

Expediente I.P.P. nro. M diecisiete mil ochocientos cuarenta.

Número de Orden:_____

Libro de Interlocutorias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los diecisiete días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, 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 Guillermo Alberto Giambelluca y Gustavo Angel Barbieri (art. 440 del C.P.P.), para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. M17.840/I** caratulada: "**P. s/ Incidente de apelación**", omitiéndose el sorteo pertinente atento la prevención informada a fs. 73 (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), manteniéndose aquel orden de votación **Barbieri y Giambelluca**, resolviendo 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 Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI DICE: A fs. 1/9 y vta. interpone recurso de apelación la Sra. Agente Fiscal a cargo de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio nro. 1 del fuero de Responsabilidad Penal Juvenil -Dra. Betina Ungaro-, contra la resolución dictada a fs. 10/23 por el Sr. Juez de Garantías del Joven -Dr. Esteban Mario Usabiaga-, por la que dispuso la inconstitucionalidad del término de 4 años previsto en la norma del

artículo 27 primera parte del Código Penal, dando por "no pronunciada" la pena de un (1) año y ocho meses de prisión de ejecución condicional que se le impusiera a P..

Afirma que la resolución del Magistrado de Grado sería arbitraria, lo que provoca un gravamen de imposible reparación ulterior y justifica la revocación del auto apelado; sosteniendo que existe un error en la interpretación del texto expreso de la ley aplicable y falta de fundamentación suficiente, dado que "...nuevamente se intenta fundar en principios del fuero para no aplicar al acaso el texto expreso de la ley, desoyendo los argumentos ya vertidos por el Tribunal Ad Quem..."

Expresa que en la resolución no queda claro "...cuál es el perjuicio concreto que conculca garantías constitucionales del imputado con la aplicación del precepto legal y de que modo ello podría considerarse un concreto atentado al interés superior del niño...", destacando que "...la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes sólo debe ser ejercida cuando la repugnancia con la cláusula constitucional evocada resulte manifiesta y la incompatibilidad inconciliable..."

Remarca que el Juez de Grado "...no justifica debidamente el perjuicio o afectación de derechos constitucionales que la aplicación de la norma conlleva..." y, en ese sentido que no existiría afectación de la proporcionalidad que esgrime el Magistrado, siendo que ese posicionamiento "...resulta contradictorio a las circunstancias personales del encartado, ya que nos hallamos frente a un sujeto de 26 años, de quien no puede evaluarse su condición de niño, ya que nos encontramos ante un sujeto que resultó -en el

período correspondiente- tratado como un sujeto con un plus de derechos.... y no obstante ello, el encartado reitera su accionar delictivo cuándo ya ha adquirido la mayoría edad, motivo por el cual debe concluirse el fracaso de los fines del proceso penal juvenil...".

Señala que aun cuando la ley 13.634 ha sido dictada con posterioridad a la ratificación por parte del Estado Argentino de la Convención de Derechos del Niño, ello no implica la imposibilidad aplicar el término previsto en el art. 27 para la revocación de la pena de ejecución condicional, siendo que por el contrario se ha incorporado una regulación expresa en lo referente a la imposibilidad de valorar antecedentes penales del fuero específico a los fines del reincidencia en el caso de delitos cometidos una vez alcanzada la mayoría de edad.

Afirma que los derechos garantizados -especialmente- a los niños, niñas y adolescentes, como el resto de los derechos constitucionales "...no pueden verse nunca fortalecidos con el olvido o la negación de los actos cometidos, de lo contrario se estaría consolidando el peor de los mensajes, la falta de responsabilización de sus actos...". Pone de relieve, al respecto, que el imputado fue puesto debidamente en conocimiento de los deberes que pesaban sobre él al acceder a la condicionalidad del condena, entre los que se encuentra la obligación de no cometer delitos por el término de 4 años, que prescribe el artículo 27 del C.P.

Solicita revocación.

Analizados los agravios y el contenido de la resolución apelada, propondré al acuerdo hacer lugar al remedio, en tanto considero que se ha efectuado en

forma incorrecta el control difuso de constitucionalidad por parte del Juez A Quo (ver I.P.P. nro. 9878/I, Rta. 8/3/2012); siendo que el Magistrado no ha justificado en forma expresa en qué forma se cristalizaría la afectación constitucional que invoca, en el caso concreto del penado P..

En la decisión se han vertido diversos argumentos por los que considera que no sería proporcional, ni ajustada a la "racionalidad republicana", la aplicación -en el Fuero Penal Juvenil- del artículo 27 del C.P., que impone el deber de no cometer delitos por el lapso de cuatro años, siendo uno de los requisitos para que la condena de ejecución condicional se tenga por no pronunciada (dejándose de lado la chance de conversión en cumplimiento efectivo). Sin embargo, no hace explícitas cuáles son las circunstancias específicas de la situación del penado P., y que serían reveladoras de esa falta de proporcionalidad o de irracionalidad en el caso concreto.

Debo aclarar, previo ingresar al análisis de los fundamentos ofrecidos por el Juez de Grado -y aun cuando ello no sea el motivo principal que respalda la solución que propongo-, que no comparto su apreciación en abstracto sobre la normativa del Código Penal cuya constitucionalidad cuestiona. Los diversos mecanismos jurídicos previstos en nuestro ordenamiento, en especial la posibilidad de no imponer pena en ciertos supuestos de condena y la reducción del monto punitivo establecidas en el artículo 4to. de la ley 22.278, abastecen las exigencias de especialidad y proporcionalidad requeridas constitucional y convencionalmente (lo que en todo caso fue valorado al momento de imponerle la condena originaria a P. y que no ameritaba la declaración de

inconstitucionalidad por la que optara el A Quo; haciendo valer "nuevamente" principios que ya fueron tenidos en cuenta al momento de imponer la sanción). Sin perjuicio de ello, abordaré los motivos expuestos por el Magistrado de Grado en su resolución, a fin de justificar la razones en la se funda mi posición. Centralmente, sus argumentos se dirigen a sostener que el hecho de que el plazo sea igual para mayores y menores resultaría irracional y violatorio del principio de proporcionalidad, en la medida en que un trato diferenciado en lo que a ese lapso se refiere vendría impuesto por cuestiones normativas - constitucionales y convencionales- y por las características ontológicas propias de los niños, niñas y adolescentes.

Esa posición es la que guía las diversas afirmaciones que efectúa el Magistrado en relación a la aplicación de las condiciones temporales previstas en la norma cuya inconstitucionalidad declara, tal como puede leerse explícitamente a fs. 11 y vta, y que califica como "...evidente disfuncionalidad sistémica...".

Afirma, así, que "...en el caso de este joven (jurídicamente, niño) en una condena de ejecución condicional cuyas medidas ha cumplido satisfactoriamente por dos años más, luego del fallo, mantener por un lapso de cuatro años la pena suspendida, en previsión de un nuevo delito, no guarda proporción, ni con el injusto, ni con la culpabilidad... ni -y he aquí lo importante- con la especificidad ontológica y el encuadre normativo jerárquico de ser niño, ni con la finalidad reintegradora de toda intervención en el marco especial del derecho penal juvenil..." (fs. 12).

Remarca el Juez, en ese orden de ideas, que "...el presente es uno de aquellos supuestos donde la operatividad del código penal de la nación se muestra

como inapropiada en sus términos para aplicarse inflexible y directamente a la situación jurídica del caso, precisamente por colisionar con el plexo jurídico superior..." (fs. 13) y entiende que "...la relación de proporcionalidad que en el caso del lapso previsto por el artículo 27 se constituye para un joven en desproporción contra legem: se trata del tiempo visto como mera cifra, sin contenido ni relación con la medida de la sujeción, del sufrimiento o de la privación de derechos..." (fs. 17).

Expresa que "...En el caso de un joven adolescente de tan corta y vitalmente específica edad, precisamente el tiempo debe mirarse muy de cerca, ya que su tiempo social y existencial es muy diferente al de los adultos..." (fs. 18 vta.); esa es una de las razones por las que sostiene "...que ninguna norma del sistema penal de adultos pueda ser aplicada sin el tamiz normativo especial, sobre todo cuando el mismo es ley suprema constitucional/convencional. De allí que, en este caso, aplicar el C.P. directamente sea inconstitucional..." (fs. 22).

Por último, afirma que el supuesto de la revocación de la condicionalidad de la condena impuesta mientras el condenado era menor y la unificación de penas, en virtud de un delito cometido como mayor, afecta el principio que impone que los niños tienen un plus de derechos en relación a los mayores, por su condición, ya que se le estaría imponiendo "...al niño que cometió el primer delito. No al adulto responsable del segundo...".

Esta síntesis resulta útil para facilitar la explicación de la razón por la que considero que la decisión no es ajustada a derecho, en tanto la inconstitucionalidad de la regla no se ha declarado en forma particular y para

el caso, sino que -siguiendo sus argumentos- se ha efectuado una crítica general sobre la validez constitucional de la norma en abstracto y de su aplicabilidad para el fuero de responsabilidad penal juvenil, con independencia del caso individual sometido a consideración.

Sus fundamentos se han dirigido, entonces, a evaluar la aplicación del plazo previsto en artículo 27 y sus posibles colisiones con principios jurídicos superiores, aunque de una manera abstracta y previa al análisis del caso concreto, omitiendo brindar las razones por las que -en este caso en particular- se pondría en evidencia la vulneración de derechos en lo tocante al justiciable.

Así, aun cuando expresa en diversos tramos de su resolución que el plazo mencionado debería ser distinto para los condenados menores que para mayores, no explica cuáles son las razones por las que la aplicación de ese lapso temporal -que exige la no comisión de delitos por el término de 4 años- resultaría una solución contraria a la proporcionalidad e irracional, con respecto a P..

Esa carencia pone en evidencia que la decisión del Juez de Grado constituye una decisión adoptada en abstracto y con consecuencias generales, en la medida en que abarcaría -de acuerdo a sus fundamentos- todos los supuestos en que se pudiera subsumir un caso genérico de incumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 27 del C.P. por parte de una persona a la que se le imponga una condena de ejecución condicional en el fuero juvenil.

Ello, reitero, dada la falta de distinción -en abstracto- en el lapso temporal previsto para el caso de un adulto y un menor de edad.

Esa clase de decisión y el abordaje de un análisis sobre la constitucionalidad de una norma del Código Penal excede las posibilidades de control constitucional difuso de nuestro orden jurídico que, si bien pone en cabeza de todos los jueces la verificación de validez formal y material de las normas, sólo faculta a que las conclusiones resolutivas tengan efecto particular, entre las partes y con base en los elementos y constancias de cada caso específico (art. 31 de la Carta Magna Nacional y 57 de la Local).

Asimismo, una genérica evaluación de constitucionalidad se aleja del prácticamente indiscutido criterio jurisprudencial (incluso citado por el A Quo), que asevera que en la declaración de invalidez una medida de último recurso, sensible a la división de poderes, que requiere prudencia y esfuerzo interpretativo para mantener -en la medida de lo posible- la integridad del cuerpo normativo legislado.

En este sentido, puede sostenerse que la llamada "última ratio" exige la verificación de una vulneración de derechos concreta.

En el caso, hacer explícita las razones que avalan la falta de proporcionalidad e irracionalidad que se le adjudica a la exigencia de no cometer delitos por el término de 4 años, que surge del artículo 27 del C.P., para el caso particular de P. (teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos cometidos, edades en ambas ocasiones, comportamiento posterior al primer acontecer, por sólo mencionar algunos ejemplos).

En ese orden de ideas, desataco, la Suprema Corte Provincial ha sostenido: "...la declaración de inconstitucionalidad de las leyes sólo tiene cabida como última ratio del orden jurídico; para su procedencia se requiere que el

interesado demuestre acabadamente de qué manera la norma cuestionada contraría la Constitución causándole de ese modo un agravio. Para que pueda ser atendido un planteo de tal índole, debe tener un sólido desarrollo argumental y contar con fundamentos que se apoyen en las probanzas de la causa, y nada de esto acontece en el caso..." (S.C.B.A., Causa n 87309 caratulada "U.,J. s/ Recurso de casación" del 13-9-2006). Propongo revocar la declaración de inconstitucionalidad declarada por el A-Quo, remitiendo los autos a primera instancia para que -con la intervención de Juez hábil- se dicte una nueva resolución.

Por lo expuesto, voto por la negativa.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:

Por los mismos fundamentos, voto en igual sentido que el Doctor Barbieri.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DICE:

Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto y revocar la resolución de fs. 10/23, remitiendo los autos a primera instancia para que -con la intervención de Juez hábil- se dicte una nueva resolución (421, 439, 440 del C.P.P.).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE:

Sufrago de la misma manera que lo hace el Doctor Barbieri.

Con lo que culminó el Acuerdo que signan los Sres. Jueces nombrados.

R E S O L U C I Ó N

Bahía Blanca, diciembre 17 de 2.019.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que no es justa la resolución impugnada.

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede, **ESTE TRIBUNAL RESUELVE:** hacer lugar al recurso interpuesto y revocar la resolución de fs. 10/23, remitiendo los autos a primera instancia para que -con la intervención de Juez hábil- se dicte nueva decisión (421, 439, 440 del C.P.P.)

Notificar electrónicamente al Ministerio Público Fiscal.

Hecho, remitir a la instancia de origen, donde deberán practicarse las restantes notificaciones.