



ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL

SE PRESENTA EN CALIDAD DE AMICUS CURIAE

**Al Presidente del Jurado de Enjuiciamiento
de la provincia de San Luís**

S//D.-

Adrián N. Martín, D.N.I. 23.476.504, y **Fernando Gauna Alsina**, D.N.I. 30.673.412, en nuestro carácter de Presidente y Secretario General de la **Asociación Pensamiento Penal**, respectivamente, nos presentamos y decimos:

I.OBJETO

La Asociación Pensamiento Penal (en adelante APP) viene a expresar su opinión sobre algunos de los aspectos debatidos en este proceso, esperando que sea tomada en consideración por los integrantes de este jurado de enjuiciamiento y contribuya a la mejor resolución del caso.

II.PERSONERIA

Como lo acreditamos con la copia de los estatutos sociales y acta de distribución de cargos, que son fieles de sus originales y que se encuentran a su disposición, resulta que los suscriptos nos encontramos estatutariamente habilitados para obrar en nombre y representación de la Asociación Pensamiento Penal -(Resolución D.P.P.J. 9196) con domicilio legal en 111 Nro. 1716 de Necochea, provincia de Buenos Aires-.



III. LEGITIMACIÓN DE LA ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL PARA EFECTUAR ESTA PRESENTACIÓN

Es pertinente indicar que la Asociación Pensamiento Penal (en adelante, APP) es una entidad civil, sin fines de lucro, integrada por operadores del sistema penal (jueces, fiscales, defensores, abogados de la matrícula, docentes y estudiantes) de todo el país, cuyos principales objetivos son la promoción, el respeto y resguardo de los derechos humanos en general y de los incorporados a la Constitución nacional en el artículo 75 inciso 22.

Cabe remitir al artículo 2 del estatuto social de APP, que fija el objeto social de la entidad, y particularmente a sus incisos “a” (*Procurar mediante acciones positivas el afianzamiento de la justicia y de las instituciones democráticas del país*), “e” (*Propender al progreso de la legislación en general y en articular la penal a fin que responda a la plena vigencia de los derechos humanos y el respeto de la dignidad individual*) y “h” (*Pronunciarse sobre leyes, proyectos de leyes, ordenanzas, decretos o cualquier documento normativo, que traten directa o indirectamente temas relativos al derecho penal, los derechos humanos, torturas o medidas de seguridad*).

APP es responsable de la publicación de la revista electrónica “Pensamiento Penal” (www.pensamientopenal.com.ar) en la que se publican mensualmente materiales jurisprudenciales, doctrinarios, informes, etcétera, sobre la situación de los derechos humanos y de las personas privadas de su libertad, y otros temas relacionados íntimamente con el derecho penal en todas sus expresiones. También cuenta con una publicación institucional (www.pensamientopenal.org.ar) donde diariamente se publican las noticias relacionadas con el mundo penal y que son remitidas vía mail a más de diez mil contactos.



ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL

Estas actividades tienen como objetivo ayudar, desde el espectro que le cabe abarcar, a la información de la población en general y de los profesionales del derecho en particular sobre derechos humanos y derecho penal, constitucional y penitenciario.

Como antecedentes más inmediatos y relevantes de este tipo de presentaciones, vale tener en cuenta el “*amicus curiae*” acompañando la acción que fuera iniciada por los detenidos en *Penitenciarías de Mendoza* en situación de obtener libertad condicional, pero imposibilitados de ello por haber sido declarados reincidentes, solicitando por acción declarativa de certeza la declaración de inconstitucionalidad de este instituto (autos 93.267 del registro de la Corte Suprema de Mendoza).

En otra oportunidad, APP ha acompañado con sendos *amicus curiae* ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, la presentación del Centro de Estudios Legales y Sociales denunciando el incumplimiento de lo que la Corte Suprema Nacional ordenara en su resolución del 3 de mayo de 2005 en el marco del *hábeas corpus* de la causa “Verbitsky”.

APP también ha efectuado presentaciones ante el máximo Tribunal nacional solicitando la invalidez de las detenciones efectuadas por personal de Gendarmería nacional en zonas fronterizas de la República Argentina (causas “Tonore Arredondo” y “Jiménez Manrique”), y ha realizado una presentación en el marco de una solicitud judicial, propiciando la declaración de inconstitucionalidad y anti-convencionalidad de la facultad policial contenida en el inciso “b” del artículo 8 del decreto ley 4.663 de Catamarca.

Por lo demás, debemos señalar que APP también ha intervenido en este mismo carácter en el Expediente N° 229/12 del registro de la Comisión de disciplina y acusación del Consejo de la Magistratura de la



Nación, seguido contra el juez Axel Gustavo López, ocasión en la que brindó argumentos para que dicho órgano desestime las denuncias que pesaban en contra del magistrado por haber incorporado al interno Juan Ernesto Cabeza al régimen de libertad condicional, previsto en la ley vigente.

Entendemos que cuanto hemos manifestado en los párrafos que anteceden marcan la indubitable legitimación de APP para intervenir como amiga del tribunal en este caso, al demostrar el constante compromiso, desde su constitución, con la lucha a favor de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho, con el respeto irrestricto de las libertades ciudadanas y la independencia del Poder Judicial.

IV.- HECHOS:

Mediante auto interlocutorio 47, del 18 de junio de 2013, Silvina Verónica Lafuente, magistrada a cargo del Juzgado de Familia y Menores N° 2 de la Segunda Circunscripción Judicial de San Luís, actualmente suspendida de sus funciones, resuelve absolver de la imposición de pena y ordenar la inmediata libertad de Gerardo Hilario Ortega, quien había sido declarado autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante en concurso ideal (artículos 119, primer, segundo y tercer párrafo y 54, ambos del Código Penal) por la Cámara Penal 2 de la Segunda Circunscripción Judicial de la misma provincia, mediante el veredicto 23 suscripto en Villa Mercedes, el 22 de abril de 2013.

La jueza llega a esa conclusión luego de obtener una impresión personal del joven Ortega y después de repasar su historia de vida y discurrir sobre el concepto de necesidad, eficacia y fin de la pena, a la luz de la doctrina jurídica y de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y del Adolescente (ley 23.849 y artículo 75.22 C.N), resaltando, fundamentalmente, la importancia de promover la reintegración social del procesado. De la misma



forma, versó sobre el *interés superior del niño*, sin perjuicio de señalar los efectos nocivos del encarcelamiento.

Esta resolución motivó que Flavia Belén Cuadrado, víctima en la causa, denunciara a la jueza Lafuente por: **a) *Ineptitud demostrada en el ejercicio de sus funciones*; b) *Desconocimiento inexcusable y grave del derecho*; c) *Parcialidad manifiesta*, y d) *Graves irregularidades en el procedimiento que han motivado el desprestigio del Poder Judicial*.**

A raíz la denuncia formulada, el Procurador General, Fernando Oscar Estrada, impulsa formalmente la acusación contra la jueza Lafuente, solicitando su declaración de culpabilidad y oportuna remoción del cargo, como así también la inhabilitación para ejercer cargos públicos por cinco años, más la imposición de costas procesales.

V. DE LA ACUSACION DEL PROCURADOR GENERAL

1) **“GRAVEDAD DEL HECHO”**: En su dictamen el Procurador se preocupa por resaltar continuamente (lo hace en cuatro oportunidades) **la modalidad y gravedad del hecho** por el cual se lo llevó a juicio a Ortega, utilizando un lenguaje emotivo para llamar la atención del Jurado, al sumar calificativos tales como: *“horripilante y con una inusitada violencia física y moral”* y *“feroz, cruel y aberrante ataque sexual a Flavia Cuadrado”*, y así también propone como prueba la declaración de la víctima del abuso, para sumar mayor dramatismo a la acusación.

En ese sentido, al analizar las exigencias establecidas en el artículo 4 del decreto ley 22.278 para la posible imposición de una pena, expresa que los tres primeros requisitos (*Declaración de responsabilidad penal, edad y tiempo mínimo de sometimiento a tratamiento tutelar*) habían sido verificados por la Cámara Penal 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, restando solo *“a la denunciada analizar la **modalidad del hecho** (el feroz, cruel y aberrante ataque sexual a Flavio Cuadrado)”*. Esta omisión de evaluación de los



antecedentes del hecho por parte de la denunciada, revisten una gravedad tal, que ameritan -para el Procurador General- la remoción del cargo.

En base a este planteo realizado por la acusación en relación a la “gravedad del hecho” por el que el joven Ortega fue declarado autor penalmente responsable, corresponde expresar que la finalidad en el régimen penal especial para las personas menores de edad es eminentemente correctora y debe condicionarse fuertemente la aplicación de una medida punitiva, entendiéndose que la **gravedad de los hechos**, por sí sola, no faculta al sentenciante a imponer una sanción privativa de libertad sino que debe estar inexorablemente relacionada con el fracaso del tratamiento y la indefectible necesidad de su imposición, debidamente fundamentados.

En esta misma línea argumentativa se ha manifestado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, expresando que *“la necesidad de la pena a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a la “gravedad del hecho” o “peligrosidad”... la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho siendo menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la CDN a la “importancia de promover la reintegración social del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad”* (“Maldonado”, Fallos 328:4343, considerando 21/22).

Este criterio es seguido por las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores” (Reglas de Beijing), que en el comentario a la Regla 5 sobre los Objetivos de la Justicia de Menores, expresa que *“la respuesta a los jóvenes delincuentes no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales”*.

No caben dudas que los principios que rigen el derecho penal juvenil establecen claramente que la sanción debe operar como



última ratio, de manera subsidiaria y siempre atendiendo al interés superior del niño.

Conforme el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, este mandato se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad, 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 (“Maldonado”, Fallos 328:4343, considerando 23).

Así, para ser legítima, toda sanción privativa de la libertad que se aplique a un adolescente responsable de infringir una ley penal debe cumplir con los principios de excepcionalidad y proporcionalidad de la pena y, en caso de corresponder, debe ser aplicada durante el plazo más breve posible.

Por tanto y tal como lo establece la normativa vigente, la necesidad de la pena debe ser juzgada en mérito a las modalidades del hecho, los antecedentes del joven responsable, la impresión directa y personal que de él ha recogido el tribunal y el resultado de la observación tutelar cumplida.

Tales requisitos legales permiten inferir, como bien apunta Wagner Gustavo Mitchell (*“La ‘necesidad’ de imponer pena al menor”*, en *Revista Doctrina Penal*, año 4, n° 15, julio-septiembre, pág. 521, Editorial Depalma, 1981), que ningún delito, por grave que sea, está excluido *a priori* del beneficio, que ninguna de las pautas mencionadas en el párrafo precedente puede considerársela aisladamente, con exclusión de las otras, sino que de la valoración de todas ellas, conjuntamente, resultará la necesidad o no de imponer sanción y que la necesidad estará dada por la peligrosidad delictiva del menor, revelada en su falta de recuperación y de adaptación social, con fuertes indicios de proclividad a la reincidencia, comprobada después de concluida la observación tutelar.



Como puede apreciarse, el acusador en su dictamen no practica un análisis fundado de cada uno de esos requisitos, ni justifica argumentalmente sobre la necesidad dogmáticamente aseverada de la aplicación de una pena.

Se observa que, si bien menciona la normativa aplicable al caso y los requisitos del referido artículo 4 del decreto ley 22.278, en puridad, al referirse a la modalidad del hecho, sólo valora su gravedad y únicamente aludiendo a la apodíctica calificación de *“horripilante, feroz, cruel”*. Empero, no realiza un análisis del hecho y esto no implica efectuar una nueva evaluación de las circunstancias de modo, tiempo y lugar ya comprobadas al momento del dictado de su responsabilidad, sino sopesar las modalidades que rodearon el injusto.

En base a lo expuesto, podrá apreciar ese Jurado de Enjuiciamiento, que el primer argumento de la acusación, relacionado a la modalidad y gravedad del hecho, carece de fundamento suficiente para lograr la declaración de culpabilidad, remoción e inhabilitación de la juez Lafuente, pues desde la órbita de un derecho penal juvenil respetuoso de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución Nacional y el corpus iuris que rige esta especial materia, la necesidad de la pena a que hace referencia el régimen del decreto ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a la “gravedad del hecho” o la “peligrosidad”, conforme el criterio seguido por el máximo tribunal de Justicia de la Nación a partir del fallo “Maldonado”.

2) **“ANTECEDENTES DE ORTEGA”** El Procurador General remarca que la jueza Lafuente también debía realizar una ponderación de los antecedentes de Ortega, respecto de los cuales guarda un intolerable silencio, el que se traduce en deficiente motivación de lo resuelto. Considera que con este silencio se produce una parcialidad manifiesta a favor de Ortega y en desmedro de la víctima, tan irritante como la falta de valoración de los antecedentes del hecho.



Respecto de los antecedentes de Ortega, que según la acusación han sido deliberadamente omitidos para su valoración por parte de la denunciada, estos constarían en: **a) Antes del hecho por el cual se lo encontró autor penalmente responsable, su alojamiento en la Fundación del padre Yañez, b) La expulsión de la Fundación, tras un supuesto robo, c) Con posterioridad al hecho juzgado, se produce un incidente en la comisaría del menor de Villa Mercedes que se “insinúa” como delito por parte de Ortega y d) tiene en cuenta “pequeños incidentes, normales en el desarrollo de los adolescentes”, informados por el padre Yañez** (cfr. fojas 2241), cuestión que, según la acusación, debió ser desentrañada por la denunciada al momento de expedirse por la no imposición de pena. Este último, pareciera ser de vital importancia para el Procurador, que considera que la denunciada debió realizar todas las diligencias necesarias para desentrañar cuales fueron esos incidentes. Remarcando que tal indagación no era una cuestión menor, todo lo contrario, resultaba esencial para resolver con justicia el caso llevado a su consideración

Corresponde entonces analizar el segundo argumento, referido a los antecedentes de Ortega, con el cual la acusación pretende lograr la remoción de su cargo de la jueza Lafuente.

Cabe destacar que cuando el artículo 4 del decreto ley 22.278 se refiere a los antecedentes del joven, en modo alguno se refiere a los antecedentes penales o delictivos, como parece entenderlo el Procurador. Muy por el contrario, hace mención a los “antecedentes personales”, tales como su situación sociocultural, familiar, vulnerabilidad, su reintegración y disposición para asumir una función constructiva en la sociedad, conforme lo establece la C.D.N.

Este razonamiento es el que surge de la interpretación armónica del artículo 4 con el artículo 5 del decreto ley 22.278, cuando establece que *“las disposiciones relativas a la reincidencia no son aplicables al menor que sea juzgado exclusivamente por hechos que la ley califica como delitos, cometidos antes de cumplir los dieciocho años de edad”*.



ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL

En esta línea exegética se inscriben las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores” (Reglas de Beijing), las cuales en el comentario a la Regla N° 5, sobre los Objetivos de la Justicia de Menores, expresan que *“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 comenzar una vida sana y útil)”*.

Al margen de ello, si sostuviéramos lo contrario y optásemos por la interpretación propiciada por la acusación, en cuanto a que el artículo 4 se refiere a los antecedentes penales, se debe remarcar que no obra en el expediente registro de causa penal alguna seguida contra Ortega que no sea el hecho por el cual se lo halló penalmente responsable. Ni siquiera consta el inicio de una causa penal con anterioridad, ni con posterioridad a su juzgamiento.

No alcanza para derribar el estado de inocencia, como pretende la acusación, la expulsión de la Fundación tras perpetrar, supuestamente, un robo, hecho que no fue siquiera denunciado, ni iniciado un proceso penal para demostrar su participación.

Tampoco es argumento para desbaratar la inocencia de Ortega, el incidente producido en la Comisaría del Menor de Villa Mercedes, que insólitamente el Sr. Procurador “insinúa” como delito. El mismo análisis debe hacerse con relación al argumento de los pequeños incidentes, normales en el desarrollo de los adolescentes.

Analizando aun más detenidamente los argumentos de la acusación, se cuestiona por qué la denunciada no se preguntó por qué delito estuvo alojado en la fundación del padre Yáñez con anterioridad al hecho juzgado. Los motivos por lo cuales estuvo internado (privado de su libertad)



surgen del propio expediente y del relato de Ortega al ser entrevistado por la denunciada a fs. 2616, donde el joven cuenta la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encontraba desde muy corta edad, que a los quince años se fue de su casa, que fue víctima de violencia y malos tratos por parte de su madre, consumía drogas y se vio envuelto en situaciones de riesgo.

Que en el caso de haber cometido algún hecho contrario al ordenamiento penal, tampoco debería computarse, ni tenerse en cuenta, pues al momento de su internación, previo al hecho por el cual fue juzgado, contaba con menos de dieciseis años de edad –cfr. artículo 1 decreto ley 22.278-

Conforme los argumentos expuestos, el Jurado de Enjuiciamiento podrá apreciar que el segundo planteo de la acusación, relacionado a los “antecedentes de Ortega”, son insuficientes para lograr la declaración de culpabilidad, remoción e inhabilitación de la jueza Lafuente, y exime de mayores argumentos en el marco de un derecho penal de acto y no de autor, propio de un estado democrático de derecho.

3) **“RESULTADO DEL TRATAMIENTO TUTELAR”**: El tercer planteo acusatorio del Procurador General gira en torno al “resultado del tratamiento tutelar”, considerando que la denunciada omitió estudiar y evaluar los resultados y la impresión directa de la audiencia de visu practicada a Ortega.

Al Procurador General parece preocuparle si Ortega durante su tratamiento tutelar, trabajaba efectivamente en la Municipalidad de Junín o en la de San Martín. Asimismo hace hincapié que, previo al hecho por el cual se responsabilizó a Ortega, se habría fugado, lo que motivó su expulsión de la Fundación. Menciona la acusación que al 13 de abril de 2012, Ortega ya no residía más en la Fundación del Padre Yáñez. Refiere que el 28 de mayo de 2012, se consigna informe dando cuenta que Ortega se encontraba con permiso para buscar trabajo. Por lo tanto, el 25 de abril de 2012 no podría estar trabajando en la Municipalidad de San Martín.



ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL

Expuestos los fundamentos de la acusación, cabe mencionar que según informe socio ambiental del 1 de septiembre de 2011, realizado por el Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario de la 2° Circunscripción Judicial de San Rafael, Mendoza, el que hace plena fe hasta que sea redargüido de falso por acción civil o criminal (artículos 979 y 993 C.C), da cuenta que Ortega se encontraba alojado en el Instituto para Jóvenes San Luis Gonzaga desde el 28 de agosto de 2008, permaneciendo adaptado a las labores, talleres de capacitación, cursando la escuela secundaria con total normalidad, buena conducta y excelente rendimiento escolar, con intención de inscribirse en el nivel terciario una vez finalizado el ciclo secundario. El informe menciona que Ortega tiene buena relación con sus superiores y que se encuentra en pareja con una joven de San Rafael, para lo cual viaja para verla. Asimismo expresa que Ortega es un joven con ganas de capacitarse y lo ha hecho para gasista y soldador. En relación al consumo de droga, su superior manifiesta que el joven ha dejado el consumo por completo, haciendo una vida normal dentro del Centro, ya adaptado a las normas y directivas (cfr. fojas 2098).

Cabe mencionar que al momento de realizarse la audiencia de visu (cfr. fojas 2616), la licenciada Campana expresa que Ortega *“actualmente tiene referentes afectivos, su mujer e hija que se refugia en ella y siente responsabilidades respecto a ellas, lo cual conlleva a tener proyectos futuros mancomunados con su familia actual”*.

Como puede observarse, una vez realizado un detallado análisis del tratamiento tutelar dispensado a Gerardo Hilario Ortega, resulta mas que evidente que el comportamiento y readaptación que experimentó el joven, no fue analizado ni valorado por la acusación, que inexplicable y arbitrariamente no considera los cambios significativos y el desempeño operado en el encausado.

Debe remarcarse que el tratamiento tutelar se prolongó irregularmente mas allá de su mayoría de edad (18 años, ley 26.579) contrariando lo normado en el considerando 3 del decreto ley 22.278, el que



debió cesar de pleno derecho una vez alcanzados los dieciocho años de edad. La intervención “tutelar” que operó con posterioridad a la mayoría de edad ha sido un avallasamiento por parte del Estado en la vida privada del individuo que, sin dudarlo, restringieron considerablemente el principio de libertad consagrado en el artículo 19 de la Constitución nacional.

En este sentido, es dable destacar que Ortega estuvo institucionalizado por casi cuatro años (28 de agosto de 2008 al 25 de abril de 2012), es decir, privado de la libertad, pues conforme lo establecen las Reglas de las NN UU para la Protección Integral de los Menores Privados de Libertad (11 inc. b): *“por privación de la libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como internamiento o alojamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir a la persona menor de dieciocho años de edad por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”*.

Debe resaltarse que con anterioridad a la intervención de la justicia el joven vivenciaba una situación de extrema vulnerabilidad y pobreza, no se encontraba escolarizado, vivía en situación de calle, era víctima de violencia por parte de su madre, consumía drogas, sus vínculos familiares se encontraban rotos, estaba expuesto a situaciones de riesgo.

El tratamiento tutelar hizo que Ortega se haga visible, lo elevó a sujeto titular de derechos, que hasta el momento le eran desconocidos, se escolarizó, se capacitó, intensificó sus lazos familiares y de contención, formó una familia, lo que a las clara demuestra un evidente proyecto de superarse.

Así las cosas, luego de analizado y refutado el tercer planteo acusatorio formulado, resulta exiguo para lograr la declaración de culpabilidad, remoción e inhabilitación de la jueza Lafuente, como lo pretende la Procuración General, pues ha quedado sobradamente acreditado que el joven Ortega incorporó a su ámbito de competencia, de modo cabal, la vigencia de las normas socio-jurídicas que rigen la comunidad, garantizando su reintegración con el objeto que asuma una función constructiva en la sociedad, conforme lo



exige el artículo 40.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. La probada existencia de un proyecto de vida da cuenta del efecto favorable que ha tenido en su persona el despliegue y ejecución de las medidas tutelares oportunamente dispuestas y su total carencia de antecedentes delictivos o contravencionales.

4) “LA IMPRESIÓN DIRECTA RECOGIDA POR EL JUEZ”: La acusación plantea que la denunciada no ha efectuado una sola referencia a la impresión personal que le causó Ortega, remarcando que simplemente obra una transcripción literal de la audiencia de visu realizada con el imputado y la licenciada Campana. Asimismo, el Procurador menciona que en el interlocutorio se transcribe la recomendación de la licenciada Campana respecto que Ortega reciba tratamiento psicológico que posibilite su integración al medio familiar actual, social y laboral.

La respuesta a este cuarto planteo respecto de “la impresión directa recogida por el juez”, la da el mismo Procurador en su dictamen al expresar que “resulta atinado presumir que la impresión que Ortega le causó es favorable”.

Al margen de ello, la denunciada menciona en su sentencia que “c) *el resultado del tratamiento tutelar fue satisfactorio conforme los informes obrantes a fs. 2098 y 2151, por lo que se valora concretamente como nocivo para la resocialización del joven GERARDO HILARIO ORTEGA aplicarle una medida privativa de la libertad, d) lo dicho en el punto anterior es corroborado por la impresión directa recogida en la audiencia de fs. 2616/2617 y por lo expuesto por la Lic. Del CUF, GRACIELA CAMPANA en la misma, en consecuencia se concluye que no es necesaria la imposición de pena a GERARDO HILARIO ORTEGA*”.

Que con relación a la imposición de un tratamiento psicológico a Ortega, tal como lo había recomendado la licenciada Campana, cabe aclarar que conforme fue explicado, Ortega al momento de la sentencia ya era mayor de edad por lo que no estaba sujeto a tratamiento tutelar alguno



y su exigencia mediante una sentencia absolutoria lo haría nulo, a menos que se hubiera dictado una pena de ejecución condicional (artículo 27 bis C.P.).

VI. CONCLUSIONES

Como adelantamos, entendemos que la jueza Silvina Lafuente ha actuado conforme al derecho vigente en nuestro país y, por tanto, también conforme a los estándares internacionales que rigen la materia del derecho penal juvenil. Por lo tanto, la acusación que sostiene al presente trámite nos resulta arbitraria y contraria a derecho.

La denunciada realizó un pormenorizado relato sobre la situación del joven y sostiene y fundamenta como dato de relevancia al *interés superior del niño*, emanado de la Convención de los Derechos del Niño, de rango constitucional (artículo 75 C.N.), como guía para la toma de decisiones de las autoridades, en este caso, de la autoridad judicial.

La ley nacional 26.061 define este concepto y dice que: *A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley* (artículo 3). Así es que la juez Lafuente, teniendo en cuenta este magno principio, ha considerado que la aplicación de una pena no era necesaria, eficaz, ni justa respecto de la situación procesal del joven Ortega.

Por su parte debe verse que el decreto ley 22.278, no obstante ser una norma emanada de la última dictadura cívico – militar, lo cierto es que permite que el juez de menores prescinda de imponer una sanción (artículo 4), justamente cuando entiende que las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren innecesario aplicarle una sanción, tal como a *contrario sensu* nos indica el párrafo intermedio del inciso 3 de la norma invocada.

Que el análisis realizado por la magistrada denunciada luce a todas luces correcto, e incluso acorde a lo expresado por la



ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL

Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando en el caso conocido como “Fundación del Sur” ha dicho que al decreto ley 22.278 hay que interpretarlo armónicamente con los dictados de la Convención de los Derechos del Niño/a y del Adolescente (Fallo “García Méndez, Emilio s/ recurso de hecho”, rto. 2/12/2008).

En la vereda de enfrente se sitúa el dictamen del Procurador, quien a partir de su presentación acusatoria parece que sólo busca un nuevo juzgamiento del procesado Ortega por parte de ese Cuerpo de Enjuiciamiento y que, además, ese juzgamiento concluya en una condena en contantes y sonantes años de prisión para Ortega.

Recordemos lo imposible de dicha meta, toda vez que ni siquiera se encuentran firmes las resoluciones emanadas del tribunal que declaró la responsabilidad penal del joven Ortega, sin perjuicio de considerar que dicha opción tampoco pertenece a la esfera de competencia de un tribunal de juzgamiento de magistrados, el que solo deberá evaluar la conducta de estos. En esta línea vemos un total acuerdo entre lo resuelto por la jueza Lafuente con la máxima normativa en la materia penal juvenil. Lo contrario, o sea un nuevo juzgamiento del joven, aunque sea solapadamente a través del presente trámite, sería incurrir en una vulneración directa de la garantía constitucional del *ne bis in ídem*, puesto que vuelve sobre acontecimientos que motivaron una decisión jurisdiccional anterior y, mucho más, cuando ella todavía no adoptó firmeza, como ya se adelantó.

En una misma línea argumental, la circunstancia que aún no esté firme la declaración de responsabilidad de Ortega, hace que debamos respetar el *estado de inocencia*.

Pero no solo eso. En la inestabilidad de la resolución que prescindió de aplicar pena a Ortega (que aún no se encuentra firme) se involucra la independencia del Poder Judicial. Esta afirmación, que en principio parecería curiosa, a poco que ahondemos advertiremos la gravedad institucional que entraña. Adviertan los integrantes del Jurado de Enjuiciamiento que para el



caso que, indebidamente, dispusieran la destitución de la jueza Lafuente, colocarían en una encrucijada a los jueces encargados de realizar la revisión de la resolución que dispuso no aplicar pena a Ortega, ya que para el caso que decidieran confirmar la decisión de la jueza Lafuente (dejar de imponer pena), se encontrarían incurso en la misma circunstancia que la jueza de grado, prestos a enfrentar un jurado de enjuiciamiento, siguiendo los razonamientos que motivaron al Procurador a su promoción. En tales términos, el recurso contra la resolución de la jueza Lafuente (que motiva este jury) solo puede tener una respuesta, y es la imposición de pena a Ortega, lo que en términos jurídicos y legales es notoriamente ilógico. Aceptar esta premisa implicaría reconocer que el recurso es una mera parodia ya que la suerte estaría echada de antemano.

Los argumentos del Procurador General ingresan directamente en el llamado *derecho penal de autor* y, si bien se esconden en su dictamen cuando indica varias veces las características de los sucesos disvaliosos de los que se acusa a Ortega, lo cierto es que al referirle la calidad de calificativos a los que aludimos precedentemente, intenta crear en la figura del procesado un *enemigo social*, al que aparentemente habría que neutralizar con su prisionización.

Zaffaroni nos ayuda a reflexionar sobre el derecho penal de autor que se convierte en derecho penal del enemigo: “... poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que solo los consideraba como entes peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que se señala como enemigos de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal...” (“El enemigo en el derecho penal”, Ediar, Bs. As., 2007, pág. 11).

Parece que el Procurador, y otros sectores de la sociedad, ya etiquetaron a Ortega en su catálogo de enemigos sin tener en cuenta su biografía, a la que no deseamos ingresar en detalle para no caer en los mismos vicios que criticamos pero, obviamente, si pensamos en excluirlo



nuevamente de la sociedad, estamos nada más y nada menos que privándolo de la ley, porque después de todo, la exclusión social implica ausencia normativa, máxime cuando el joven está dando muestra de su voluntad de reinserirse, y esto constituiría un plus punitivo que apuntaría solamente a su pasado.

No albergamos dudas en cuanto a que la jueza Lafuente actuó y juzgó a Ortega dejando de lado su pasado personal como prueba de cargo (lo que hubiese sido opuesto al derecho vigente), poniendo de relieve su presente como una positiva proyección hacia una reintegración social que ya está transitando, todo en total acuerdo con la normativa emanada de la Carta Magna, que incluye a la Convención de los Derechos del Niño (artículo 75.22), que reza que el encierro es para el joven, *el último recurso* al que las autoridades de un Estado deben acudir. Admitir lo contrario, sería entender que la magistrada debía necesariamente condenar a prisión al imputado sin posibilidades de prescindir de dicho pronunciamiento, y omitiendo su actual recuperación. Recordemos en este mismo sentido, que Ortega ya fue lo suficientemente institucionalizado, si es que cabe este término como válido.

A ello se suma un punto que también resulta de mucha importancia en pos de mantener la salud de las instituciones de un Estado, en este caso, de un Poder Judicial que brinde *seguridad jurídica* y que resulte independiente de otros poderes formales o de facto, más allá de lo rimbombante de un caso en concreto, ya que el Estado debe estar por encima de los simples mortales y de sus pasiones personales.

En síntesis, hacer lugar a la acusación en contra de la jueza Lafuente, implicaría un descrédito importante para la idea de justicia democrática, como así también significaría una presión contraproducente para futuros pronunciamientos judiciales en los diferentes operadores del sistema, sentando pues, un grave precedente. Ello redundaría en el verdadero *desprestigio del Poder Judicial* que intenta hacer valer el Procurador en su escrito, y no en graves irregularidades en el procedimiento en que habría incurrido la jueza Lafuente.



VII. PETITORIO

Por las razones expuestas, solicitamos al Tribunal que tenga por presentada a la Asociación Pensamiento Penal en calidad de “Amiga del tribunal” y que al momento de resolver tenga en consideración lo manifestado a lo largo de esta presentación.

Adrián N. Martín

Presidente

Fernando Gauna Alsina

Secretario Gral.