



PODER JUDICIAL MENDOZA
TRIBUNAL EN LO PENAL DE MENORES
2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
San Rafael - Mendoza

Mendoza, 1 de julio de 2015.-

AUTOS Y VISTOS:

Estos autos N° 20/15 TPM – 104/01 caratulados: “ARCE DIEGO DANIEL por HOMICIDIO AGRAVADO”, y;

CONSIDERANDO:

Voto del Juez Ramón Pérez Pesce:

I.- Que mediante sentencia de fs.916/919 vta. de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, se hizo lugar al recurso interpuesto a fs.842/844 vta. por la defensa oficial en lo Penal de Menores de Diego Daniel Arce, y en consecuencia se dispuso anular los resolutive II y III de la Sentencia de fs.671 y sus fundamentos, reenviando la causa al Tribunal Penal de Menores para que con distinta composición y en el plazo de treinta días hábiles, determine la necesidad de pena y en caso, el monto que le corresponde a Diego Daniel Arce como autor del delito de homicidio agravado (art.80 inc. 7° C.P.), cuya responsabilidad ha sido declarada en el resolutive, y unifique con la pena impuesta en los autos n° 20.709 por Segunda Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.

Que a fin de respetar estándares de especialidad, se integró la colegiatura con los miembros del Tribunal Penal de Menores de la Segunda Circunscripción Judicial.

Que a fs.671 (fundamentos a fs.679/691) obra Sentencia N° 83 del Tribunal Penal de Menores de la Primera Circunscripción Mendoza, de fecha 03/07/2002, en cuyo dispositivo I - se declaró “**la responsabilidad penal del menor Diego Daniel Arce, de otros datos consignados en autos, como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado, previsto y reprimido por el artículo 80 inc.7 del C. Penal**”.

Por su parte los dispositivos II – y III – de esta sentencia, que fueron anulados por la ya mencionada de la Corte Suprema Provincial, imponían al



PODER JUDICIAL MENDOZA
TRIBUNAL EN LO PENAL DE MENORES
2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
San Rafael - Mendoza

joven la pena de PRISION PERPETUA y se unificaba la misma con la impuesta para fecha 02/02/2002, en Sentencia 4130 de los autos 20.709 "F.C/ARCE DIEGO DANIEL POR HOMICIDIO REITERADO (2 hechos) dictada por la Segunda Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Mendoza que lo había condenado a catorce años de prisión por "Homicidio Reiterado", a la PENA UNICA DE PRISION PERPETUA.

II.- En los fundamentos de la Sentencia 83, el Tribunal Penal de Menores de la Primera Circunscripción Judicial tuvo por acreditado el siguiente hecho: "...que el día 26 de setiembre del 1.997, aproximadamente alrededor de las 13.00 horas, el imputado ARCE junto con otro sujeto no identificado, cuando se hallaban sacando dos pack de gaseosas de un camión estacionado sobre calle Lisandro Moyano, frente a la casa 14, manzana H, del Barrio Dorrego, en el departamento de Las Heras – Mendoza, fueron sorprendidos por el joven Sergio Ariel Ponce y su amigo Cristian Iván Luengo.- Ponce increpó a los individuos y fue amenazado por Arce, quien le dijo que lo iba a dar vuelta e hizo un ademán colocándose la mano en la cintura. Los sujetos se fueron por calle Lisandro Moyano hacia el norte y doblaron por la calle interna en dirección al oeste. Luengo le dio aviso al Sr. Ponce y el hijo de éste al encargado del camión Sr. Héctor Hugo Bustos. Primero salió la víctima en persecución de los sujetos, en un automóvil marca Chevrolet, detrás lo hizo el ciudadano Bustos, quien en el camino halló los dos pack de gaseosas. El SR. Ponce alcanzó a los dos individuos cuando iban caminando a la altura de la casa 11, manzana C, del Barrio Vicente Martino, las Heras – Mendoza, frenó de golpe su rodado y descendió dejando abierta la puerta del vehículo, ocasión en que interceptó a los dos sujetos y se dirigió hacia uno de ellos – aparentemente- como para pegarle, tratándose de ARCE, el cual extrajo de la cintura un arma de fuego y, sin mediar palabra, le efectuó al Sr. Ponce un disparo a corta distancia, seguidamente, el autor se volvió sobre la víctima que yacía en el piso y gatillo nuevamente con el arma hacia la cabeza del Sr. Ponce, pero no salió ningún proyectil. El disparo realizado por ARCE impactó en el región torácica anterior izquierda de la víctima, perforó el corazón y el hilio pulmonar derecho, herida que finalmente causó la muerte del Sr. Sergio Omar Ponce" (sic).



PODER JUDICIAL MENDOZA
TRIBUNAL EN LO PENAL DE MENORES
2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
San Rafael - Mendoza

El hecho fue calificado como Homicidio Agravado (criminis causa) a los términos del Artículo 80 inciso 7° del Código Penal y a su respecto fue declarado autor penalmente responsable por el dispositivo I – de la nombrada sentencia, manteniendo su vigencia en razón de lo ordenado por la Suprema Corte Provincial en su Sentencia de fs.916/919 vta.

Conforme la partida de Nacimiento de fs.191, DIEGO DANIEL ARCE nació el 14 de setiembre de 1981 (14/09/81), por lo que a la fecha del acaecimiento del hecho por el fue declarado penalmente responsable, hacía doce días había cumplido los dieciséis años de edad.

De la planilla de antecedentes institucionales y judiciales de fs.586 y vta. resulta que DIEGO DANIEL ARCE fue internado por primera vez en el entonces C.O.S.E. (hoy Dirección de Responsabilidad Penal Juvenil) por disposición del Segundo Juzgado de Menores el 20/07/94, es decir cuando contaba con 13 años de edad, y desde esa oportunidad hasta el 27/09/97 fue internado en un total de diez oportunidades. A partir de esta última fecha permaneció internado hasta el 25/12/97 en que se fugó. Ingresó nuevamente el 03/01/98 hasta el 4/7/99 en que no regresó de un permiso. Reingresó el 03/07/2000, siendo reintegrado a su familia el 07/07/2000. El 21/05/2001 es detenido y llevado a la Penitenciaría. No obran en autos informe de las medidas de protección que le fueron aplicadas.

Consta en el informe de fs.116 y vta. de fecha 17/02/98 el que amén de los aspectos médicos psiquiátricos, da cuenta que: "...convive con su madre y concubino y 12 hermanos menores del causante. Su padre hizo abandono de hogar cuando tenía 7 años. Recuerda poco de él. No lo ha vuelto a ver....ha presentado trastornos de escolaridad y de conducta, llegó hasta segundo grado, no sabe leer ni escribir, abandono a los doce años....refiere que desde los 10 años tiene problemas con la policía. Andaba drogado con poxiran. Después con la merca, la blanca, tomaba mucho de todo. También refiere hurtos y robo de automóviles, nunca en domicilio. La guita me la tomaba toda en merca. Estoy cansado de estar encerrado, me voy a ahorcar un día de estos. Estoy encerrado, el más encerrado de todos. No aguanto más allá adentro. Me voy a suicidar. No le tengo miedo a la



PODER JUDICIAL MENDOZA
TRIBUNAL EN LO PENAL DE MENORES
2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
San Rafael - Mendoza

muerte. Manifiesta haber tenido un hijo que tiene un año con una joven de 17 años, no lo ve desde hace un tiempo, niega haber cometido homicidio...”

III. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en el caso “Mendoza y otros” de fecha 14/05/13, que las penas privativas de libertad perpetuas, como a la que ha sido condenado DIEGO DANIEL ARCE por un hecho cometido cuando tenía 16 años de edad, “por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños. 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 a su grado mayor. Por lo tanto, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños. En consecuencia, la Corte estimó que el Estado violó, en perjuicio de las personas mencionadas, el artículo 5.6 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la misma, al imponerles como penas la prisión y reclusión perpetuas, respectivamente”, estableciendo la prisión y reclusión perpetuas como tratos crueles e inhumanos. La Corte estableció que la desproporcionalidad de las penas impuestas a las cinco víctimas, y el alto impacto psicológico de aquéllas, constituyeron tratos crueles e inhumanos. Por tanto, consideró que el Estado violó los derechos reconocidos en los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la misma”.- Indicó también la CIDH que Argentina debe “ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados en la Sentencia en materia de justicia penal juvenil” y “asegurar que no se vuelva a imponer la prisión o reclusión perpetuas a quienes hayan cometido delitos siendo menores de edad”. En el mismo sentido el Estado debe 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 en la sentencia”.

La CSJN en el fallo Maldonado efectuó, al menos en algunos aspectos, significativos aportes al derecho penal juvenil, entre ellos “que la justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en



PODER JUDICIAL MENDOZA
TRIBUNAL EN LO PENAL DE MENORES
2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
San Rafael - Mendoza

juicio, y que partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos. En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado como aquel elaborado por la doctrina de la "situación irregular" de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo. En suma, los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado ("Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños", párr. 54º). 33) Que estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica. Así, en lo que aquí interesa, la Convención del Niño establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en los arts. 37 y 40 de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención, ha recomendado a los Estados Parte asegurar "la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención Internacional del Niño en particular a los arts. 37 , 39 y 40 de la Convención, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de RIAD.)" (Dominica CRC/C/15/Add.238. 2004)...35) Que de la conjunción de la ley 22278 y la Convención del Niño se desprende con claridad que el derecho penal de menores está muy fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad. De allí que, al momento de determinar la



PODER JUDICIAL MENDOZA
TRIBUNAL EN LO PENAL DE MENORES
2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
San Rafael - Mendoza

pena, el tribunal no pueda omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena, desde la perspectiva indicada, respecto de ese autor en concreto. 36) Que, asimismo, no se puede perder de vista para la solución del sub lite la significación del principio de culpabilidad, el cual, por cierto, ya formaba parte del texto constitucional con anterioridad a 1994. Dicho principio recoge una concepción antropológica que no admite la cosificación del ser humano y, por ende, rechaza su consideración en cualquier otra forma que no sea como persona, lo que presupone su condición de ente capaz de autodeterminación y dotado de conciencia moral. Por amplias que sean las diferencias, no puede negarse que la línea ética que arranca con Aristóteles y que sigue con Santo Tomás, Kant, Hegel, etc., participa en común de esta esencia del concepto básico de persona humana, desarrollando sus diferencias siempre sobre esa misma base, que es la que sustenta las normas de nuestra Constitución de 1853 1860. De acuerdo con esta concepción, la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y con relación a sus personales capacidades en esa circunstancia. De este modo, nuestra Constitución impuso desde siempre un derecho penal de acto, es decir, un reproche del acto ilícito en razón de la concreta posibilidad y ámbito de reproche, y rechaza toda forma de reproche a la personalidad del agente. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor. Tal es la sana doctrina que se deriva de nuestra Constitución y de los principios plasmados en ella por los constituyentes desde 1853. Lo contrario sería consagrar una discriminación entre los seres humanos, jerarquizarlos, considerar a unos inferiores a otros, y penar esa pretendida inferioridad de la persona, aunque con semejante consideración, en el fondo, cancelaría directamente el concepto mismo de persona. De este modo, el derecho penal de autor o de personalidad (también llamado de carácter), de claro signo autoritario, es abiertamente rechazado por nuestra Constitución, que siempre ha considerado al ser humano como un ente dotado de conciencia moral y, por ende, capaz de escoger



PODER JUDICIAL MENDOZA
TRIBUNAL EN LO PENAL DE MENORES
2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
San Rafael - Mendoza

entre el bien y el mal. 37) Que no escapa al criterio de esta Corte que existen casos como el presente, afortunadamente excepcionales, en los que niños y adolescentes incurren en comportamientos ilícitos de alto contenido antijurídico. No obstante, corresponde a un incuestionable dato óptico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas. Toda la psicología evolutiva confirma esta observación elemental (así, por ej., Blos, Peter, "Psicoanálisis de la adolescencia", 1976, México; del mismo, "La transición adolescente", 1981; Freud, Ana, "La adolescencia" [cap. X, en "Psicoanálisis y desarrollo del adolescente", 1985, Barcelona]; Aberasturi y Knobel, "La adolescencia normal", 1980; E. Erikson, "Identidad, juventud y crisis", 1990; del mismo, "El ciclo vital completado", 1985; Fernández Mouján, "Adolescencia, de la metapsicología a la clínica", 1992; Varela, Álvarez y Sarmiento, "Adolescencia marginal" [en "Psicología forense", 2000]; F. Doltó, "La causa de los adolescentes", 1990; Zusman de Arbiser, "Familia y psicoanálisis con niños y adolescentes", 1986; Kaplan, L., "Adolescencia: El adiós a la infancia", 1994). Esta incuestionada inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional. Aunque es meridianamente claro que en nuestro sistema constitucional es inadmisibles la autoritaria culpabilidad de autor o sus variables, incluso admitiéndola sólo ad argumentandum, tampoco el reproche podría tener la misma entidad....40) Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la



PODER JUDICIAL MENDOZA
TRIBUNAL EN LO PENAL DE MENORES
2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
San Rafael - Mendoza

reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto.

Recientemente la Suprema Corte de Justicia de Mendoza en los autos 012174-8999101, CUIJ 13-02843248-2 “F. C/RIOS VALLEJOS, JUNA HERRERA, OSCAR, NAVARRO, JULIO MARTIN Y LEDESMA, JONATHAN P/HOMICIDIO AGRAVADO ROBO AGRAV .C REAL P/RECURSO EXT. DE CASACIÓN”, ha resuelto una acción de revisión por imposición de la pena de Prisión Perpetua a Jonathan Ledesma Reche, quien era menor de 18 años a la fecha de comisión del hecho. El impecable voto preopinante del Ministro Omar Palermo, que es acompañada por los demás Ministros integrantes de Sala, adecua la jurisprudencia provincial, como es exigencia de la CIDH y fuera reconocido en el fallo Maldonado, al sistema jurídico de la justicia penal juvenil vigente, “conformado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales , normas que resulten de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores”.

Sostiene allí qué “...si la menor libertad de organización” del menor de 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 las se pretende que cargue con 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 de 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.”**

IV.- No cabe así duda, que la pena que se había impuesto a DIEGO DANIEL ARCE y que fuera anulada por la Suprema Corte de Mendoza es una



**PODER JUDICIAL MENDOZA
TRIBUNAL EN LO PENAL DE MENORES
2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
San Rafael - Mendoza**

pena ilegítima, por resultar cruel e inhumana. Al nombrado, en la presente causa, se lo ha declarado autor penalmente responsable del delito de Homicidio Agravado a los términos del Artículo 80 inciso 7° del Código Penal, siendo que la pena de catorce años que se le impusiera para fecha 02/02/2002, en Sentencia 4130 de los autos 20.709 "F.C/ARCE DIEGO DANIEL POR HOMICIDIO REITERADO (2 hechos) por la Segunda Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Mendoza, por hechos anteriores al dictado de sentencia en autos, se encuentra cumplida en su totalidad y ha sido archivada.

A fs.750/752 obra sentencia condenatoria de DIEGO DANIEL ARCE a dos años de prisión, dictada para fecha 27/09/2005 por el Tribunal Oral n° 1 de Mendoza por hecho acaecido en el mes de mayo de 1998.

Es decir que el último acto interruptivo del curso de la prescripción de la acción penal en la presente causa ha sido la sentencia de fecha 03/07/2002.

Dijimos ya que nuestra Suprema Corte ha sostenido que la reducción de la escala penal del delito consumado a la escala penal de la tentativa es obligatoria en la aplicación del Derecho Penal Juvenil. Por otro lado si las penas a prisión perpetuas no se encuentran dentro del catálogo de sanciones que, convencional y legalmente pueden aplicarse ante un delito cometido por un mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, ya que por su desproporcionalidad resultan crueles e inhumanas, no podemos considerar las mismas tampoco en cuanto a su plazo de prescripción, debiendo recurrir en todo caso a las penas divisibles, y en ese sentido el Artículo 62 del Código Penal señala que la acción penal se extinguirá después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratara de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo en ningún caso, el término de la prescripción exceder de 12 años o bajar de 2 años.

Ya en esta inteligencia es imposible la aplicación de una pena a DIEGO DANIEL ARCE.

V.- DIEGO DANIEL ARCE fue declarado autor penalmente responsable de delito de Homicidio Agravado (art. 80 inciso 7° del C.P.) por el



PODER JUDICIAL MENDOZA
TRIBUNAL EN LO PENAL DE MENORES
2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
San Rafael - Mendoza

Tribunal Penal de Menores de la Primera Circunscripción Judicial, y condenado a la pena de Prisión Perpetua para fecha 03/07/2002, y conforme el cómputo de pena aprobado a fs.712, el joven fue detenido el 26/09/1997, se fuga el 25/12/1997, es internado nuevamente el 03/01/1998, fugándose el 04/07/1999. Es detenido nuevamente el 03/05/2000 recuperando su libertad el 07/07/2000. Posteriormente es detenido el 21/05/2001, **llevando detenido al 16 de agosto de 2002 (fecha en que se realiza el cómputo) TRES (3) AÑOS Y DOS (2) MESES**, permaneciendo detenido desde esa fecha, por lo que se encuentra próximo a cumplir dieciséis años de detención.

Si como ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, la reducción de la escala penal del delito consumado a la escala penal de la tentativa resulta obligatoria en la aplicación Derecho Penal Juvenil, y al día 16/08/2002 llevaba cumplida en la presente causa TRES AÑOS Y DOS MESES, la obligada reducción para la escala penal aplicable para la pena de prisión perpetua, prevista por el Artículo 44 del C.P., es la de entre 10 y 15 años, **por lo que el día 16/06/2015 DIEGO ARCE a agotado en prisión el máximo de pena previsto para el delito por el que se lo declaró autor penalmente responsable**, lo que también imposibilita cualquier imposición de pena.

VI.- Esta nueva composición del Tribunal, conforme fuera ordenado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, debe expedirse sobre la necesidad o no de aplicación de pena, con los pedimentos que en tal sentido obran efectuados por el Ministerio Fiscal y la Defensa en el acta del debate oral.

Conforme lo ha sostenido la CIDH y el fallo Maldonado, la respuesta penal solo se justifica desde un fin preventivo especial positivo, valorando fuertemente el contexto socio económico cultural, esto es desde la necesidad de su imposición, como última ratio, orientada a promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad (artículo 40. Inc1° Convención del Niño). Todo ello lo es sin perjuicio de que no puede desconocerse que el imputado ha sido declarado penalmente responsable de la muerte de una persona, infringiendo la norma penal que prohíbe matar a otro y que es la vida el principal bien jurídico que tutela nuestro derecho.



PODER JUDICIAL MENDOZA
TRIBUNAL EN LO PENAL DE MENORES
2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
San Rafael - Mendoza

El principio de proporcionalidad refiere al requisito que se impone a las agencias jurídicas de constatar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de lesión que haya provocado (Zaffaroni, Alegia y Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, ps. 123-124). Para estos autores, el desconocimiento a este principio se manifiesta en las teorías preventivas -que prevalecen en el derecho penal juvenil-, en razón de que, invocando inverificables efectos preventivos, las agencias políticas y aún las judiciales, con condenas ejemplarizantes, se atribuyen la facultad de establecer penas en forma arbitraria, desconociendo cualquier jerarquía de bienes jurídicos afectados

El objetivo del principio es impedir que a esa naturaleza no racional del ejercicio del poder punitivo se agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que se afecten bienes de una persona en desproporción grosera con el mal que ha provocado, circunstancia que obliga a jerarquizar las lesiones y a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado.

El sistema vigente impide cualquier posibilidad de privar de libertad a un niño por tiempo indeterminado pues las sanciones privativas de la libertad están delimitadas no sólo en lo que respecta a su duración sino también en lo relativo a los casos en que procede su aplicación que, en principio, son aquellos que revisten mayor gravedad. Además la respuesta está estrechamente ligada a la fase evolutiva por la que atraviesan los adolescentes, lo que implica excluir todo tipo de automatismo en la imposición de sanciones e introducir criterios que tienen en consideración no sólo la gravedad del hecho cometido sino también las condiciones personales familiares y sociales del joven. (Aníbal Ezequiel Crivelli, *Derecho penal juvenil. Un estudio de la transformación de los sistemas de justicia penal juvenil*, Euros Editores, Buenos Aires, 2014). El autor resalta las notables ventajas que ofrece el régimen penal de la minoridad español en comparación con el sistema argentino por cuánto en dicho lugar, a un menor de 17 años que se ha cometido un hecho de extrema gravedad -equivalente a un homicidio calificado de sistema penal- sería pasible de una pena que como máximo podría alcanzar los 8 años de



PODER JUDICIAL MENDOZA
TRIBUNAL EN LO PENAL DE MENORES
2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
San Rafael - Mendoza

internamiento en régimen cerrado, complementada por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta 5 años, una vez cumplida la mitad de la sanción impuesta; es decir que a los 4 años el menor podría ser beneficiado con una modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta. El contraste se torna evidente para el citado autor, quien resalta que en Argentina, *este mismo adolescente podría ser condenado a la pena de prisión o reclusión perpetua y, si es afortunado y el juez considera que esa pena es incompatible con la normativa internacional* [lo que no acaeció con nuestro joven Daniel Arce], *podría ser beneficiado con la reducción de esta sanción en la forma prevista para la tentativa, con lo que el máximo de pena a imponer podría oscilar entre los diez y quince días de privación de libertad*

La Corte Suprema de la Nación se ha referido a este principio en “In re”: “Paupelis, Marcía Cristina y otro s/ robo con armas” (Fallos: 314:424) al decir que *son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquellas que su naturaleza impone (art. 18 CN) y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquel, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional* (considerando 8° de la mayoría)

DIEGO DANIEL ARCE ha tenido su primer ingreso a un lugar de encierro cuando tenía 13 años de edad, y ha permanecido en dichos lugares (ex COSE y en cárcel) casi el mismo tiempo que ha vivido en libertad. No se valoró al imponérsele pena, ni siquiera en los términos de los artículos 40 y 41 del Código Penal, su situación social, siendo que pertenece a una familia con 12 hermanos, que fue abandonado por su padre a los siete años, que sólo fue escolarizado hasta segundo grado sin que haya aprendido a leer y escribir y que junto a su familia ha soportado el mayor peso de la profunda asimetría social que produjeron políticas capitalistas salvajes como la de los años 90.



PODER JUDICIAL MENDOZA
TRIBUNAL EN LO PENAL DE MENORES
2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
San Rafael - Mendoza

El trato que ha recibido del Estado ha sido un destrato. No obran en autos, a excepción de un reintegro a su familia, ningún tipo de medida de protección de sus derechos. No hay evidencia de que el Estado haya estado presente en su niñez para que el mismo pudiera elaborar un proyecto de vida y acompañarlo en su desarrollo. La primera aparición concreta del Estado en su vida ha sido cuando al niño se le atribuye un delito, de camisa y corbata, solo para depositarlo en un lugar de encierro. Osvaldo Marcón (“La responsabilización penal juvenil como nuevo relato cultural ¿Del “amor por los niños” al “odio hacia los menores”?, Edit Espacio 2013), afirma que “Se advierte así cuán importante es reconocer la necesidad de diversificar los enfoques para superar cierto amesetamiento en la producción de conocimiento que abona las prácticas institucionales. Pareciera operar un supuesto según el cual formuladas las leyes solo resta esperar que ellas actúen, con la eficacia de la ley de la gravedad”. Hace hincapié en que el desarrollo de esta lógica sancionatoria en el campo de niños y jóvenes forma parte de cierta tendencia general a penalizar el conflicto social...”. Resalta desde el campo legal a Roxin cuando sostiene que “una pena que pretende compensar los defectos de socialización del autor sólo puede ser pedagógica y terapéuticamente eficaz cuando se establece una relación de cooperación con el condenado. La socialización forzosa no tiene perspectiva de éxito pues una vivencia expiatoria constituye un acto moral autónomo de la personalidad, que no puede imponerse a la fuerza y que, por lo demás puede ser motivado muchísimo mejor por una pena que no retribuya, sino que ayude.” Afirma más adelante “...no se discute la necesidad de un tratamiento judicial que respete las debidas garantías substanciales y procesales del joven. El objeto del debate está referido al sentido y la utilización de la sanción impuesta unilateralmente bajo el supuesto erróneo de que por sí provocará cambio positivos en la conducta del joven...en definitiva, la formulación meramente penal queda reducida a un castigo unilateral y externo que promueve la heteronomía antes que la autonomía...Esto incluye debates acerca de cómo avanzar hacia formas de corresponsabilización que acepten el hecho delictivo como expresión de al menos, dos transgresiones substancialmente unidas: la del joven que actúa por fuera de la norma jurídica pero también la del Estado que no actúa eficazmente a través de



PODER JUDICIAL MENDOZA
TRIBUNAL EN LO PENAL DE MENORES
2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
San Rafael - Mendoza

políticas sociales. Y así devienen necesarias dos respuestas, también substancialmente unidas: la del niño, por su acto y la del Estado, por su no acto”.-

DIEGO DANIEL ARCE fue “depositado” por el Estado en distintos lugares de encierro, pretendiendo que ello ya implicaba una medida de protección de sus derechos, asimismo conforme refiere el nombrado Marcón, se le dio un protagonismo jurídico-formal en escenarios tan o más despersonalizados que los anteriores, esperando la resocialización como resultado de sanciones menos crueles pero que mantienen el castigo unilateral y la responsabilidad individual como matriz de intervención social.

Se ha dicho en cuanto a los efectos que provoca la prisión perpetua a quienes se les aplica, cualquiera fuese su edad, uno de los más graves es el aislamiento social. En este sentido se dice que *los delincuentes al haber sido retirados de su entorno social tienden a perder los contactos con el exterior. La pérdida de relaciones con la familia y con los amigos es probablemente la privación más grave inherente al encarcelamiento durante un periodo largo. Como las modalidades normales de interacción social de la persona condenada se ven bruscamente interrumpidas durante un período indeterminado, pronto se dislocan los contactos con el mundo exterior.* (Cesaroni, Claudia, *La vida como castigo*, 1ª edición, Buenos Aires, Grupor Editorial Norma, 2010, p. 19-20). Se resalta como otro grave defecto de la pena de larga duración la enorme dependencia que sufren las personas privadas de libertad. La vida en encierro es una vida infantilizada donde casi todas las acciones -desde conseguir agua para hacerse un mate hasta obtener atención médica frente a un dolor de muelas- depende de otra persona que está tras las rejas, que odia sentirse “empleado” de los presos y que en la inmensa mayoría de los casos se ve compelida o elige ejercer de modo abusivo el poder que le da tener las llaves de esas rejas. Los efectos del aislamiento y la pérdida de la autonomía se ven aumentados en el caso de personas que comienza a cumplir este tipo de penas cuando están en pleno proceso de desarrollo personal. En el caso de los adolescentes, a los 17 años se corta casi totalmente su vinculación con el mundo exterior y se frena el natural proceso de autonomización y adquisición de responsabilidades y obligaciones. Si fuera cierto que el objetivo de la privación de la



**PODER JUDICIAL MENDOZA
TRIBUNAL EN LO PENAL DE MENORES
2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
San Rafael - Mendoza**

libertad es preparar a la persona para que conviva en libertad sin cometer delitos, resulta difícil suponer que ese aprendizaje puede darse en condiciones de encierro absoluto durante el tiempo que dura una prisión perpetua.

Desde las agencias judiciales se ha privado a DIEG ARCE del derecho a la aplicación del mejor derecho que le correspondía como ciudadano y niño, ya que los derechos y garantías resultantes del pack de normas constitutivas del Derecho Penal Juvenil, le han sido reconocidos cuando el joven ha agotado en prisión el máximo de pena que podría habersele aplicado por el delito que fue declarado autor penalmente responsable.

Sostiene Ana Messuti (Más allá del tiempo como pena. La medida del castigo. Ediar. 2012 pag.46/47) **“...Pero además y ello no suele tenerse tan presente, el tiempo de la pena se encarna en el cuerpo del detenido. Y, el cuerpo humano, como cualquier organismo vivo, sufrirá las transformaciones que sufrirá según el ambiente donde ese tiempo pase, según las condiciones en la que viva durante ese tiempo. Por ello, no considerar que la pena de prisión es también una pena corporal supone una imaginación poderosa, la misma que permite sumar el tiempo de la pena en miles de años. Esto nos recuerda que el cuerpo no solo envejece, el cuerpo muere. Humanizar las penas no sólo supone hacerlas más humanas, en el sentido de que sean menos bárbaras, sino en el sentido de que se adapten a las condiciones inherentes al ser humano. Y una de esas condiciones, tal vez la más propia, es su finitud. Un pensamiento jurídico que ignore la finitud del ser humano, que es el sujeto de derecho, no podrá aspirar a ser respetuoso de los derechos de ese ser humano. Tal vez un primer y fundamental derecho humano es el derecho a ser considerado con todas las características que tiene en la realidad un ser humano. Y una de las más importantes es su temporalidad. Tenerlo presente supone ser conscientes de que el tiempo que se le “tome” con la pena no es sólo tiempo de pena, es su vida misma”**.

No cabe duda que la pena de prisión perpetua impuesta a DIEGO DANIEL ARCE ha sido una pena ilegítima, la que conforme la CIDH en el fallo Mendoza resulta cruel e inhumana. Eugenio Zaffaroni (Las Penas Cruelles y la Doble Punición en La medida del Castigo, Ediar 2012, pag. 363), sostiene “... Las penas



PODER JUDICIAL MENDOZA
TRIBUNAL EN LO PENAL DE MENORES
2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
San Rafael - Mendoza

cruelles, inhumanas y degradantes no sólo son penas impuestas, sino generalmente ejecutadas en forma inmediata, es decir, penas sufridas con las que se encuentran los jueces en el momento de individualizar la pena legal o bien durante la ejecución de la pena que ya se halla en curso. Se trata de hechos desgraciados pero reales, cuya existencia no puede ignorar el derecho internacional de los Derechos Humanos. Como lo hemos señalado, que trate de erradicar esos hechos no implica que desconozca que existen, sino que, por el contrario, trata de eliminarlos precisamente porque sabe que existen y, por ende, cuando se dan, debe precisar sus consecuencias jurídicas. El reconocimiento de esta realidad generará problemas hasta ahora no planteados y hasta jurídicamente curiosos. No sería suficiente con admitir un supuesto no escrito de atenuantes de las penas, porque en realidad se trata de una compensación que puede ser un atenuante, pero también puede llegar a compensarse la totalidad de la pena a imponer o en curso de ejecución, cuando la entidad de la pena cruel haya igualado o superado la de la pena legal”.

Así, habiendo sufrido DIEGO DANIEL ARCE una pena ilegítima en violación a la Convención sobre los Derechos del Niño y a las normas y estándares vigentes en materia de Derechos Humanos la que debe compensarse por haber superado la legal, que se ha operado la prescripción de la acción penal atento el tiempo transcurrido desde que se declaró su responsabilidad penal, y que resultando obligatoria la reducción de la escala penal del delito consumado a la escala penal de la tentativa conforme el pack de derechos del Derecho Penal Juvenil, ARCE ha agotado en prisión el tiempo máximo previsto para esa especie de delito, como así que no se ha aplicado al mismo medidas de protección adecuadas para cooperar con el diagrama de un proyecto de vida, corresponde absolver al mismo de imposición de pena, ordenando su inmediata libertad.

Respecto del pedido de unificación con la pena impuesta en los autos n° 20.709 por Segunda Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, no corresponde por ser absolutoria la sentencia **.Así voto.**

Los Jueces de Cámara Alejandro Raúl Celeste y María del Carmen Camiletti, adhieren por sus fundamentos al voto que antecede. **Así votamos.**



**PODER JUDICIAL MENDOZA
TRIBUNAL EN LO PENAL DE MENORES
2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL
San Rafael - Mendoza**

Por lo expuesto, el Tribunal en lo Penal de Menores de la Segunda Circunscripción Judicial Mendoza,

RESUELVE:

I.-ABSOLVER DE APLICACIÓN DE PENA a DIEGO DANIEL ARCE, de demás datos consignados en autos, respecto del delito de HOMICIDIO AGRAVADO a los términos del Artículo 80 inciso 7° del Código Penal que se le atribuía en la causa **Nº 20/15 TPM – 104/01** caratulados: **“ARCE DIEGO DANIEL por HOMICIDIO AGRAVADO”**.-

II.-ORDENAR la inmediata libertad de **DIEGO DANIEL ARCE** en la presente causa **Nº 20/15 TPM – 104/01** caratulados: **“ARCE DIEGO DANIEL por HOMICIDIO AGRAVADO”**.-

COPIESE. REGISTRESE. NOTIFIQUESE. OFICIESE y dese inmediata orden de libertad.-