

Expediente M-I.P.P. trece mil seiscientos sesenta y siete.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los veinticinco días del mes de Noviembre del año dos mil dieciséis, 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, Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Ángel Barbieri**, para dictar resolución en la **I.P.P. M-13.667/I: "C.,L.A. POR PORTACIÓN ILEGAL DE ARMA DE GUERRA EN BAHÍA BLANCA"**, 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 debe tener lugar en este orden **Barbieri, Soumoulou y Giambelluca** (Magistrado éste último que intervendrá en caso que se considere corresponder), resolvieron plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1) ¿Es justa la resolución apelada?

2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI DICE: A fs. 204/215 interpone recurso de apelación el Señor Agente Fiscal del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil, a cargo de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio nro. 2 -Dr. Christian A. Yesari-, contra la resolución dictada a fs. 192/200 por la Señora Juez del Cuerpo de Magistrados Suplentes a cargo del Juzgado de Responsabilidad Juvenil Nro. 2 -Dra. María Elena Baquedano-, por la cual hizo lugar a la suspensión de juicio a prueba por el término de dos años en favor de L.A.C.

El recurrente efectúa tres planteos en sus agravios.

En primer lugar, considera que la Magistrada de grado yerra en la interpretación dada a la previsión contenida en el art. 4 de la ley 22.278, realizando una generalización a partir de argumentos que exceden la propia semántica de la ley, para determinar que resulta procedente la aplicación de la reducción.

Esgrime que tal reducción de las escalas penales no es "automática" y que la ley exige que se haya dictado una decisión jurisdiccional que declare la responsabilidad penal del menor.

En segundo lugar, previo citar el criterio interpretativo sentado por la C.S.J.N. en el fallo "Acosta" en relación a los párrafos primero y cuarto párrafo del art. 76 bis del C.P., sostiene que la Señora Magistrada con argumentos inadecuados, decidió otorgar el beneficio al penado, cuando la pena prevista en expectativa para el delito que se le imputa al joven (según el requerimiento de elevación a juicio portación de arma de fuego de guerra sin autorización legal), excede los requisitos objetivos establecidos en la ley, para admitir alguno de los dos supuestos contemplados.

Señala que tampoco en la decisión atacada se fundó por qué razón la pena aplicable -en concreto al imputado- resultaría de ejecución condicional en los términos del art. 26 del C.P., como también, se omitió valorar otros extremos exigidos por dicha normativa (personalidad moral, actitud posterior al delito, motivos que lo llevaron a delinquir).

Concluye que el órgano decisor efectuó una errónea interpretación de la ley, a fin de aplicar el instituto de la suspensión del proceso a prueba en contra de lo estipulado en el art. 76 bis del C.P., y por el sólo hecho de no compartir la interpretación fiscal, consideró irrazonable la opinión desfavorable, expropiando ejercicio de la acción penal, en franca afectación del rol procesal que le compete al Ministerio que representa. Peticiona la revocación de la resolución atacada. Hace reserva de caso federal.

A fs. 226/228, el Sr. Fiscal General Departamental, Dr. Juan Pablo Fernández, mantiene el recurso interpuesto en los términos del artículo 445 del C.P.P., citando doctrina, jurisprudencia y normativa aplicable al caso para abonar la tesis que sustentan.

Comienzo diciendo que 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 la Magistrada, procederá el sobreseimiento del joven, produciendo ello un perjuicio de imposible reparación ulterior para la recurrente (art. 59 y 60 ley 13.634, arts. 439 y ccdds. de la ley 11.922.).

Analizadas las constancias del presente incidente, lo resuelto por la Señora Juez del Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil y los argumentos expresados por la Fiscalía, propondré hacer lugar al recurso interpuesto y revocar la resolución puesta en crisis.

Considero en primer lugar, tal como detalladamente se expidió 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)... 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 máxime 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 Órgano (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...".

Resumiendo, el beneficio de la suspensión del proceso a prueba resulta inviable dado el quantum punitivo que prevé el delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización legal, en los términos del art. 189 bis inciso segundo, párrafo tercero del Código Penal, imputado al joven C.. Su previsión de tres años y seis meses de prisión o reclusión (en el mínimo) a ocho años y seis meses de prisión o reclusión (en su máximo), resulta suficiente argumento obstativo a la concesión del beneficio previsto por el art. 76 bis del C.P., aún adhiriendo al criterio de la "tesis amplia" adscripto por la C.S.J.N. en "Acosta, Alejandro Esteban", en relación a los supuestos del primer y cuarto párrafo de la referida norma.

Más allá de lo expuesto entiendo, que el recurso igualmente debe prosperar en tanto no se cuenta con el consentimiento del Ministerio Público Fiscal.

Y como reiteradamente me expidiera en casos similares al presente, he de decir que el artículo 404 segundo párrafo del Código Procesal Penal, establece que

para la suspensión del juicio a prueba, se requiere del acuerdo entre el Fiscal y el Defensor, siendo vinculante el mismo para el Juez, salvo ilegalidad o irracionalidad de las obligaciones impuestas; dicha conformidad se encuentra establecida también en el cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal.

En el caso de autos, ese acuerdo no existió, y ante la petición de la defensa, advierto que la oposición Fiscal plasmada en el acta de fs. 189/191 cumple con los recaudos de motivación, razonabilidad y coherencia exigidos, apoyándose para sostener su negativa, en la gravedad del hecho imputado al joven y a sus condiciones personales, por lo que tal razón resulta suficiente a los fines de rechazar la suspensión de juicio a prueba postulada.

En lo tocante a la gravedad del hecho imputado, observo en la intimación de fs. 21/22 y vta. que se efectuó una persecución policial contra el menor (y otro sujeto que lo acompañaba, existiendo pluralidad), que ello lo hacían en un medio motorizado y existiendo nocturnidad (pues está fijado a las 20.10 hs. del 9 de junio), circunstancia en que se descartara de un revólver calibre 38 especial, cargado.

Concluyo que 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. 6° 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).

En ese mismo sentido, se ha expedido el Tribunal de Casación Penal en el Acuerdo Plenario en causa Nro. 52.274 caratulada "B., L. E. y O., A. R. s/Recurso de Queja" y su acumulada causa Nro. 52.462 caratulada "C., L. y B., A. M. s/Recurso de Queja" de fecha 9 de septiembre de 2.013, en donde en el punto 4 se estableció: "...La anuencia del fiscal es, en principio, necesaria en todos los supuestos contemplados en la norma del artículo 76 bis del Código Penal".

La Señora Juez A Quo hizo prevalecer su criterio y opinión personal, sin cumplir su acotada competencia, cual era analizar si efectivamente, el hecho era grave conforme la requisitoria de elevación a juicio, y si en tal caso la oposición era fundada.

Habiéndose celebrado la audiencia prevista por el art. 60 de la ley 13.634 es que propongo al acuerdo revocar la suspensión del juicio a prueba dictada en favor del joven L.A.C..

Voto por la negativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. SOUMOULOU, DICE: Adhiero pro sus fundamentos al sentido del voto del Dr. Barbieri.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. BARBIERI DICE: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde revocar la resolución dictada a fs. 192/200 que hizo lugar a la suspensión de juicio a prueba en favor de L.A.C.,

debiéndose continuar adelante con el trámite del proceso (arts. 26 y 76 bis cuarto párrafo del C.P; 404, 439, 440 y 447 del C.P.P.).

Así lo voto

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DR. SOUMOULOU, DICE: Adhiero al voto del Doctor Barbieri.

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

RESOLUCIÓN

Bahía Blanca, Noviembre 25 de 2016.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto que no es justa la resolución de fs. 192/200.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, este **TRIBUNAL RESUELVE:** declarar admisible y procedente el recurso de apelación interpuesto a fs. 204/215 y **REVOCAR** la resolución de fs. 192/200 que hizo lugar a la suspensión de juicio a prueba en favor de L.A.C., debiéndose seguirse adelante con el proceso (arts. 26 y 76 bis cuarto párrafo del C.P; 404, 439, 440 y 447 del C.P.P.).

Notificar. Hecho remitirla al Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil actuante.