

**Expediente M-IPP once mil sesenta y cuatro.**

**Número de Orden:70**

**Libro de Interlocutoria nro.:15**

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los seis **días del mes de Marzo del año dos mil trece**, reunidos en su Sala de Acuerdos los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, doctores **Pablo Hernán Soumoulou y Gustavo Angel Barbieri (artículo 440 del C.P.P.)**, para dictar resolución en la **I.P.P. M-11.064/1** caratulada: "**M. B. E. s/ incidente de apelación**", y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en este orden doctores **Barbieri y Soumoulou**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

#### **C U E S T I O N E S**

1º) ¿Es justa la resolución apelada?

2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

#### **V O T A C I O N**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI DIJO:** Interpone recurso de apelación el Sr. Agente Fiscal del fuero de Responsabilidad Penal Juvenil -Dr. Christian A. Yesari a fs. 1/14-, contra la resolución dictada por el Sr. Juez del Tribunal de Responsabilidad Juvenil -Dr. Guillermo Enrique Garcia Pereyra, cuya copia luce a fs. 24/33 de esta incidencia-, por la que hizo lugar a la suspensión de juicio a prueba solicitada en favor de B. E. M..

A fs. 41/44 el Sr. Fiscal General Adjunto, mantiene el recurso interpuesto.

**La impugnación fue interpuesta en tiempo y forma, y resulta admisible**, pues si bien no está prevista la apelación directa en este tipo de resoluciones (art. 404 del C.P.P.), sí resulta la única posibilidad con eficacia procesal

como para intentar la revocación, siendo que en caso de cumplirse las reglas de conductas impuestas por el a-quo al otorgar el beneficio de suspensión de juicio a prueba, deberá sin más dictarse el sobreseimiento del menor, produciendo un ello un perjuicio de imposible reparación ulterior para el recurrente (art. 59 y 60 ley 13.634, arts. 439 y ccdds. de la ley 11.922.).

Se agravia la Fiscalía, por considerar que el señor Juez a-quo resolvió la concesión del beneficio de suspensión de juicio a prueba sin tener en cuenta la razonable oposición que formulara (por dos motivos distintos); en segundo lugar, considera irrazonable la oferta reparatoria ofrecida por el menor.

Analizadas las constancias del presente incidente, lo resuelto por el Sr. Juez del Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil y los argumentos expresados por el Sr. Agente Fiscal, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y revocar la resolución en crisis.

**Considero**, tal como detalladamente se ha expedido este Tribunal en la causa M-9202/I en fecha 20/05/11, **que no resulta aplicable en este específico momento del proceso la reducción prevista en el art. 4to de la ley nacional 22.278.**

*En la citada causa se dijo: "...si bien es cierto que la normativa citada por la Magistrada de Grado (en particular los arts. 1, 5, y 17 entre otros de las Reglas de Beijing, las directrices de Riad, y los arts. 40 de la Convención de los Derechos del niño y la normativa del art. 6 de la ley 13.634) puede conllevar al razonamiento que en definitiva efectuó, lo cierto es que esos principios -y adelantando el criterio que hemos de mantener- no pueden modificar la ley nacional vigente y cuya constitucionalidad también ha sido mantenida (a pesar de la existencia de la normativa supralegal antes citada) por la Corte Suprema de Justicia Nacional.*

*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 cumplan 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 y en caso de fracaso del tratamiento.*

*Y pareciera que quienes proponen lo contrario lo fundamentan en lo resuelto en la conocida jurisprudencia "Maldonado, Daniel" de la C.S.J.N. Fallos 328:4343; sin embargo interpretamos que allí lo que la Corte exigió es el deber de fundar por parte del Órgano Jurisdiccional por qué una pena fijada en el marco de la escala de la tentativa resulta insuficiente en el caso que tienen que decidir (voto de la mayoría considerando 41 y voto de la Dra. Argibay considerando 14). Dicho de otra manera la existencia de una regla de disminución de la pena a aplicar y en base a la escala de la tentativa, resulta preferible, pero en el caso de que existiera sería al momento de determinar la necesidad de imponer pena (y no desde el inicio del proceso y o etapas previas como se ha efectuado en estos obrados).*

*Es que la situación del niño 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 prognosis) 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 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.*

*Sin dudas existen fuertes tensiones entre los principios y normativas en juego; sin embargo la propia Corte en el fallo recientemente individualizado resolvió y reconociendo esa "tensión" que: ",,,no puede justificar por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la ley 22.278...". Y ese mandato prohibitivo (y que se comparte en sus razonamiento) de los cortesanos sin dudas son los que llevan a elegir este camino.*

*Lo contrario sería aplicar como ya se expresó, la reducción del art. 4to. de la ley 22.278 desde el inicio del proceso. Ello conllevaría a reducir las escalas (y por qué no anularlas desde que existe la posibilidad de absolución) para la eximición de prisión, para el momento de dictar una detención, para las excarcelaciones ordinarias y/o extraordinarias, para el dictado de la prisión preventiva, también para los plazos de*

*prescripción, para el beneficio de la suspensión del proceso a prueba (lo que estamos analizando aquí) y sólo por imaginar algunos supuestos. Entonces sí se advierte con claridad que estaríamos creando pretorianamente un régimen penal sustitutivo de la ley nacional 22.278, desoyendo la manda de nuestro máximo intérprete constitucional: "...No es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones...implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar, cuando resulta evidente que -en esta materia- tal solución requiere de la suficiente e indispensable concreción de políticas pública previas..." (conf. Fallos 329:3089 y 330:4866).*

*En este sentido lo han resuelto las distintas salas del Tribunal de Casación Penal Nacional: Sala I en causa 5931 de fecha 31/3/2005; por la mayoría de la Sala II del mismo Organo (en su anterior integración) en causa 7458 de fecha 27/2/08; por mayoría de la misma Sala (y de donde hemos volcado parte de los ilustrativos votos de los Dres. Luis García y Guillermo Yacobucci) en causa 8566 de fecha 20/3/09; por la Sala III en causa 5906 de fecha 16/8/05 y más actualmente y ante un caso donde se denegó el mismo beneficio que se revoca por el presente, en causa 9765 de fecha 14/4/09 y por la Sala IV en causa 9380 de fecha 27/11/09.*

*Pero por si lo expuesto no bastara, hay un hecho determinante en favor de las motivaciones expuestas, y es el siguiente; la discusión sobre esta temática y la posibilidad de aplicar la escala reducida ya existía en doctrina y aún en forma jurisprudencial en forma previa al dictado de la ley 13.634. Por ello es que no habiendo regulado el legislador provincial -en la última mencionada- la posible aplicación de esa escala penal reducida, no podemos analizar ello desde el ángulo de la negligencia y/o impericia, sino que debe interpretarse como una inactividad dirigida a no reformar el régimen del art. 4to. de la la ley 22.278, vigencia que también por el presente se mantiene...".*

Por todo lo hasta aquí expuesto, el **beneficio de la suspensión del proceso a prueba resulta inviable dado el quantum punitivo** que

prevén los delitos de homicidio en grado de tentativa, robo calificado por el uso de armas y privación ilegal de la libertad, en los términos de los arts. 79 en relación al art. 42, 166 inc. 2 y 142 inc. 1ero. del Código Penal, imputados al joven M..

**Su mínimo de 5 años de prisión (que resulta ser el máximo más gravoso del concurso real enrostrado en los términos del art. 166 inc. 2do. 1er. párrafo del C.P. en relación al art. 55 del mismo Cuerpo Legal) resultaría suficiente argumento obstativo** con respecto al beneficio previsto por el art. 76 bis del C.P., aún (obviamente y desde ya) adhiriendo a la denominada "tesis amplia" (4to. párrafo del art. recientemente individualizado y como lo ha resuelto nuestro Máximo Tribunal Nacional, 23 de Abril del 2008 "Acosta, Alejandro Esteban"). Lo expuesto sella la suerte del remedio en favor de recurrente.

**A mayor abundamiento, entiendo que el recurso igualmente debe prosperar en tanto no se cuenta con el consentimiento del Ministerio Público Fiscal**, requisito legal para su procedencia (76 bis párr. 4to) y ello en lo **tocante a la naturaleza de los hechos** intimados al joven M..

A mi entender la **oposición efectuada por el Ministerio Público Fiscal**, en el marco de las facultades constitucionales y legales que le son propias (art. 6 C.P.P. art. 1 ley 12.061, art. 120 C.N.), **se encuentra debidamente fundada y resulta razonable**; debiendo **revocarse la resolución del Magistrado de la instancia**.

Tal como ha sostenido la Sala I del Tribunal de Casación Provincial, entiendo que *"...El consentimiento Fiscal para la suspensión del proceso a prueba exigido tanto por la norma de fondo (art. 76 cuarto párrafo del C.P.) como por el código ritual (art. 404 del C.P.P.) no constituye un mero dictamen sobre la procedencia del instituto, y, salvo supuestos excepcionales de arbitrariedad, la oposición fundada de quien es el exclusivo ejecutor de la acción pública resulta para el juzgador vinculante (art. 6º del C.P.P.)..."* (T.C.P.B.A., Sala I, causa nro. 6.927, de fecha 7-8-2003 , Juez NATIELLO (SD) CARATULA: R.,d. s/ Recurso de casación).

En idéntico sentido, la Sala III de ese órgano ha expresado "...*Para la suspensión del juicio a prueba la ley exige la conformidad del Fiscal, y su opinión en contrario significa un valladar para su otorgamiento, ya que como encargado de la promoción y ejercicio de la acción, está diciendo, con su negativa, que es su voluntad seguir adelante con la acción (doctrina de los arts. 71 y 76 bis del C.P. y 404 del C.P.P.)....*" (T.C.P.B.A. Sala III, causa nro. 18.914 RSD-375-6 S 6-7-2006, Juez BORINSKY (SD) CARATULA: O.,J. s/ Recurso de casación).

Como puede **verse en el acta de fs. 15/18**, la Agencia Fiscal **ha referenciado circunstancias concretas relativas a los hechos que motivan esta causa**, efectuando una objeción de tipo político criminal basada en la inconveniencia de que el justiciable acceda al instituto en cuestión por considerar que devendría necesaria la continuación del trámite ordinario.

**Considero que no es irrazonable la argumentación sostenida por la Agencia Fiscal**, en la que destaca como circunstancias relevantes para valorar la gravedad de los acontecimientos: la violencia ejercida sobre las víctimas, la participación de tres personas como sujetos activos, la utilización de armas blancas, y la afectación que el hecho ha implicado tanto para el patrimonio como para la integridad física de los plurales damnificados, lo que ha evidenciado - a su entender- *"...un grave desprecio sobre la integridad física y bienes de terceros..."*. Máxime cuando en dicha merituación ha manifestado tener presentes las circunstancias personales del encartado y que éstas no alcanzarían para eclipsar la entidad que otorga a los ilícitos.

Conforme lo expuesto, entiendo que la oposición Fiscal al beneficio requerido se ha basado en cuestiones que forman parte de su exclusiva esfera de competencia, que se encuentra debidamente fundada y no resulta arbitraria (art. 6, 404 C.P.P. y 76 bis del C.P.), lo que además no puede ser suplido por el órgano jurisdiccional.

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo revocar la suspensión del juicio a prueba dictada en favor del menor B. E. M..

En cuanto al último motivo de agravio, siendo que la propuesta de revocación que efectúo es por dos motivos previos y distintos, considero abstracto expedirme sobre el ofrecimiento de reparación económica.

Voto por la negativa.

**A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. SOUMOULOU DIJO:** Adhiero al sufragio emitido por el Dr. Barbieri por compartir esos argumentos.

**A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO:** Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 1/14 y revocar la resolución recurrida de fs. 24/33.

**A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. SOUMOULOU, DIJO:** Adhiero al doctor Barbieri, votando en el mismo sentido.

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

### **RESOLUCION**

Bahía Blanca, 6 de Marzo de 2.013.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto **que no es justa** la resolución apelada de fs. 24/33.

**Por todo lo expuesto este TRIBUNAL RESUELVE:**  
**hacer lugar** al recurso interpuesto a fs. 1/14, y **revocar** la resolución recurrida de fs. 24/33 en lo que fue materia de agravio (artículos 6, 404, 439, 440 y ccdtes. del Código Procesal Penal; 76 bis y sgts. del C.P.).

Devolver sin más trámite los autos principales requeridos a fs. 46.

Notificar.

Fecha, devolver al Juzgado de origen.