Derecho la pena debe respetar la dignidad de la persona, lo que significa que debe respetar la auto-organización del sujeto como persona autónoma. Por ello no es lícita la imposición de una pena que pretenda cambiar la auto-organización del autor de un delito pues mediante ella se pretende modificar su personalidad, la que constituye la base fundamental del juicio de reproche. En efecto, si mediante la pena se pretende modificar la auto-organización del sujeto con ella se hace desaparecer la base misma del juicio de culpabilidad. Esta es la paradoja a la que conduce la teoría de la prevención especial positiva cuyo propósito es la resocialización del condenado.

Pues bien, para establecer si la reducción de la escala penal del delito consumado al de la tentativa es obligatoria o no para el juzgador en el caso de responsabilidad penal juvenil, debe resolverse la cuestión de si los menores de edad tienen plena auto-organización, de modo que el sinalagma libertad de organización-responsabilidad por las consecuencias resulte completo, en cuyo caso no habrá razones para disminuir la penalidad. Por el contrario, en caso que no pueda demostrarse la perfección de dicho sinalagma por no resultar plena la auto-organización de niños, niñas y adolescentes, esta razón en sí misma justificaría que en todos los casos de jóvenes en conflicto con la ley penal se reduzca la escala penal a la de la tentativa.

Si la auto-organización del menor de edad debe ser entendida como ciudadanía penal en virtud de autolegislación, está claro que, al menos en el momento del hecho, los menores de dieciocho años no participaban del discurso político y, en consecuencia, tenían restringida en ese aspecto su capacidad de auto-organización. En efecto, si por autolegislación se entiende que el ciudadano

del Estado sólo está obligado a obedecer la ley respecto de la cual ha dado su consentimiento a través del voto, los menores de edad carecen de ese derecho (hoy sólo los mayores de dieciséis años pueden ejercerlo de manera optativa) de modo que bien puede constatarse una limitación de su auto-organización que justificaría la reducción de la pena a la escala penal de la tentativa. (Sobre el alcance del concepto de ciudadanía penal como autolegislación y su proyección en el ámbito del Derecho penal juvenil, ver MAÑALICH, Juan Pablo, «Pena y ciudadanía» en KINDHÄUSER/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 115 y dd.).

Sin embargo, no sólo en el ámbito del derecho al voto es donde los menores de edad ven disminuida su capacidad de auto-organización. En efecto, más allá del múltiple reconocimiento de derechos en distintos ámbitos, lo cierto es que una buena parte de los mismos no son auto-administrados por el niño, niña o adolescente, sino que se trata de derechos hetero-administrados, esto es, administrados por terceras personas. Así, los menores de edad no pueden decidir libremente sobre su educación, carecen de capacidad negocial para celebrar contratos, no puede ejercer libremente su derecho al trabajo, no pueden contraer matrimonio, salvo las excepciones que establece la ley, no están obligados a tributar impuestos, etc. Por esta razón, es difícil afirmar, en el caso jóvenes en conflicto con la ley penal, la plenitud del sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias, pues aparece como notablemente restringida la capacidad de auto-organización de los menores de edad. No es el menor desarrollo psicológico, como lo afirma la jurisprudencia y parte de la doctrina, lo que explica la menor culpabilidad de los jóvenes, sino su clara disminución de su capacidad de auto-organización: quien tiene un ámbito de organización que puede ser administrado por otros, tiene menos responsabilidad por las consecuencias lesivas que para terceros derivan de esa organización hetero-administrada (sobre esta argumentación, ORCE, Guillermo, «Culpabilidad de los menores», en MONTEALEGRE LYNETT/CARO JOHN, editores, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo*, Bogotá, 2008, pp. 454 y ss.)

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Pues bien, sobre la base de lo expuesto, si la menor «libertad de organización» del menor edad, explica su menor «responsabilidad por las consecuencias» de su comportamiento, la disminución de la escala penal que prevé el art. 4 del decreto/ley 22.278, se vuelve un imperativo para el juzgador. Una interpretación contraria caería en la instrumentalización del joven a quien no se le reconoce plena capacidad para administrar su ámbito de organización pero a la vez se pretende que cargue con los todos los costes de su comportamiento de manera exclusiva. Una solución así no superaría el test de la no instrumentalización del sujeto, pues mezclaría al menor de edad entre los objetos del Derecho de cosas. De modo que para no incurrir en dicha instrumentalización la reducción de la escala penal del delito consumado a la escala penal de la tentativa es obligatoria en materia de Derecho penal juvenil.

Por lo demás, esta es la posición que adopta, naturalmente con otros argumentos, un sector importante de la doctrina especializada en el tema (así, BELOFF, Mary/KIERSZENBAUM, Mariano/TERRAGNI, Martiniano, «La pena adecuada a la culpabilidad del imputado menor de edad», LL-2012-B-689) y también parte de la jurisprudencia (Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil de Mar del Plata, dónde en la Causa n° 77/2010 (IPP N° 08-00-014392-09) - "S., S. D. y H., J. E. s/homicidio (art. 79 CP) -v. B.- y homicidio en grado de tentativa (arts. 42 y 79 CP) -víctima: T. R.-", elDial.com - AA6B6B, del voto del Dr. Rodríguez; C.N.Crim. y Corr., Sala V, "Incidente de prescripción de la acción penal", fallo del 05/06/2012, elDial.com - AA7725).

Por otra parte, entiendo que esta postura resulta compatible con la doctrina sentada en el citado precedente "Maldonado", en tanto deriva la necesidad de reducción de la pena del consagrado principio del interés superior del niño, niña o adolescente. En consecuencia, es plausible la solución que reconoce que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto (C.S.J.N., cit., voto de la mayoría, considerando 40). En el mismo sentido, nuestro Alto Tribunal señaló que «el

denominado principio de benignidad en conexión con la culpabilidad disminuida de aquella persona que ha cometido un delito siendo menor de 18 años de edad, operaría -en todo caso- en cuanto a sostener que, por regla, corresponde aplicar la escala reducida de mención. La benignidad así entendida "se refiere al fin loable de reducir el sufrimiento penal. Apunta a una reducción de penas -algo que las sanciones proporcionales pueden conseguir bajando los puntos de anclaje de las escalas de penas-" (confr. Andrew von Hirsch, "Censurar y castigar", ed. Trotta, Madrid, 1998, p. 169). Es ésta la opción político-criminal escogida por el legislador nacional, que se corresponde, por lo demás, con la formulación de directrices que en el ámbito de esta justicia especializada otorgan un margen de discrecionalidad a los "tribunales de menores" -mayor que el que tienen conforme la escala penal que rige en la justicia de adultos- a modo de velar por que se cumplan "las diversas necesidades especiales" y "la diversidad de medidas disponibles" en materia de derecho penal juvenil (confr. regla 6.1 de las Reglas de Beijing, in fine) [...] entonces, en principio no se encuentra en juego la medida del castigo sino, en primer término, el imperioso examen de la necesidad de la propia aplicación de una sanción penal que, en su caso, deberá ser por regla reducida» (C.S.J.N., cit., voto del Dr. Carlos Fayt, considerandos 14 y 16).

En definitiva, cabe concluir que la pena de prisión perpetua que le fue impuesta a Jonathan Ledesma Reche no observó el catálogo de sanciones que, convencional y legalmente, pueden proceder ante el supuesto de un joven declarado penalmente responsable de la comisión de un delito. Por esta razón, corresponde adoptar una nueva solución que resulte ajustada a los estándares convencionales antes mencionados. De este modo, conforme la doctrina que se deriva del fallo "Maldonado" y, teniendo en cuenta que a Jonathan Ledesma Reche se le atribuye el delito de homicidio agravado *criminis causae* en concurso real con robo agravado con arma (arts. 80, inc. 7, 166, inc. 2 y 55 del Cód. Penal), la escala penal, aplicando las reglas de disminución de la pena en los casos de tentativa, oscilaría entre los diez y los veintidós años y seis meses de prisión.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Ahora bien, una vez que ha sido determinada la escala penal aplicable al caso de autos, corresponde establecer, conforme lo dispone el art. 4 del régimen penal juvenil, según el cual, *«si las modalidades de los hechos, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá [...] si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá»*. De esta manera, el art. 4 obliga a llevar a cabo un juicio sobre la necesidad preventiva de punición, de tal modo que debe resolverse si resulta necesaria la aplicación de una pena o por el contrario debe absolverse al acusado por falta de necesidad preventivo general o preventivo especial de punición.

Desde el punto de vista de la prevención general no puede negarse que la norma cuestionada por el imputado pertenece a aquel grupo de normas que conforman el núcleo duro de la identidad normativa de una sociedad. Quien toma parte de un homicidio agravado *criminis causae* destruye no sólo la vida de la víctima sino que, además, pone en tela de juicio una pauta fundamental de convivencia social. El funcionamiento de nuestro orden social se entiende a sí mismo sin homicidios, de modo que quien infringe la norma que prohíbe matar a otro afirma al mismo tiempo que dicha norma no rige para él. Esa afirmación del autor es la que debe contradecirse mediante la pena y en ello consiste su función de prevención general.

Ahora, la teoría del delito no sólo se ocupa del hecho en su dimensión histórica, esto es, en su dimensión fáctica como «teoría de la acción humana», sino que tiene también la función teleológica de atribuir sentido al hecho de un sujeto. La dimensión fáctica del delito, que se produce en un momento histórico determinado, como realidad fisico-natural que sucede en determinado momento (causación de un resultado o lesión de un interés, etc.) resulta inmodificable o inmodificable. Sin embargo, la dimensión de sentido del hecho, su aspecto comunicativo, puede sufrir modificaciones. Dicho de otro modo, existen circunstancias posteriores al hecho que no lo modifican desde el punto de vista

fáctico pero que sí pueden modificar su dimensión de sentido. Expresado mediante un ejemplo, en el momento del hecho la comisión del delito puede tener un significado determinado, pero dicho significado cambia si posteriormente se deroga la norma desestabilizada por el comportamiento del autor. En tal caso, se impone la retroactividad de la disposición más favorable para el imputado. De este modo, la derogación de la norma modifica el «sentido» de un hecho histórico que, en su realidad físico-natural, en nada ha cambiado. El hecho en sí mismo es estático, pero su virtualidad delictiva es dinámica, pues elementos posteriores pueden incidir en el alcance de su significado. Otros ejemplos al respecto pueden ser el caso de la *poena naturalis* (un sujeto queda parapléjico en un tiroteo con la policía luego de participar de un asalto) o la prescripción de la acción penal, que modifica el sentido de un hecho por el mero transcurso del tiempo o las dilaciones indebidas del proceso, etc. (Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. «Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito», en *El sistema integral del Derecho penal*, WOLTER/FREUND, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 19 y ss.).

Pues bien, en cuanto al hecho que en su dimensión histórica constituye el objeto de este proceso hay que decir que más allá de la indiscutible gravedad del mismo Ledesma Reche fue condenado no como autor sino como cómplice. Ello supone una diferencia cuantitativa en cuanto aportaciones al hecho que lo diferencian del autor, lo cual debe tenerse en cuenta en la determinación de la pena. El autor tiene la capacidad de configurar lo principal o lo característico del hecho, de modo que el peso social de su aportación resulta fundamental. En cambio, el cómplice no configura lo característico del hecho sino más bien lo accesorio. En consecuencia, la separación entre autoría y participación no es de tipos claramente diferenciados sino que se trata de una ordenación sobre la base de cantidades de intervención. Esta distinción debe reflejarse en la medición de la pena: por definición si el hecho tuvo a Ledesma Reche como partícipe y no como autor dicha distinción debe reflejarse en una menor necesidad preventivo-general de punición para el imputado. El peso social de su aporte es menor y, en consecuencia, menor su punibilidad.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Por lo demás, en cuanto a la dimensión comunicativa del hecho que se le atribuye a Ledesma Reche, está claro que se han producido circunstancias posteriores que afectan su significado. Una de esas circunstancias posteriores al hecho es el paso del tiempo. En efecto, el hecho se cometió el 22 de junio de 2001 y la condena a prisión perpetua se impuso el 8 de julio de 2003. La sentencia condenatoria es el último acto interruptivo de la prescripción, del cual han pasado ya once años y más de cinco meses. Si se tiene en cuenta que la escala penal a tener en cuenta en el caso de jóvenes en conflicto con la ley penal, tal como ya ha sido explicado, es obligatoriamente la de la tentativa, operaría la prescripción de la acción penal el 8 de julio de 2015 según lo establecido por el art. 62 inc. 2 del Código penal. Dicho de otro modo, en poco menos de ocho meses ya no será posible imponer una nueva condena a Ledesma Reche en razón de que habrá operado la prescripción de la acción penal.

No es este el lugar para profundizar sobre el fundamento de la prescripción penal, pero basta con señalar aquí que son razones de prevención general las que explican la disminución de la necesidad de pena por el transcurso del tiempo, hasta su total desaparición en el momento en el que se produce la imposibilidad de continuar la persecución penal. Pues bien, si la acción penal se encuentra próxima a prescribir de modo que razones de prevención general impedirían una nueva condenación, queda claro que el transcurso del tiempo hasta un plazo cercano a la prescripción -si bien no constituye un obstáculo para una nueva condenación- sí disminuye la necesidad preventivo general de punición del hecho. En efecto, un delito que se encuentra al borde de la prescripción está menos necesitado de pena que un delito alejado de esa posibilidad. En el caso de autos, la proximidad de la prescripción disminuye claramente las necesidades preventivo-generales de aplicar un nuevo castigo (sobre el fundamento de la prescripción, RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Barcelona, 2004, pp. 21 y ss.).

Otro aspecto relevante que constituye también una circunstancia posterior

al hecho pero que afecta su significado es que Ledesma Reche se encuentra en prisión desde hace más de doce años. Ello significa que ha pasado en prisión ya más del mínimo de la pena que pudiera corresponderle por la revisión de la pena a prisión perpetua que todavía hoy se encuentra cumpliendo. No es necesario describir la forma en que la pena de prisión se ejecuta en las cárceles latinoamericanas. Mendoza no es la excepción y no lo es menos todavía la cárcel de San Rafael, en donde el acusado se encuentra prisionizado. El dolor penal, el sufrimiento que generan las condiciones de detención bajo las cuales se cumple con la pena impuesta deben tenerse en cuenta al momento de la determinación de la pena. Ledesma Reche, siendo todavía adolescente, no sólo fue condenado a una pena inconvencional como es la pena de prisión perpetua, sino que además ha pasado en prisión un tiempo prácticamente equivalente al de la prescripción de la acción. Pues bien, el dolor penal debe valorarse al momento de la determinación la necesidad preventivo-general del castigo a imponer. La pena no sólo constituye una respuesta a la dimensión comunicativa del hecho sino también a su dimensión fáctica: el sufrimiento padecido en cárceles hacinadas, con prolongadas horas de encierro, con dificultades en cuanto al acceso a la salud, a la comunicación, al trabajo y a la educación, debe tenerse en cuenta al momento de decidir sobre la necesidad preventivo-general de la pena.

Por último, en lo que hace a la necesidad preventivo-especial de castigo, no puede dejar de tenerse en cuenta que los informes que aparecen agregados en autos y la impresión dejada en la audiencia celebrada en la S.C.J.M., demuestran que Ledesma Reche ha sido víctima de la injusticia distributiva. En efecto, el informe de fs. 1012/1014, practicado por la Lic. Ana Montenegro demuestra que el acusado creció en un entorno familiar signado por las carencias económicas, el abandono paterno, la estigmatización y la violencia familiar. Aun así, señala la perito, que no aparenta haber desplazado su socialización en razón que se expresa correctamente, siendo atento, educado y con un buen nivel de comprensión. Agrega además que en la entrevista muestra aspectos sanos a nivel vincular, por lo que sería una persona resiliente y que podría armar una estrategia de vida con

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

posibilidades de integrarse a la comunidad. Destaca su predisposición para sostener vínculos afectivos y, a los fines de habilitar la posibilidad de resocialización -la que entiende dependerá de la factibilidad de posibilitar dispositivos de protección que permitan no reeditar su historia-, sugiere llevar a cabo entrevistas con su entorno social más cercano -madre, abuela y su actual pareja- y no subestimar el estado actual de la sociedad en la que le tocaría vivir, es decir la condena social confrontando con el espacio solidario que se le podría brindar.

Como puede advertirse, el dictamen no es contrario a las posibilidades de resocialización de Ledesma Reche de modo que no sólo existen razones de prevención general contrarias a la imposición de una nueva condena, sino que también desde el punto de vista de la prevención especial la misma resulta desaconsejable. En el precedente “Maldonado” la Corte Federal señaló que la necesidad de la pena a que hace referencia el régimen del decreto/ley 22.278 se vincula con el mandato de asegurar que las mismas atiendan a fines de resocialización o, en palabras de la Convención del Niño, a «*la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad*» (art. 40, inc. 1º). Asimismo, el fallo agrega que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, C.A.D.H.) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3º, P.I.D.C.P.) 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 de edad, 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. Pues bien, si se vinculan estos precedentes con las constancias de la causa, se advertirá que de ningún modo aparece acreditada la necesidad preventivo especial de imponer en

castigo al acusado.

Ahora, el hecho de que Ledesma Reche haya crecido en la marginalidad y la pobreza, con carencias tanto afectivas como materiales, nos obliga a tener cuenta estas circunstancias no ya para excluir su responsabilidad penal por su participación en un hecho tan grave como el que constituye el objeto de este proceso, pero sí para disminuir cuantitativamente el peso social de la misma. En efecto, un Estado Social y Democrático de Derecho no sólo en lo formal sino también en lo material, tendrá mayor legitimidad para exigirle al autor una conducta alternativa conforme a Derecho que un Estado que no sea capaz de proporcionar bienestar a sus ciudadanos. Así, el presupuesto material de la exigibilidad es la corresponsabilidad social por la situación de conflicto en la que se encuentra el autor. De este modo, el Estado estará mucho más legitimado a exigir una conducta distinta al destinatario de la norma cuando aquél a su vez se halle protegido por ésta. Por el contrario, la exclusión y la desigualdad social como reflejo de la desigualdad socio-política debilita el vínculo a los efectos de la responsabilidad penal no para excluirla, pero sí al menos para limitarla. Así, las condiciones de pobreza y marginalidad en las que se desarrolló Ledesma Reche deben tenerse en cuenta al momento de determinar el *quantum* de su responsabilidad penal. La menor auto-organización o libertad de organización del imputado no es sólo formal, por la circunstancia de haber sido menor de edad en el momento del hecho, sino también material, por las condiciones ya apuntadas (sobre el argumento de ciudadanía penal en virtud de igual protección y el problema de la pobreza y la marginalidad, ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., «Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal», en *Estudios penales homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Monte*, FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, Director, Madrid, 2013, pp. 722 y ss.).

En definitiva, la intervención de Ledesma Leche en el hecho como cómplice y no como autor; el paso del tiempo que ha puesto al ejercicio de la acción al borde de la prescripción penal; el tiempo que el, todavía condenado,

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

lleva cumpliendo pena en prisión, que ha superado largamente el mínimo de la pena que correspondería si se aplicara, como se debe, la escala penal de la tentativa; las condiciones bajo las cuales viene cumpliendo ese encarcelamiento, la privaciones materiales y afectivas que sufrió el imputado hasta el momento de quedar detenido y los informes psicológicos favorables a al imputado, son circunstancias que ponen en duda la necesidad preventivo-general y preventivo-especial de imponer una nueva condena a Ledesma Reche. De esta manera, el caso transita entre la absolució n o una pena que en ningún caso puede superar el mínimo de la escala penal de la tentativa (diez años de prisión) que el condenado ya ha cumplido en exceso.

4.5. ¿Se ha respetado en el caso de autos el debido proceso penal juvenil como presupuesto del castigo?

Ahora bien, en caso de considerar necesaria la aplicación del mínimo de la escala penal de la tentativa ¿están dados los presupuestos procesales para su imposición de una pena en el caso de autos? Teniendo en cuenta que Ledesma Reche contaba con 17 años de edad en el momento de la comisión del hecho ¿se han seguido las reglas del debido proceso penal juvenil tal como lo dispone el régimen legal vigente?

Como se sabe, el decreto/ley 22.278 en su art. 4 establece que la imposición de pena a un menor de edad está sujeta a los siguientes requisitos: a) que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal, es decir, la ley separa el momento de declaración de responsabilidad penal con el momento de la imposición de la pena; b) que haya cumplido dieciocho años de edad; c) que haya sido sometido a un tratamiento tutelar no inferior a un año, el que puede ser prorrogado hasta la mayoría de edad, la que en la época de los hechos estaba fijada en veintiún años, de modo que el tratamiento tutelar podía ser prorrogado hasta esa fecha. En tales supuestos, el tribunal puede suspender el trámite de la causa hasta una fecha determinada, a la espera de la evolución del tratamiento tutelar y, en ese momento, resolver si corresponde o no la imposición de la

sanción. Por el contrario, el tribunal penal juvenil puede resolver en el mismo acto sólo si se han dado los requisitos previos previstos en el art. 4.

En el caso de autos Ledesma Reche fue condenado sin que existan constancias en la causa de haber recibido el tratamiento tutelar previsto por la ley -ver informes de fs. 945/946 y 959- y sin que se haya declarado previamente su responsabilidad penal. Por el contrario, el *a quo* impuso la pena de prisión perpetua en la misma resolución judicial en la que se declaró la responsabilidad penal del acusado. La ausencia del tratamiento tutelar fue explicada en la sentencia condenatoria de la siguiente manera: *«en el caso, Ledesma [...] Se encuentra detenido, de manera que no puede cumplirse con el tratamiento tutelar de la norma señalada. En tal caso se debe completar o suplir el tratamiento tutelar con una información que existe el art. 8 primer párrafo de la Ley 22.278 surge de las constancias de la causa en la que se le ha dictado condena. Obsérvese que pesa sobre el mismo una pena de cinco años de prisión por el delito de robo doblemente agravado por un hecho cometido en San Rafael el 19 de marzo de 2002. En tal caso como esta información debe suplir el tratamiento ante la imposibilidad de realizar el mismo, se considera que es necesario la aplicación de la penalidad impuesta en la presente causa. Ello así porque del resultado obtenido se considera la modalidad grave del hecho, los antecedentes del menor, y la impresión que ha tenido el Tribunal de la personalidad del imputado. A su vez, la pena de prisión perpetua del art. 80 del C.P., debió ser unificada con la penalidad anterior. Art. 58 del C. Penal».*

En consecuencia, de acuerdo a lo expuesto por el *a quo*, queda claro que no existió tratamiento tutelar alguno, debido a que, según el tribunal, la realización del mismo no resultaba posible en razón de que Ledesma Reche se encontraba detenido. A la vez, la falta de tratamiento tutelar fue suplida por la información prevista en el artículo 8 del régimen penal juvenil vigente. Y, finalmente, se consideró cumplida la información del art. 8 con la planilla de antecedentes del condenado. Dicho de otro modo, no sólo no se llevó a cabo el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

tratamiento tutelar que sí resultaba posible pese a la detención del acusado, sino que además tampoco se ordenó la *«amplia información sobre la conducta»* del menor que requiere el art 8. En su lugar se utilizaron los antecedentes penales del acusado que de ningún modo constituyen el informe requerido por la ley.

Los graves vicios procesales que padece la sentencia impugnada de ningún modo han sido ahora descubiertos. Ya el desoído recurso de casación que en su momento interpuso la defensa de Ledesma Reche había denunciado el error de que el juzgador haya inferido que las constancias de la causa anterior y su condena *«suplían»* la información prevista por el art. 8 del decreto/ley 22.278. Acertadamente, la defensa cuestionaba que *«es erróneo comparar o anteponer las constancias de una condena a la amplia información de su conducta, porque en la condena se establece un solo hecho de su vida, y porque además entre la fecha del hecho 29 de julio de 2001, y la fecha de su primer condena ello el día 19 de febrero del 2003, han pasado 19 meses en los cuales se pudo perfectamente bien haber realizado el correspondiente tratamiento tutelar previsto por el inc. 3 del art. 4. Que no se ha realizado el tratamiento, obedece a causas netamente procesales no ejecutadas, pero de ninguna manera se puede inferir que fue imposible hacerlo. Considero erróneamente aplicada la ley 22.278 por lo precedentemente expuesto, y pretendo que se aplique la misma, no considerando como cumplido los requisitos previstos por el inc. 3 del art. 4 de la ley, y como consecuencia de ello, la pretensión de la no imposición de pena»*.

A la contundente expresión de la defensa sólo cabe agregar lo siguiente: si el tratamiento tutelar no se realizó por causas atribuibles al propio Estado, esto es, absolutamente ajenas al imputado, de ningún modo la ausencia de ese tratamiento podía ser suplida por la información del art. 8. En efecto, dicha información está prevista por la ley sólo para los casos en los que el proceso comienza o se reanuda cuando el imputado hubiere alcanzado la mayoría de edad que, como se señaló, era de veintiún años según el régimen legal aplicable al caso. Y la información sobre la conducta del menor sólo puede suplir el tratamiento tutelar cuando el

imputado ya fuere mayor de edad. Dicho con otras palabras, no sólo la remisión a los antecedentes del imputado no podía suplir el informe del art. 8, sino que de ningún modo correspondía la aplicación de dicha disposición legal al caso de autos porque el proceso comenzó cuando el imputado era menor de edad y terminó con la sentencia condenatoria cuando todavía no había alcanzado la mayoría de veintiún años de edad.

La negativa del *a quo* a la realización del tratamiento tutelar en relación a Ledesma Reche importa la privación de un derecho fundamental que, incluso, podía haber evitado la condena impuesta y con ella los doce años que en prisión lleva el condenado. Tan es así que Juan Martín Navarro Ramírez, coimputado en la presente causa y menor de edad al momento de los hechos tuvo, a diferencia de Ledesma Reche, la oportunidad de acceder al tratamiento tutelar previsto por la ley y finalmente resultó absuelto -ver fs. 828/830-. Es que mediante el tratamiento tutelar que se le impone al adolescente durante el proceso penal juvenil, se pretende mejorar su situación personal que por razones sociales, económicas, educativas o familiares se encuentra en situación de riesgo. Se trata, en suma, de una medida cuya finalidad es proteger al niño, niña o adolescente que se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad. De ese derecho fundamental fue privado el entonces adolescente Jonathan Ledesma Reche.

Al decir del Comité de los Derechos del Niño «*La decisión de iniciar un procedimiento penal contra un menor no implica necesariamente que el proceso deba concluir con el pronunciamiento de una sentencia formal... las autoridades competentes -el fiscal, en la mayoría de los Estados- deben considerar continuamente las alternativas posibles a una sentencia condenatoria. En otras palabras, deben desplegarse esfuerzos continuos para concluir la causa de una manera apropiada ofreciendo medidas [...] La naturaleza y la duración de las medidas propuestas por la fiscalía pueden ser más severas, por lo que será necesario proporcionar al menor asistencia jurídica u otra asistencia apropiada. La adopción de la medida de que se trate deberá presentarse al menor como una*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

manera de suspender el procedimiento penal de menores, al que se pondrá fin si la medida se ha llevado a cabo de manera satisfactoria» (Comité de los Derechos del Niño, op. cit.).

En definitiva, la pena de prisión perpetua que sufre Ledesma Reche, además de resultar contraria a normas y estándares convencionales en materia de Derechos Humanos de jóvenes en conflicto con la ley penal, fue impuesta en violación de las reglas del debido proceso del régimen penal juvenil. Esta situación debe ser remediada de manera inmediata, pues estamos ante una nueva causal de posible responsabilidad internacional del Estado, en tanto se advierte una vulneración al derecho al debido proceso legal (art. 8 de la CADH). El remedio legal a esta situación no puede ser otro que la absolución del recurrente, pues la falta de aplicación de las disposiciones legales que regulan el régimen penal juvenil ya no puede ser aplicadas en razón de que Ledesma Reche ha superado largamente la mayoría de edad. En consecuencia, en la medida en que la sentencia impugnada violó un derecho fundamental al tratamiento tutelar del entonces menor imputado, debe declararse nula de nulidad absoluta la condena impuesta y ordenar el archivo de las actuaciones por no poderse proceder -art. 206, 2º párr. del C.P.P. -Ley 1.908-, no sin antes absolver al inculpado. En efecto, la falta de un proceso penal juvenil previo no puede tener otra consecuencia que no sea la absolución del acusado. Se trata, sin más, de la aplicación del principio *nulla poena sine processu* aplicada al régimen para niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.

En función de las consideraciones expuestas y oído a las partes en este proceso, entiendo que corresponder ofrecer una respuesta afirmativa a esta primera cuestión.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el Dr. Alejandro Pérez Hualde adhiere, por sus fundamentos, al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION, EL DR. OMAR PALERMO,

DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde anular la sentencia de fs. 448/450 y sus fundamentos de fs. 454/481y, en consecuencia, absolver a Jonathan Mauricio Ledesma Reche de los delitos de homicidio agravado *criminis causae* en concurso real con robo agravado por el uso de arma -arts. 80, inc. 7, 166, inc. 2 y 55 del Cód Penal-.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el Dr. Alejandro Pérez Hualde adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTION, EL DR. OMAR PALERMO,

DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, regular los honorarios profesionales de la Dra. Mariela Herrera en la suma de TRES MIL (\$ 3000) (Cfr. arts. 557 y cc. del C.P.P. de la provincia de Mendoza; art. 10 de la Ley 3641, modificada por el Decreto-Ley 1304/75 y sus modificaciones).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el Dr. Alejandro Pérez Hualde adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

SENTENCIA:

Mendoza, 23 de Diciembre de 2014.

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

RESUELVE:

1.- Hacer lugar a la revisión formulada, anular la sentencia de fs. 448/450 y sus fundamentos de fs. 454/481y, consecuencia, absolver a JONATHAN MAURICIO LEDESMA RECHE de los delitos de homicidio agravado *criminis causae* en concurso real con robo agravado por el uso de arma -arts. 80, inc. 7, 166, inc. 2 y 55 del Cód Penal-.

2.- Regular los honorarios profesionales de la Dra. Mariela Herrera en la suma de TRES MIL PESOS (\$ 3000) (Cfr. arts. 557 y cc. del C.P.P. de la provincia de Mendoza; art. 10 de la Ley 3641, modificada por el Decreto-Ley 1304/75 y sus modificaciones).

3.- Bajen los presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que se disponga la inmediata libertad de Jonathan Mauricio Ledesma Reche en la presente causa, conforme surge de la presente resolución.

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE.

DR. ALEJANDRO PEREZ HUALDE
Ministro

DR. OMAR PALERMO
Ministro

Se deja constancia que la presente resolución no es suscripta por el Dr. Mario Daniel Adaro, por encontrarse en uso de licencia (artículo 484 en función del 411 inciso 5° del Código Procesal Penal -Ley N° 6.730 y sus modificatorias-). Secretaría, 23 de Diciembre de 2014.