

**DFA-0010-000327/2013 SEF-0010-000046/2013**

Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er. Turno

Ministra redactora: Dra. María del Carmen Díaz Sierra

Ministros firmantes: Dres. María Lilián Bendahan, Carlos Baccelli,

María del Carmen Díaz Sierra

Ministros discordes: No.

Montevideo, 9 de mayo de 2013

**VISTOS:**

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados: **"C. C. F. O., M. A., P. N. - INFRACCION - Nº de Expediente 0437-000076/2012**, venidos a conocimiento de este Tribunal en mérito al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público y Fiscal y adhesión al recurso por el Defensor de Oficio contra la sentencia definitiva Nº 96 de fs. 150/154 dictada el día 2 de agosto de 2012 por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia de Adolescentes de 1º Turno, Dr. Allen Denby.

**RESULTANDO:**

1) Que por dicha sentencia se declara a los adolescentes F. O. C. C. y P. N. M. A. como autor y co autor respectivamente, responsables de la comisión de un delito de homicidio muy especialmente agravado, imponiéndoles en carácter de medida socio educativa privativa de libertad por el término de cuatro años, en establecimientos del INAU,

sin perjuicio de su modificación, sustitución o cese, conforme a lo previsto en el art. 94 C.N.A.

2) Que contra aquella providencia, interpuso a fs. 161/164 el Dr. Gustavo Zubia, Fiscal Letrado de Menores de 3° Turno recurso de apelación y al expresar agravios, en síntesis manifestó: que la sentencia es correcta en lo referente a las tipicidades efectuadas y formas de concurrencia, pero le agravia el monto de la medida socio educativa impuesta a los encausados.

El Código de la Niñez y la Adolescencia, se caracteriza por la denominada "discrecionalidad", al momento de caracterizar la potestad absoluta de los jueces, de acuerdo al texto legal para la imposición de las medidas socio educativas. El referido cuerpo habilita a los Magistrados a la imposición de cualquier guarismo que estime pertinente, lo que a juicio del firmante puede calificarse de violatorio de las premisas básicas del derecho penal, por cuanto la descripción de la sanción, dentro de mínimos y máximos, integra el elenco de garantías tradicionales en la materia y no interesa en muchos casos que las sanciones se denominen medidas socio educativas. De todas formas en principio y desde el punto de vista formal, ningún guarismo que se imponga en sede de adolescentes puede ser calificado de ilegal, atento a la discrecionalidad anotada.

En el caso de obrados, la medida de cuatro años impuesta, no colma las expectativas de este Representante. Estima que en la especie la confesión carece de relevancia sustantiva, habida cuenta de los hechos, existió una filmación de video, que permitía el reconocimiento de los encausados y un reconocimiento plural y claro de los referidos por parte de los testigos. En tal sentido, la confesión se transforma en un elemento de menor intensidad.

Afirma, que no puede aseverarse que M. carezca de antecedentes en el interior del país y que existen otros elementos indiciarios al respecto, por lo que su cómputo no es completamente de recibo.

Sostiene, que en el caso de C., al ser el autor del hecho, poseer antecedentes comprobados, haber cometido la infracción que el Código Penal sanciona con la pena más gravosa de todo nuestro ordenamiento, no siendo de relevancia la atenuante analizada y no haber efectuado la más mínima y humana autocritica de su proceder, corresponde la imposición del guarismo máximo en materia de adolescentes que posibilita una medida socio-educativa de 5 años de duración. Concluye, que el derecho es un emisor de mensajes y un "valorador" de los bienes jurídicos a preservar y en tal sentido el dar muerte en circunstancias como la de obrados amerita una decisión que da al valor vida el significado que merece.

Solicita se revoque la sentencia en cuanto al monto en ella establecido para la medida socio educativa, situándola en un guarismo de 5 años.

3) El Defensor de F. O. C. C. y de P. N. M. a fs. 167/170 adhiere al recurso de apelación, manifestando en resumen: que el Sr. Magistrado al dictar sentencia omitió considerar diversos argumentos vertidos por la Defensa, los que son de singular importancia y que a su entender debió analizar en la misma.

Señala, que una característica básica del Derecho Penal Juvenil es su especialidad, que se manifiesta por el uso predominante de sanciones de carácter educativo y por la estructuración particular del proceso.

En el caso de autos, es notoria la influencia que tuvieron los adultos procesados por la Sede Penal sobre sus defendidos, que fueron sin

lugar a ninguna duda los que determinaron la conducta de los adolescentes. La irracionalidad del accionar de F. C. dentro del local de La Pasiva deja claramente en evidencia lo expresado. Solicitó una bebida sin alcohol, se la sirven en el mostrador y dispara y pone fin a la vida de G. H., empleado que trabajaba como planchero.

Del expediente acordonado surge de la declaración de J. L. N. D. (fs. 92 y ss), en el mismo sentido de lo declarado en la Sede de Adolescentes, que S. O. le planteó ir a robar a La Pasiva, en donde había trabajado hasta pocos días antes del hecho de autos y dejó de hacerlo por un problema mínimo con el encargado.

Se remite a lo expresado en el escrito de fs. 124/148, al contestar la acusación fiscal. Haciendo hincapié en lo expresado en cuanto a que la privación de libertad es una medida de último recurso y por el plazo más breve y a la no consideración de circunstancias agravantes.

No comparte que se aplique el mismo plazo de privación de libertad a ambos participantes. P. M., no portaba armas, según su declaración a lo que se suman los testimonios de los presentes y la filmación. Por lo tanto es imposible, que pudiera generar el daño que ocasionó su compañero, lo que hizo fue tomar el dinero sin amenazar verbalmente a los operarios del local comercial. F. C. no conocía a la persona que disparó y lo hizo condicionado por lo indicado por S. O. y equivoca la persona, ya que su pedido es que le disparara al encargado señalando que era el que estaba al lado de la caja.

Solicita el abatimiento de las medidas socio educativas establecidas en la sentencia, fijándose el monto de las medidas de privación de libertad en tres años para F. O. C. C. por la autoría de una infracción tipificada en el C. Penal como homicidio y a N. M. a 18 meses por la co-autoría de la misma infracción.

4) Sustanciado el traslado de la adhesión de la apelación, el Fiscal Letrado de Menores de 3º turno contesta a fs. 183/189, expresando que; en lo que tiene que ver con la influencia de la participación de los mayores; tal como surge de la demanda acusatoria y en función de la propia versión que sobre los hechos dieran los encausados, se consideró y se plasmó en la sentencia, vide fs. 129.

Expresa, que aún aunque no se comparta, respecto a que no surge acreditado infolios la muerte de quien en vida fuera I. H. C. se hubiera concretado por encargo de S. O., dicha situación lejos de disminuir la responsabilidad de los adolescentes en la forma que se propone por el apelante, da cuenta de un proceder - en lo que al homicidio refiere - no solo tan o más grave desde el punto de vista ontológico al que se imputa, sino además de la configuración de otra infracción gravísima que concurrirían en régimen de reiteración real y por lo que también en tal caso deberían responder los adolescentes de autos.

En lo que tiene que ver con el argumento de que no corresponde relevar agravantes, tampoco resulta de recibo. Le resulta claro que deben considerarse al momento de establecer las medidas a imponer a quienes incurren en las conductas que resultan alcanzadas por dichas agravantes. Agrega, que se debe tener presente, que el art. 72 num. 9 del C.N.A. establece como un criterio residual a los efectos de determinar cuándo se está ante infracciones graves y gravísimas, precisamente los límites mínimos y máximos previstos por el legislador para acciones u omisiones penalmente relevantes. Sin duda, las agravantes establecidas en los arts. 311 y 312, determinan la elevación de los límites a imponer.

El criterio que viene de señalarse, se ajusta y compadece con lo dispuesto por la ley 18.778 que modificó los artículos 116 y 222 de del C.N.A..

Expresa, que más allá de quien fue el autor del disparo, ambos encausados cuando concurrieron habían concertado y planificado la comisión del reato, lo que definitivamente incluye la muerte que en definitiva ocurrió. Además, considerando que conforme al art. 73 del C.N.A, al momento de determinar la correspondiente responsabilidad de los encausados se debe adecuar a la normativa del citado C.N.A., al C. Penal y a la ley 16.707. Respecto de la situación de los encausados, resulta aplicable lo establecido en el art. 88 del C.P., por lo que es incontestable que en la especie la sanción a imponer a M. por su participación en calidad de co autor corresponde sea la misma que en definitiva se imponga al co encausado C.. Cita Doctrina y Jurisprudencia.

Aclara, que en materia de medidas socio educativas rige el principio de proporcionalidad y de idoneidad de la medida. Hace referencia a las Reglas de Beijing y destaca, que teniendo en cuenta el bien atacado por el accionar de los encausados, no puede dejar de mencionarse las circunstancias en las que se llevó a cabo el homicidio, con un total desprecio de los derechos humanos y libertades fundamentales de terceros, por lo que de ampararse la pretensión de abatimiento de las medidas impuestas se estarían desconociendo los principios de proporcionalidad e idoneidad que es menester adoptar y seguir en la materia.

Solicita se ampare la pretensión de la Fiscalía y por consiguiente, se imponga a los encausados de autos una medida socio -educativa privativa de libertad de 5 años en dependencias del INAU.

5) Por auto N° 170/2013 de fecha 25 de febrero de 2013 (fs. 190) se concede la apelación para ante esta Sala, disponiéndose la elevación de los autos con las formalidades de estilo.

6) El expediente es recibido por el Tribunal y se dispuso el pase en vista al Ministerio Público y posterior estudio de los Sres. Ministros por su orden. Cumplido lo anterior, se opta por dictar decisión anticipada en virtud de lo dispuesto por el art. 200.1 C.G.P.

**CONSIDERANDO:**

I.- La sentencia impugnada, habrá de ser confirmada parcialmente, al estimarse de recibo parte de los agravios articulados contra la misma por el Ministerio Público, no así los esgrimidos por la defensa y ello por las razones que se dirán.

II.- En primer lugar corresponde señalar que, desde el punto de vista formal como sustancial, se observa un correcto cumplimiento de las diversas etapas del juicio y sus correspondientes garantías, lo que permite concluir que se está en presencia de un debido proceso legal (arts. 12 y 18 de la Constitución de la República).

III.- En cuanto a la cuestión de fondo, la Defensa de los adolescentes se agravia en cuanto a la tipificación efectuada por el a quo, este Tribunal ya ha emitido opinión en referencia al punto en forma similar a la efectuada por el Representante del Ministerio en su contestación a la adhesión (fs. 185/186), en cuanto a que, la misma es admitida por el CNA conforme lo dispuesto por el art. 72 núm.9, a lo cual se agrega que, luego de la promulgación de la ley 18.788 (publicada el 11 de agosto de 2011), norma que da nueva redacción a los arts. 116 y 222 del Cuerpo de leyes citado en tanto el mismo cuerpo legal (CNA) confirma la tipificación en tanto la nueva redacción del art. 222 del CNA expresa: *"cuando el adolescente en conflicto con la ley haya sido penado por el delito de violación (artículo 272 del Código Penal), rapiña (artículo 344 del Código Penal), copamiento (artículo 344 bis del Código Penal), secuestro (artículo 346 del Código Penal) o las diferentes variantes del*

*homicidio intencional (artículos 310, 310 bis, 311 y 312 del Código Penal)...*" (Subrayado del Tribunal)

III.- En cuanto al agravio de ambas partes sobre las medidas socio – educativas impuestas a los adolescentes, esta Sala repite lo expresado en otros fallos –en su actual integración-, las personas menores de dieciocho años de edad (niños, niñas y adolescentes según los términos de nuestro Código de la Niñez y Adolescencia) son titulares de todos los derechos de los que son titulares todas las personas –la CDN incluye tanto los derechos civiles y políticos, cuanto los derechos económicos, sociales y culturales.

Pero también como sujetos de derecho, los niños/as y adolescentes son también sujetos de ciertas obligaciones, y esto hace como manifiesta Mary Beloff en *"Los adolescentes y el sistema penal"* es un punto de inflexión respecto de la doctrina anterior al CDN, puesto que la condición de sujeto de derecho de los niños determina algún nivel de responsabilidad específica. Es por ello que si hay una palabra en la que es posible resumir a la CDN en una perspectiva diferente que la tutelar, ésa es responsabilidad, la cual que tienen en primer lugar, de los adultos, representados por el Estado, por la comunidad y por la familia; y en segundo lugar de los niños/as y adolescentes.

En efecto, en el modelo tutelar abandonado por la Convención Sobre los Derechos del Niño, consideraba a los adolescentes incapaces de toda responsabilidad penal, inimputables penalmente en este sentido; pero al mismo tiempo no renunciaba a reaccionar frente a los que consideraba "peligrosos" o "potenciales delincuentes" y ejercía sobre ellos, sin ninguna de las garantías que cualquier adulto tiene frente a una pretensión punitiva del Estado, coacción material directa por tiempo indeterminado a través de las llamadas medidas tratamentales o medidas tutelares. Por el contrario, la nueva respuesta legal desarrollada a partir de la CDN en América Latina

presupone la responsabilidad de todos los actores sociales: adultos y niños. Así, el Estado debe tener políticas eficaces para la garantía de los derechos y si no las tiene, es responsable por ello. La familia debe hacerse cargo de los niños que trae al mundo, con la asistencia del Estado cuando la requiera. Finalmente, los adolescentes son responsables por los delitos que cometen, de manera específica.

El instrumento para efectivizar esta responsabilidad de los adolescentes es la justicia juvenil definida por la doctrina como el conjunto de normas e instituciones creadas para dar respuesta a la situación de una persona menor de dieciocho años de edad imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito.

Los mayores de 13 y menores de 18 años siguen siendo inimputables (art. 34 C.P.) en el sentido de que se encuentra prohibida toda posibilidad de someterlos a la justicia penal general o a las consecuencias que la ley penal general prevé para los adultos, pero son imputables como sujetos de derecho, tal como lo prevé la CDN, esto significa que son titulares de todos los derechos y garantías de los que disfruta toda persona —sin importar su edad— frente a una persecución penal; pero significa también que, como regla, los destinatarios de este sistema son considerados sujetos responsables, como ha señalado la autora precitada, el Estado de Derecho no puede entrar en la polémica libre albedrío/determinismo cuando lo hizo, perdió su carácter de Estado de Derecho es por esa razón, en principio, el Estado de Derecho debe asumir que todas las personas, por ser tales, están dotadas de la capacidad para comprender y querer y, frente a ellas, imponerse límites precisos expresados por los derechos y garantías fundamentales.

Como consecuencia de ello, y a efectos de hacer efectiva esa responsabilidad en los adolescentes surgen en nuestro ordenamiento positivo el CNA, el cual tiene como fuentes en este punto, no solo a la

Convención Sobre Derechos del Niño, sino también las Reglas de Beijing, Directrices de RIAD entre otras, es así que dentro de las Reglas de Beijing se establece: *"5. Objetivos de la justicia de menores.- 5.1. El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito"* la doctrina es conteste al comentar esta regla que resulta fundamental en el sistema penal juvenil el principio de proporcionalidad, el cual es conocido como un instrumento para restringir las sanciones punitivas, y se expresa principalmente mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito. La respuesta a los jóvenes delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo, teniendo en consideración los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para realizar una vida sana y útil), en el mismo sentido se legisla va la regla N° 17 al establecer como principios rectores de la sentencia y la resolución lo siguiente: *"17.1. La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: a) La respuesta que se de al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad;..."*

En nuestro sistema juvenil, el reproche Estatal surge a través de las denominadas medidas socio – educativas, respecto de éstas como bien expresa Mary Beloff en la mayor parte de las nuevas leyes —en particular en las dictadas a comienzos de la década del '90, que

siguieron el modelo de Brasil-, no se habla de sanciones penales juveniles sino de medidas o medidas socio-educativas, para distinguirlas de las medidas de protección. De ese modo, se visualiza la medida como algo beneficioso para el adolescente y se pierde la dimensión de reproche que toda sanción necesariamente debe traer aparejada. Es evidente que los problemas que esta confusión genera a la hora de la ejecución de la medida/sanción son graves ya que el fundamento de la sanción penal juvenil continúa siendo, tanto en los instrumentos internacionales como en las nuevas leyes latinoamericanas, la prevención especial positiva, que en términos criminológicos tiene que ver con la reintegración social del condenado, asumiendo como dice la autora multicitada *“que la nueva justicia juvenil es parte del sistema penal del Estado, y como parte de éste, las consecuencias jurídicas de la atribución de responsabilidad al adolescente implican un mal que el Estado dirige con la intención de provocar un sufrimiento en la persona que infringió la ley penal. Se trata de un sufrimiento mínimo, proporcionado a las circunstancias de que el destinatario es un adolescente y al delito que haya cometido; pero eso no le hace perder ni el carácter de restricción coactiva de bienes y derechos, ni de reproche. Es de suma importancia reconocer que estos sistemas se encuentran dentro del orden de ideas en el que opera el sistema penal; de otro modo, se lo descontextualizaría como se hacía en el modelo tutelar en el que el fundamento de toda intervención era “proteger” al menor. Muchos integrantes de la nueva justicia juvenil no enmarcan su práctica en esta lógica y, en muchos casos, interpretan su función como dirigida a ayudar a los adolescentes con derechos amenazados o violados, bajo la excusa de que el sistema de protección no da respuestas adecuadas.”* Agregando la experta en posición que comparte la Sala: *“Si esto no está claro durante la tramitación del proceso ni al momento de dictar la sentencia en todos los operadores que intervienen en el proceso penal juvenil, si el adolescente no visualiza que causó dolor y*

*violencia, las que activaron el dispositivo coactivo estatal, y, por ende, puede oponer todas las defensas que toda persona imputada de delito tiene a su disposición, se forma en él una idea errónea acerca del significado real del proceso y de su conducta. Se forma la idea —que está presente en todos los procesos tutelares— de que cometer un delito no le genera ninguna consecuencia disvaliosa”.*

En consecuencia de lo que se viene de decir, a efectos de determinar el reproche Estatal a la conducta delictiva de los adolescentes de autos se debe aplicar el principio de proporcionalidad, que como se ha dicho guarda relación con las circunstancias del delincuente y del delito.

En cuanto a la infracción cometida por el adolescente se encuentra dentro de las calificadas como gravísimas a la ley penal (art. 72 núm.1 del CNA y 312.4 del CP), la misma implicó quitarle la vida a otro persona, sin que ésta opusiera la mínima resistencia, sin conocerlo, lo cual implica un total desprecio a la vida humana, máximo valor en nuestro sistema jurídico, en tanto en el centro del mismo siempre debe estar el hombre.

No se comparte el argumento que intenta la defensa para intentar disminuir el término de la medida, en cuanto a que los adolescentes se encontraban “influenciados” por la ex funcionaria del comercio —y procesada en sede de penal de adultos- en primer lugar porque ambos jóvenes al momento de los hechos contaban con 17 años, por lo que a ambos su autonomía progresiva de la voluntad permitía evaluar perfectamente las consecuencias de sus actos de los que debe responsabilizarse, por cuanto como señala Cillero en *“Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”* Si bien *“la necesidad de proteger el desarrollo de la autonomía progresiva del ejercicio de los derechos de la infancia, se derivan las funciones parentales de orientación y dirección y los subsidiarios poderes del*

*Estado. Igualmente, de la consideración del niño como sujeto de derechos y del principio de la autonomía progresiva se desprende que el niño es también portador de una creciente responsabilidad por sus actos, que permitirá no sólo afirmar que la infancia y la adolescencia son destinatarias de las normas prescriptivas y prohibitivas del ordenamiento jurídico, sino también que pueden, según su edad y la evolución de sus facultades, constituirse en responsables de sus actos ilícitos”), en otras palabras, la autonomía progresiva reconocida en niños y adolescentes que se supone obtenida por completo a los 18 años donde las normas entienden que la persona ha adquirido la madurez total no solo para ejercer por si mismo derechos y obligaciones, sino para hacerse responsable de sus conductas ilícitas, hace que estos adolescentes tengan la madurez suficiente para evaluar su conductas y la gravedad de las mismas, madurez que no es controvertida por los informes glosados en autos (fs. 106; 121/124, madurez que no debe dejarse de lado a la hora de imponer el reproche estatal.*

A todo ello debe agregarse, que se comparte lo expresado por el Representante Fiscal a fs. 185 que en todo caso si se hubiera integrado a la presente causa “el homicidio por encargo” tal hecho iría en perjuicio y no a favor de los encausados.

Es en función de la gravedad de la conducta del adolescente C. C. que puede ser apreciada perfectamente por el mismo en atención a la madurez de sus facultades que poseía al momento de los hechos, los derechos violados, la necesidad que dicho infractor internalice su conducta disvaliosa, entendiéndose que la misma produce consecuencias en su detrimento, parece adecuada el lapso de la medida solicitada por el Ministerio Público, y en tal sentido se fallará conforme lo anunciado, acotándose, que el único atenuante que se le podría computar hubiera sido la de la confesión, pero como se manifiesta por el Representante Fiscal, en el caso no resulta operante

como colaboración en el esclarecimiento del delito ante la filmación tan clara del insuceso, más la deposición de los testigos del crimen.

En tanto que respecto de M. A., se entiende que no solo debe computarse la atenuante de la primariedad, sino también tener en cuenta las circunstancias individuales del adolescente, es en base de tales extremos que pese a los buenos argumentos -tanto de hecho como de Derecho- proporcionados por el Representante Fiscal se mantendrá la medida que se ha impuesto en la recurrida, y por ellos mismos es que no corresponde abatir la medida como pretende su defensa.

Por tales fundamentos y arts. 248 del CGP, 3, 18, 312.4° del C. Penal, 72 num.9°, 74 lit. B), 76 num. 12 del CNA, el Tribunal,

**FALLA:**

**CONFIRMASE PARCIALMENTE LA SENTENCIA APELADA, SALVO EL LAPSO DE DURACION DE LA MEDIDA QUE SE ESTABLECE EN CINCO AÑOS PARA EL ADOLESCENTE F. O. C. C.**

**OPORTUNAMENTE, DEVUELVA SE A LA SEDE DE PROCEDENCIA.**

**DRA. MARIA DEL CARMEN DIAZ  
MINISTRA**

**DRA. MARIA LILIAN BENDAHAN  
MINISTRA**

**DR. CARLOS BACCELLI  
MINISTRO**

**DRA. SUSANA KADAHDJIAN  
SECRETARIA**