

M-IPP 10316/I

Orden Interno Número 55

Libro de Sentencias n°6

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los veintiún **días del mes de diciembre del año dos mil doce**, reunidos en su Sala de Acuerdos, los señores jueces de este Tribunal, doctores **Gustavo Angel Barbieri, Pablo Hernán Soumoulou y Guillermo Alberto Giambelluca**, para dictar sentencia en la causa seguida a: "**A. S. J. M. S/INCIDENTE DE APELACION**", y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la n° 12060), resultó que la votación debía tener lugar en el orden siguiente: doctores **Giambelluca, Barbieri y Soumoulou** resolviéndose plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

1ra.) ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 40/46 del presente incidente?

2da.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACION

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR GIAMBELLUCA, DIJO: La sentencia de fs. 40/46 de esta incidencia, dictada por los señores Jueces, doctores Guillermo Enrique García Pereyra, Alicia Georgina Ramallo y María Angélica Bernard quienes dispusieron hacer lugar a la solicitud de la defensa y absolver de pena a J. M. A. S., por los delitos por los cuales fuera declarado autor penalmente responsable de homicidio simple en grado de tentativa y abuso de arma, en los términos de los arts. 79, 104 primer y segundo párrafo, 42 y 55 del Código Penal, según hechos cometidos el día 21 de diciembre de 2010 en perjuicio de A. D. G. y en calle Maldonado a la altura catastral del 2100 de esta ciudad, y el día primero de marzo de 2010, en perjuicio de F.

G. en Bahía Blanca, ello en concurso real (arts. 79, 104 primero y segundo párrafo, 42 y 55 del Código Penal, art. 58 de la ley 13634, 4º LEY 22278). Asimismo a fs. 45vta. del presente incidente se resolvió declarar, al surgir de autos la evolución favorable de la conducta de J.M. A. S., ante el tratamiento tutelar que le fuera impuesto, que es innecesario aplicar sanción penal al causante por el ilícito de cuya comisión ha sido declarado autor penalmente responsable en la presente, absolviendo así libremente de pena a J. M. A. S., en orden a los delitos antes aludidos, sin costas.

El citado decisorio, resultó impugnado por el señor Agente Fiscal del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil interinamente a cargo de la UFI nro. 2 Departamental, doctor Pedro R. Morán, mediante el pertinente recurso de apelación que luce agregado a fs. 1/6 del presente incidente. El remedio interpuesto lo fue en debido tiempo y forma, conteniendo la indicación de los motivos de agravio y sus fundamentos, siendo el pronunciamiento pasible de ser atacado por el medio elegido; de manera que resulta admisible (arts. 439, 2º párrafo, 441, 2º párrafo -según ley 13.812- y 442 del CPP. y art. 26 de la ley 13.634).

En su presentación, el recurrente sostiene, en ajustada síntesis, que el decisorio los jueces de la instancia de grado debe ser revocado, por entender entre otras razones, que la respuesta estatal para los jóvenes involucrados en la comisión de delitos graves, debe asegurar que aquellos incorporen la responsabilidad por sus acciones . De este modo estimó la fiscalía que -en atención a las características de los hechos endilgados aquí y la reiteración de conductas reñidas con la ley, demostrativas que ni la legislación ni la intervención de este Fuero, han significado para el joven un límite ordenador de su conducta, su calidad de autor de los hechos atribuidos, y la extensión del daño causado, no habiéndose computado otras atenuantes y/o eximentes, y teniendo en cuenta las reglas para la aplicación de pena en cuanto al mínimo y su máximo establecidas por el art. 55 del CP, y los parámetros estatuidos por los arts. 40 y 41 del antes citado cuerpo legal-, debe revocarse la sentencia absolutoria de pena respecto al joven J. M. A. S., considerando necesaria y justa la aplicación de una pena de prisión por

el término de cinco años, requerida oportunamente por dicho Ministerio Público Fiscal por los ilícitos de tentativa de homicidio y abuso de armas, en los términos del art. 79 en relación al art. 42 y 104, en relación con el art. 55 del CP, en calidad de autor.

A su turno el señor Fiscal General Adjunto, doctor Julián Martínez Sebastián, a fs. 56/57 del presente incidente adujo que mantenía el recurso fiscal interpuesto, compartiendo dicho criterio y aclarando que estimaba que habiéndose dado cumplimiento con todos los requisitos del art. 4 de la ley 22278, en el caso de autos, devenía necesaria la aplicación de una pena al joven, acotando luego, que tenía en cuenta así la gravedad de los hechos producidos por el prevenido de autos, a más de la violencia desplegada en los mismos y el desprecio por la vida y la integridad física que demostró en su accionar. Adicionó a ello dicho funcionario, que no quedó acreditado en autos, mediante el tratamiento recibido que el joven halla internalizado la norma penal, encontrando así sólo como alternativa la aplicación de una pena ante la necesidad de contención y control. Por todo ello concluyó diciendo que el resolutorio impugnado debía ceder, revocándose la sentencia apelada de acuerdo a los motivos de agravios.

Adelanto que el recurso en tratamiento ha de prosperar.

Es dable tener en cuenta ante todo, que las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Resolución Nº 40/33, Reglas de Beijing), consagra en su articulado similares prescripciones a los principios expuestos al establecer en el artículo diecisiete, "Principios Rectores de la Sentencia y Resolución", que: " La decisión de la autoridad competente se ajusta a los siguientes principios: a) La respuesta que se de al delito, ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad; b) Las restricciones de la libertad personal del menor se impondrán sólo tras un cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible; c) Sólo se impondrá la privación de la libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra personas o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada."

Así, entiendo que cabe observar la gravedad de los hechos atribuidos al joven J. M. A. S., según ilustra la sentencia de fs. 17/36 del presente incidente en la cual se lo declaró como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio simple en grado de tentativa y abuso de armas.

Es dable apreciar así, la extrema violencia desplegada sobre la víctima, a lo que cabe agregar la dificultad para controlar sus impulsos, lo que evidencia la suma gravedad de los delitos investigados y por los que se hallaron culpable al encausado de autos, esto es, dos hechos ilícitos con el empleo de armas de fuego y violencia física sobre las personas. Todo lo cual demuestra evidentemente un descontrol de la impulsibilidad en el prevenido, dada la gran violencia protagonizada mediante la manipulación de armas de fuego.

Es razonable pensar tal como lo sostiene el recurrente a fs. 2 del presente incidente, que dada la gravedad del accionar desplegado al momento de los hechos por el imputado de autos, el mismo necesita de controles externos, no ya como cualquier otro adolescente, sino como alguien que protagonizó graves incidentes penales, con importante daño ocasionado, lo que conlleva a concluir en que esos controles no parece que puedan ser practicados de modo satisfactorio por su núcleo familiar, atento a que no puede dejar de apreciarse que dicho núcleo, -que en la actualidad se intenta presentar como un marco de contención favorable-, deviene ser el mismo que rodeaba al joven al momento de los eventos objeto de las presentes actuaciones y que por otra parte en el desarrollo de este proceso no se ha evidenciado la internalización de la situación por la que atraviesa el citado joven, como así tampoco conciencia respecto a su responsabilidad frente a los derechos y libertades de terceros, lo cual se ve ilustrado por lo hecho saber por la perito Psicóloga que a fs. 98/99 de la causa principal, informó en relación al "escaso nivel de alerta", que los hechos ocasionaron en el núcleo familiar y la naturalidad con que dicho entorno apreció el evento de que los jóvenes empleen armas de fuego.

De este modo es dable adunar a lo dicho, que hay que tener en

cuenta también los informes socio-ambiental y psicológico de fs. 82/vta. y 98 respectivamente, a los fines de la valoración de todos los elementos del expediente para resolver la necesidad o no de imposición de una pena al joven encausado.

Entiendo así que en función de las características de los hechos atribuidos al prevenido, la violencia desplegada en los mismos, el desprecio por la vida y la integridad física, demostrada por aquél y la reiteración de conductas contrarias a la ley y demostrativas -como se señala a fs. 5vta.- que ni la ley ni la intervención del Fuero significaron para el joven un límite ordenador de su conducta, además de su calidad de autor de los hechos endilgados, la extensión del daño generado y la no evaluación de atenuantes ni eximentes, permiten concluir en el sentido que la única alternativa posible aquí, es tras la revocación del fallo apelado, y la aplicación de una pena ante la necesidad de contención y control, la que estimo debe dosificarse -por entenderla necesaria y justa-, en un monto de cinco años de prisión tal como lo solicitara oportunamente el Ministerio Público Fiscal a fs. 5vta. del presente incidente, y en orden a los delitos de tentativa de homicidio y abuso de armas en los términos de los arts. 79 en relación al art. 42 y 104 y en concordancia con el art. 55 del CP, en calidad de autor.

Por todas estas consideraciones, encuentro que la sentencia apelada no es justa, debiendo ser revocada.

Así lo voto.-

A LA PRIMERA CUESTION EL DR. BARBIERI DIJO: Voy a disentir parcialmente con el contenido y el resultado que se arriba en el voto emitido en forma precedente.

En esta incidencia lo que se plantea es la **necesidad de imponer pena (y en último término en qué quantum)** al justiciable A. S. por los hechos que ya fuera declarado responsable (resolución ésta que ha adquirido firmeza).

La decisión sobre el tópico resulta compleja, dado los intereses en juego cuando -en particular- el sujeto pasivo de imputación penal era menor a la fecha de acaecimiento y a su vez el o los hechos delictivos resultan de entidad.

Para ello debe tenerse en cuenta la normativa de

aplicación. Así Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Resolución Nº 40/33, **Reglas de Beijing**), consagra en su articulado 1, 5 y **17** diversas directrices siendo que el último artículo individualizado intitulado "Principios Rectores de la Sentencia y Resolución", establece el principio de **proporcionalidad** en la respuesta que se le de al hecho ilícito, lo que debe establecerse teniendo en cuenta la **gravedad del acontecer**, como también las **circunstancias y necesidades del menor**, así como a las **necesidades de la sociedad**; también consagra el llamado principio de **subsidiarias para la restricción de libertad**, debiéndose tener en cuenta que sólo podrá imponerse como último recurso en actos graves.

El nuevo enfoque que se plantea -a partir del abandono de la situación irregular- va en camino de **responsabilizar a los jóvenes** (una vez que adquirieron la mayoría de edad pues dejo de lado las medidas cautelares que tienen otros fines) existiendo la posibilidad de **sancionarlos** teniendo en cuenta como **primer parámetro la propia conducta en el hecho, propio del derecho penal de acto** (el principio de culpabilidad obra como límite de la actuación Estatal).

A ello deberá adunarse las previsiones de la **Convención de los Derechos del niño (que también reafirma la proporcionalidad)**, en particular el art. 40 donde se informa que el objeto del derecho sustantivo y adjetivo en la materia tiene que estar enderezado a promover -entre otros fines- **el fomento del sentido de la dignidad y el valor y el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros** (ver parte de lo aquí expuesto en "La Imposición de Pena a un Niño", en Justicia Penal de Menores, Martiniano Molina, Ed. La Ley, págs. 249 y sgts.).

También esos principios son reconocidos en la **normativa de la ley provincial 13.634, en particular de su art. 6to.**

Igualmente (y tal como lo reconoce **nuestro Máximo Tribunal Nacional en "Maldonado, Daniel"**, Fallos 328:4343 al referir la "tensión

existente entre las normas vigentes") ello debe ser **relacionado con la ley nacional de fondo**.

Así el artículo **4 de la ley 22.278 permite eximir de pena o aplicarle una escala penal reducida** a una persona culpable de un delito cometido cuando tenía entre 16 y 18 años de edad; pero ello no conlleva a que la **reducción de la escala** sea obligatoria, si bien al momento recién de aplicar pena **pueda ser la regla**, atento los principios ya enunciados.

Ese es el texto expreso de la **ley que no impone la modificación de la escala de modo imperativo** y para todos los casos, sino que ello resulta una **facultad de los jueces** (de allí el "pudiendo reducirla") atendiendo a **criterios preventivos especiales**; pero además esa facultad requiere de que se **cumplimenten los siguientes requisitos legales: que haya sido declarada la responsabilidad del menor, que haya adquirido la mayoría de edad y que hubiera sido sometido al tratamiento tutelar de al menos un año**.

Recién en tal específico momento surgirá la facultad de absolver, o de imponer la escala reducida en base a la tentativa o la escala común prevista por el Legislador Nacional para los mayores de edad (ver también en particular lo expuesto en el voto del Dr. de Lazzari de nuestra S.C.B.A. en fallo 60.922 de fecha 7/8/1996; también causa 39.560 del mismo Órgano del año 1989; Ac. 84.985 del 02/04/2003 y P. 72.517 del 29/09/2004).

Es que la situación de un joven desde que se le imputa la comisión de un hecho delictivo no puede ser tomada de manera estática sino como evolución dinámica; así el tiempo de observación y tratamiento establecido por el art. 4to. de la ley 22.278 tiene sentido si cabe esperar el resultado de esa observación y tratamiento para proporcionar un criterio concreto de decisión acerca de si la pena es necesaria y en su caso en qué extensión. Y así **podría imponerse la absolución pese a la declaración de responsabilidad en caso de que el menor demuestre que con el tratamiento** ha adquirido valores relevantes de respeto hacia su propia persona y

hacia terceros y hábitos y conductas que resulten reveladores que fuera de esperar (y con lo harto dificultoso que resulta efectuar este tipo de pronóstico) que no cometerá nuevos delitos.

Por otro lado la escala reducida podría dar lugar en caso de que no se llegara a dichas conclusiones; **y en el otro extremo la escala "regular"** aparecerá como viable (y en forma debidamente fundada como lo exige la C.S.J.N. en el fallo Maldonado ya citado) en caso de involución y de fracaso (imputable al menor claro está) del tratamiento tutelar. **Todo lo expuesto teniendo en cuenta las modalidades del hecho, los antecedentes del menor y la impresión personal recogida por el juez.**

Y más allá de que esto se considere razonable o no, lo cierto es que es el marco legal que establece la ley 22.278 y que se reitera ha sido declarada constitucional en un amplio análisis de la Corte en el **fallo "García Méndez, Emilio y Musa, Laura s/ causa 7537" del 10 de Abril de 2008**; máxime desde el momento que la letra de la ley es la primera fuente de su interpretación y los criterios de naturaleza sintáctica y gramatical un modo imprescindible para la comprensión del texto.

El resumen de todo lo antedicho sería determinar la **necesidad de aplicación de pena e imposición del cuántum teniendo en cuenta la culpabilidad por el hecho reducida o atenuada por la edad a la fecha de comisión** (ver considerandos 37 y 40 de "Maldonado"; ver también Código Penal Comentado y Anotado por Andrés D'Alessio, Ed. La Ley, Tº III, págs. 614 y sgts.).

Así (según las fechas de los acontecimientos) el referido a la **causa 135** de fecha 1 de Marzo de 2010 (todo según auto de responsabilidad firme ver fs. 480/499) **valoro** la utilización de un arma de fuego, y el **haberle efectuado a la víctima al menos dos disparos**, inclusive al menos uno de ellos mientras el damnificado **huía**.

Con respecto a la **causa 134** por el que se lo declarara responsable y acaecido el 21 de Diciembre de 2010, valoro la nocturnidad en que se lo

ocasionó (lo que en el caso facilitó la impunidad y la imposibilidad de auxilio de terceros y de fuerzas de seguridad), el **uso de un arma de fuego en forma impropia** (pegando "culatazo"); el extremo de haber **gatillado en varias oportunidades** contra la víctima y de **haber efectuado al menos dos disparos los que impactaron en la pierna y abdomen y lo que conllevó riesgo cierto de vida al requerirse internación e intervención quirúrgica**. Aduno la circunstancia de que el **damnificado se encontrara desarmado** y la reiteración de la violencia desplegada y lo inmotivado e injustificado del accionar gravoso.

En **conjunto valoro el concurso real** y la utilización reiterada de armas de fuego, efectuando disparos dirigidos a seres humanos.

De la audiencia personal celebrada con el joven -junto a su progenitora- con debida representación legal puedo decir que me ha causado una buena impresión; así nos hizo saber que se mantiene en el plan "Envión", que ha reanudado la escolaridad (abandonada en séptimo grado) habiendo culminado a la fecha noveno en la Escuela nro. 24 de Maldonado (lo que al decir de su madre la hace sentir muy orgullosa). Continúa viviendo en la casa de sus padres de y ha tenido -junto a su concubina conviviente- una hija quien en la actualidad tienen 1 año y 5 meses (destacando también su progenitora el rol responsable de padre). No ha logrado insertarse en forma más o menos estable en el mercado laboral. Todo lo expuesto en esa audiencia no está desacreditado en la causa ni ha recibido objeciones ni contraprueba por parte del Sr. Agente Fiscal también presente en la audiencia.

Sentado lo anterior, observo que **los Sres. Jueces que integran el Tribunal de Responsabilidad Juvenil** (566/572) han valorado el buen desempeño de A. en el proyecto "Envión" (fs. 567 vta. y 568), el hecho de encontrarse desempeñando su novel paternidad y el abandono -al menos mientras duró esa supervisión- de conductas impulsivas. También valoraron en sentido positivo el informe del Centro de Contención Valentín Vergara y el hecho de que carece de antecedentes penales computables (fs. 562) y con esos elementos decidieron **absolverlo de pena, y**

en esto no concuerdo.

Es que la **gravedad de los hechos enrostrados (culpabilidad por los mismos)** ya antes valorada, **y el positivo tratamiento posterior** con todos los principios que rigen el fuero y haciendo una interpretación de toda la normativa legal vigente, y la impresión personal recogida me conllevan a la conclusión de que resulta **necesaria la imposición de pena**, pero también considero que deben evitarse los efectos contrarios que la privación efectiva de libertad conlleva, y en especial para los jóvenes (máxime desde el momento que es primario como en el caso).

Por ello considero que debe **disminuirla en la escala de la tentativa y de cumplimiento condicional (art. 42, 44 y ccmts. del C.P.)**.

Considero así que una **pena de tres años de ejecución condicional** resulta suficiente teniendo en cuenta todos los elementos en juego y en particular con el fin de poder imponer **reglas de conducta**. Así tengo en cuenta el **apercibimiento** que esa forma de imposición implica **(en particular para evitar la comisión de nuevos delitos)**, como así también la **"memoria sobre lo efectuado"** que de alguna manera conllevan las reglas conductuales.

Así propongo imponerle durante ese **plazo de tres años cumplir con las siguientes:** a) control del Centro de Referencia que funciona en el Valentín Vergara; b) prohibición de ausentarse del domicilio que fije sin previa autorización judicial; c) abstenerse de abusar de bebidas alcohólicas y de consumir estupefacientes y d) adoptar arte, oficio o industria de acuerdo a sus posibilidades.

Ese es el alcance de mi sufragio.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero al voto del doctor Barbieri, haciéndolo en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR GIAMBELLUCA, DIJO: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde: **REVOCAR -por unanimidad- la resolución recurrida de fs. 40/46 de esta incidencia, aplicándole**

al joven J. M. A. S. -por mayoría de opiniones-, la sanción penal de Tres Años de Prisión, de Ejecución Condicional, como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio simple en grado de tentativa y abuso de arma, en los términos de los arts. 79, 104 primer y segundo párrafo, 42 y 55 del Código Penal, según hechos cometidos el día 21 de diciembre de 2010 en perjuicio de A. D. G. y en calle Maldonado a la altura catastral del 2100 de esta ciudad, y el día primero de marzo de 2010, en perjuicio de F. G. en Bahía Blanca, ello en concurso real (arts. 79, 104 primero y segundo párrafos, 42 y 55 del Código Penal, art. 58 de la ley 13634, 4º LEY 22278), **imponiéndole asimismo** durante ese **plazo, cumplir con las siguientes reglas conductuales:** a) control del Centro de Referencia que funciona en el Valentín Vergara; b) prohibición de ausentarse del domicilio que fije sin previa autorización judicial; c) abstenerse de abusar de bebidas alcohólicas y de consumir estupefacientes y d) adoptar arte, oficio o industria de acuerdo a sus posibilidades.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI, DIJO: Adhiero al voto del doctor Giambelluca, haciéndolo en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero al voto del doctor Giambelluca, haciéndolo en el mismo sentido.

Con lo que terminó este acuerdo que firman los señores Jueces nombrados.

SENTENCIA

Bahía Blanca, diciembre 21 de 2012.

Y Vistos, Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto:

Que no es justa la la sentencia apelada de fs. 40/46 del presente incidente.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede: SE **RESUELVE: REVOCAR -por unanimidad-** la resolución recurrida de fs. 40/46 de esta incidencia, aplicándole al joven **J. M. A. S. -por mayoría de opiniones-, la sanción penal de Tres Años de Prisión, de Ejecución Condicional**, como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio simple en grado de tentativa y abuso de arma, en los términos de los arts. 79, 104 primer y segundo párrafo, 42 y 55 del Código Penal, según hechos cometidos el día 21 de diciembre de 2010 en perjuicio de A. D. G. y en calle Maldonado a la altura catastral del 2100 de esta ciudad, y el día primero de marzo de 2010, en perjuicio de F. G. en Bahía Blanca, ello en concurso real (arts. 79, 104 primero y segundo párrafos, 42 y 55 del Código Penal, art. 58 de la ley 13634, 4º LEY 22278); **imponiéndole asimismo durante ese plazo, cumplir con las siguientes reglas conductales:** a) control del Centro de Referencia que funciona en el Valentín Vergara; b) prohibición de ausentarse del domicilio que fije sin previa autorización judicial; c) abstenerse de abusar de bebidas alcohólicas y de consumir estupefacientes y d) adoptar arte, oficio o industria de acuerdo a sus posibilidades.

Notifíquese.

Fecho, devuélvase a la instancia de origen.

