

Expediente M cuarenta mil setecientos ochenta y tres.

Número de Orden: 8

Libro de Interlocutorias N°: 67

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los quince días del mes de **Abril 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 (bajo la Presidencia del primero) atento la excusación del señor Juez doctor Guillermo Alberto Giambelluca (v. fs. 211)**, para dictar resolutorio definitivo en la causa nº M40.783 caratulada: "**M. F. A., y Otro s/ robo agravado en Bahía Blanca**"; y agregadas por cuerda, 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

1ra.) ¿Es admisible el recurso interpuesto?

2da.) ¿Es justa la resolución recurrida?

3era.) En tal caso ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI, DIJO: La sentencia de fs. 275/281, determinó la necesidad de imponerle pena a F. M. por hechos acaecidos cuando resultaba menor de edad, imponiéndole el quantum punitivo de un año y tres meses de prisión (de ejecución condicional) con el cumplimiento de reglas durante el mismo período.

Ello teniendo en cuenta el auto de responsabilidad -firme- que oportunamente se dictara en su contra por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de robo en grado de tentativa y coautor de robo en grado de

tentativa -en concurso real-, y ello en los términos del art. 164 en función del art. 42, 45 y 55 del Código Penal.

Ese decisorio, resultó impugnado por la Dra. Verónica Ocampos a fs. 286, Secretaria de la Unidad de Defensa del Fuero de Responsabilidad Juvenil, expresando agravios la misma letrada a fs. 289/295.

El remedio interpuesto lo fue en debido tiempo y forma, conteniendo la indicación de los motivos de queja y sus fundamentos, siendo el pronunciamiento pasible de ser atacado por el medio elegido; **por lo expuesto considero que resulta admisible** (art. 329 del Código Procesal Penal, ley 3589 t.o. decreto 1174/86, aplicable en función del art. 95 de la ley 13.634 t.o. ley 13.797 y resolución 1287/08 y 3181 de la S.C.B.A.), votando por la afirmativa.

A LA PRIMERA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Por los mismos motivos que el colega que me precede, sufragó en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Como ya lo adelanté, llegan nuevamente los autos a estudio de esta Alzada ahora en virtud del fallo definitivo dictado a fs. 275/281 por el Sr. Juez del Fuero de Responsabilidad Juvenil Dr. Esteban Mario Usabiaga y por el cual impusiera la pena de un año y tres meses de prisión -de ejecución condicional- a F. A. M..

Tres son los motivos de agravio formulados por la Sra. Secretaria de la Unidad de Defensa Penal del Fuero que representa al joven. Trataré por separado el primero y luego en forma conjunta los otros dos.

A-) El primer agravio de la defensa (fs. 289 vta. a 291) está dirigido a cuestionar la determinación de necesariedad de aplicación de pena, sin haberse efectuado tratamiento tutelar alguno; refiere en prieta síntesis que no puede aplicarse pena a un justiciable por un hecho imputado durante la minoridad, cuando no se realizó esa etapa de observación.

No acompañaré a la recurrente. La solución legal para este tópico es lo suficientemente clara y prevista por el art. 8vo. de la ley nacional

22.278 en cuanto dispone: "Art. 8.- Si el proceso por delito cometido por un menor de dieciocho años comenzare o se reanudare después que el imputado hubiere alcanzado esta edad, el requisito del inc. 3 del art. 4 se cumplirá en cuanto fuere posible, debiéndoselo complementar con una amplia información sobre su conducta. Si el imputado fuere ya mayor de edad, esta información suplirá el tratamiento a que debió haber sido sometido." (ver también voto del Dr. Hitters en S.C.B.A., causa nro. 60.922 del 7/8/96).

Sin dudas las previsiones legales son tres para decidir la **necesidad de aplicación de pena al menor** (sin perjuicio de las normativas y principios nacionales, internacionales y provinciales que rigen este fuero especial, y por todos los aquí intervenientes conocidos), **siendo que el art. 4 de la ley nacional 22.278 establece la regla general; el art. 8vo. dos excepciones:** sin embargo **esas dos situaciones distinguidas, hoy perdieron razón de ser.** Es que en el primer párrafo se determinaba los pasos a seguir en caso de que el proceso (por un hecho enrostrado a un menor imputable) se iniciare o continuare a partir de que el sujeto pasivo de imputación penal tuviera más de 18 años; la segunda para los mismos casos pero para sujetos mayores de edad, debiendo leerse (y de acuerdo a las previsiones del Código Civil Argentino a la fecha de la sanción de la ley 22.278) más de 21 años de edad.

Con la **sanción de la Ley nacional 26.579** (promulgada el 21 de Diciembre de 2009), **la mayoría de edad se adquiere a los 18 años;** y ello sin dejar de resaltar que M. igualmente tenía más de 21 años a la fecha del resolutorio hoy impugnado.

Es decir que el único requisito necesario para determinar la necesidad de imposición de pena en este caso **resulta la amplia información sobre su conducta, y en autos entiendo que (como implícitamente lo efectuó el A-Quo) ello está abastecido.**

Y digo abastecido pues a fs. 279 vta. (si bien en forma un tanto escueta) se citan las constancias de fs. 40, 126 y 272/274. Y en particular a fs. 126

puede advertirse un informe social y a fs. 272/274 la audiencia de visu celebrada por el sentenciante (la de fs. 40 no lo menciono porque tiene que ver con la valoración del hecho intimado por lo que no tiene relación con la exigencia antes individualizada). De allí que la defensa pueda cuestionar la necesariedad de imponer pena, pero no la imposibilidad por falta de tratamiento tutelar.

Siguiendo inclusive el razonamiento de la impugnante, a un menor que hubiera cometido un hecho con relevancia penal cercano a la fecha en que adquiriera la mayoría de edad (por más grave que fuera esa imputación) resultaría impune, pues el tratamiento tutelar es sabido que debe cesar a los 18 años; sin dudas es un planteo que pone en pugna las normativas en juego haciéndoles perder racionalidad, cuando existe otra interpretación que es la que propongo y que por el contrario deja a las normas vigentes con plena eficacia y sentido.

Ante tal estado de cosas **ese primer agravio en donde se afirmó la imposibilidad de determinar la necesariedad de la pena sin efectuar tratamiento tutelar debe ser rechazado**. Ello así pues la recurrente no discute la forma de valoración de esos informes, sino sólo la imposibilidad de imponer pena sin tratamiento, lo que -reitero- no puedo acompañar.

B y C-) El segundo y tercer agravio los trataré en forma conjunta pues están dirigidos a cuestionar la **necesidad de imposición de pena y en última instancia el monto** de la misma.

En cuanto a la necesidad, entiende la recurrente que esa fijación de un año y tres meses de prisión resultó infundada e innecesaria; critica que no se ha valorado debidamente la ocurrencia de los hechos por los que se dictara auto de responsabilidad y que los antecedentes de fs. 189, 192 y 262 no están debidamente incorporados.

Si bien es cierto que tal vez la resolución en este tópico hubiera requerido una motivación un tanto más amplia, ello no conlleva su nulidad por falta de fundamentación.

La resolución recurrida debe vésela como un acto complejo que se complementa con el auto de responsabilidad ya firme de fs. 159/172 y vta.; así puede inferirse y concluirse qué extremos valoró el A-Quo para determinar la necesidad de imponer la sanción a M.. Si como reconoce la defensa a fs. 291 vta. último párrafo, el fallante valoró los grados de injustos y la culpabilidad, es claro que se está refiriendo a las **características de los hechos enrostrados en el caso concreto y a la adecuación de acuerdo con las características personales del justiciable.**

Entonces ello podrá ser discutido y podrá intentarse su revocación total o parcial, pero no es causal de invalidez.

Concuerdo con la Casación Provincial que -en general- el fallo definitivo es un “todo inescindible” y que mantiene su validez, pese a los errores formales que pudiera contener, en aquellos casos en que: no dificulte su comprensión general, posibilite la crítica recursiva y no haya omitido el tratamiento de aspectos esenciales (T.C.P.B.A., Sala II, causa 23.640 de fecha 12/2/08; en sentido similar Sala III en causa 19.109 de fecha 24/4/09).

Todo ello ha permitido el recurso de apelación de la accionante, en particular del agravio que se tratará ut infra, por lo que se demuestra que todos esos extremos se encuentran cumplimentados.

En similar sentido podemos leer: “...I) *En numerosas oportunidades he sostenido que resulta de incuestionable valor que el derecho prive de efectos a un acto procesal cuando su estructura misma presente vicios formales que lo invaliden, en tanto que es el cumplimiento de las formas lo que perfecciona la secuencia procesal como actividad realizadora del derecho sustantivo, colocándola al amparo del abuso o la arbitrariedad del juez o de las partes. Pero en esas mismas oportunidades he referido que tamaña sanción exige la consideración en cada caso de los elementos a los que debe reputarse como esenciales para el acto de que se trate, como también, que la nulidad esté conminada por la ley pues, de no ser así, se vulneraría la regla de*

taxatividad uniformemente reconocida en los ordenamientos procesales más modernos.

II) Sobre el punto, he sostenido en la causa Nro. 1062, "C. , J. O. s/recurso de casación" (rta. 8/7/03), que los más elementales criterios de justicia material imponen que, ante la disyuntiva entre la nulificación de un acto jurisdiccional por cuestiones formales, o su convalidación, debe optarse por la validez, siempre que el defecto formal no resulte insalvable, ni afecte garantías constitucionales. *III) Dicha opción debe sostenerse aún con mayor énfasis cuando el acto cuestionado o defectuoso es ni más ni menos que la sentencia definitiva; su invalidación apresurada, aún cuando persiga asegurar la vigencia de las garantías constitucionales, generará el efecto contrario al buscado, pues en vez de salvaguardarlas, produce su directa afectación, con el consiguiente compromiso institucional, en tanto deja sin efecto aquel acto que, sin importar cuál fue la solución consagrada, dio respuesta jurisdiccional a todas las partes involucradas en el conflicto, y, aún más importante, dio cumplimiento a la exigencia, enraizada en la garantía del debido proceso, de haber dado término al mismo. Por lo demás, aún cuando la forma hace a la estructura ritual, a los requisitos exteriores para el funcionamiento de las instituciones jurídicas y al desarrollo sustancial de los derechos, es una condición inherente a la misma que su aseguramiento guarde razonabilidad, evitando que con el apego a la formalidad, se concluya derogando tales derechos, o haciendo imposible su ejercicio. Por ello, bajo ningún concepto es admisible la nulificación de una sentencia definitiva, cuando, en razón de la entidad de aquellos defectos formales que contiene, la misma puede ser tenida por válida, máxime teniendo en cuenta que su ineficacia priva al encausado del nuevo status en que se encuentra desde su dictado, correspondiente a quien ha visto una primaria culminación al proceso que se le siguiera, sin perjuicio de los eventuales recursos que se hayan interpuesto contra la misma, y con independencia de la satisfacción o discrepancia que le haya causado la solución adoptada..."* (ilustrativo voto del Dr. Carlos Mahiques –que hizo mayoría- del T.C.P.B.A., Sala II, en causa 13.424, de fecha 31/03/2005).

Así en el caso de autos, y a diferencia de lo expuesto por

la recurrente, **existen buenas razones para mantener la necesidad e imposición de pena** a M..

Como lo dije antes de ahora, para esa determinación 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 dejó 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.).

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).

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 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 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 quántum 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 aconteceres) el referido a la **causa 12.124** de fecha 27 de Mayo de 2006 (todo según auto de responsabilidad firme) **se pueden valorar** la pluralidad de intervenientes, el extremo de que resultara damnificada una Escuela pública (la nro. 25), el aprovecharse de la nocturnidad para consumar el ilícito, y el uso de una barreta de dimensiones para violentar la cerradura de una puerta.

Con respecto a la **causa 11.977** acaecido el 12 de Junio de 2006, puede valorarse el concurso de tres personas en su comisión y el uso de una barreta para violentar la puerta de ingreso a la vivienda.

Y también puede valorarse en ese conjunto, **el concurso real configurado.**

Agrego -a contrario de lo denunciado por la recurrente- que el Sr. Juez A Quo no ha valorado el paso del tiempo como tratamiento tutelar ni la comisión de un ilícito posterior por parte de M.; en ambos casos reitero no los valoró como fracaso del tratamiento (fs. 279 vta.), justamente porque ese tratamiento no existió. Por lo expuesto considero abstracto el planteo formulado por la Dra. Verónica Ocampos en el sentido de la supuesta valoración de antecedentes penales sin su legal incorporación al proceso.

A fs. 280 segundo párrafo existen muy buenas razones para determinar que el **Sr. Juez de Grado se ha basado en los hechos por los que fuera responsable M. como asimismo las necesidades del justiciable**, concluyendo que una pena de ejecución condicional aparecía -con un monto de un año y dos meses más la imposición de reglas de conducta- como suficiente y necesaria teniendo en cuenta todos los intereses en juego.

Y hasta aquí respondí al recurrente acompañando al A Quo. **Sin embargo sí considero que el monto de la pena impuesta es excesivo.** Si el propio Juez reconoce que el mínimo de la pena privativa de libertad es de quince días, y su máximo de 8 años (concurso real de dos robos en grado de tentativa), a lo que además debería darse una nueva reducción de la regla de conato pero por la minoría de edad de M. a la fecha en que acaecieron los hechos, pues, el fijado en la instancia de origen deberá reducirse.

Los mismos elementos valorados para la necesidad de imposición de pena (me refiero a los que hacen a la entidad de los hechos por los que fuera declarado responsable) me llevan a esa solución. Aduno en el mismo sentido el

contenido de la **audiencia personal celebrada** con el joven con debida representación legal donde **me ha causado una buena impresión**; nos hizo saber que se encuentra en relación de pareja, que tiene tres hijos menores, que está laborando en tareas de carpintería y que terminó la escolaridad primaria dentro de la Unidad Penal donde se encontró alojado (ya de mayor). Todo lo expuesto en esa audiencia no está desacreditado en la causa ni ha recibido objeciones ni contraprueba por parte del Sr. Agente Fiscal, quien fuera debidamente citado a ese acto.

Sentado lo anterior **mantengo la consideración** del Juez de Grado en el sentido de que deben evitarse los efectos contrarios que la privación efectiva de libertad conlleva en caso de primer condena (o de condena por hecho más antiguo en mejor romance) al **imponerla en suspenso**.

Pero considero que **disminuyéndola en la escala de la tentativa (haciendo una doble reducción por hechos que habían quedado en grado de conato)**, entiendo que **cuatro meses de prisión de ejecución condicional** resultan suficientes teniendo en cuenta todos los elementos en juego.

Propongo **mantener la imposición de reglas de conducta** -tal como lo hizo el Dr. Esteban Usabiaga- entendiendo que actúan como **apercibimiento, en particular para evitar la comisión de nuevos delitos**; pero ordenando que el Sr. Juez A Quo las readapte a la actual situación de M. quien se encuentra gozando de la libertad.

Aclaro que atento la falta de recurso fiscal, no modificaré el plazo temporal de imposición (quedará vigente el de condena que fue de un año y dos meses pues no tienen como límite el mismo lapso de la pena temporal) si bien a mi entender lo fue por debajo del mínimo legal (arts. 26, 27 y ccdts. del C.P.).

Ese es el alcance de mi sufragio.

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

A LA TERCERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI DIJO: Atento el

resultado obtenido corresponderá declarar admisible el remedio interpuesto, y hacer lugar -parcialmente- reduciendo la pena de prisión impuesta la que quedará en cuatro meses de ejecución condicional, y manteniendo las reglas de conducta por el plazo de un año y tres meses.

A LA MISMA CUESTION EL DR. SOUMOULOU DIJO: Adhiero al voto precedente por los mismos fundamentos.

Con lo que terminó este Acuerdo que firman los Sres. Jueces nombrados.

R E S O L U C I O N:

Bahía Blanca, 15 de Abril de 2013.

Y Vistos: Que en el acuerdo que antecede se ha determinado que es parcialmente justa la resolución impugnada.

Por todo lo expuesto este **Tribunal RESUELVE:** Declarar admisible el remedio y **MODIFICAR la pena privativa de libertad impuesta a F. A. M., la que queda fijada en cuatro meses de prisión de ejecución condicional, MANTENIENDO el plazo de imposición de las reglas de conducta, debiendo el Sr. Juez A Quo readecuarlas a la actual situación de libertad que goza el justiciable** (ley 3589 t.o. decreto 1174/86, aplicable en función del art. 95 de la ley 13.634 t.o. ley 13.797 y resolución 1287/08 y 3181 de la S.C.B.A.; y ley nacional 22.278.).

Notificar.

Hecho, devolver a la instancia de origen.

