

En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los siete días del mes de marzo de dos mil catorce, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Guillermo Alberto MÜLLER**, en su carácter de Presidente, **Daniel Luis María PINTOS** y **Martín Roberto MONTENOVO**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 45156, carpeta individual n° 5098**, caratulada: “B., J. D. S/ Homicidio resulta víctima”, acumulada al **Incidente de Ejecución de Medidas Socio Educativas n° 1087**, de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal general, Dr. **Marcelo Cretton**, el Sr. Defensor Particular Dr. **F. M. R.**, la Sra. Abogada Adjunta de la Asesoría de Familia e Incapaces, Dra. **A. M. G.** y el imputado **A. E. R.**; y

-----**CONSIDERANDO:**-----

----  
Que los días 12 y 19 de febrero del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Guillermo Alberto Müller, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de

A. E. R., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de A. E. R. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Guillermo Alberto Müller, en segundo lugar el Dr. Daniel Luis María Pintos y finalmente el Dr. Martín Roberto Montenovo.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo: I.- Ha generado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por la Defensa del imputado **Alejandro Ezequiel R.**, a cargo de los Dres. Leopoldo Puricelli y F. M. R., contra la sentencia N° 7117/2013, emitida el 2 de octubre de 2013 por el Tribunal unipersonal de la Oficina Judicial de esta ciudad, por la que se declaró insatisfactoria la medida socioeducativa establecida en el marco del tratamiento tutelar impuesto al nombrado por sentencia N° 79/2012, y se

lo condenó a la pena de cinco años de prisión al hallarlo autor penalmente responsable de los delitos de Robo agravado por el uso de arma en calidad de coautor, en concurso real con Homicidio simple en calidad de autor (arts. 4 de la Ley N° 22.278; 45, 55, 79 y 166 inciso 2° del C. Penal), por los hechos ocurridos el 24 de junio de 2012 en esta ciudad en perjuicio de Matías Barrionuevo y José Daniel Barría.

1.- En su escrito de impugnación la Defensa denunció como primer agravio que **A. E. R.** no recibió el tratamiento tutelar que la ley impone para estos casos -imputado menor de edad-; y consideró además que la imposición de la pena es injusta y arbitraria.

Expuso que el mismo consiste en una serie de medidas terapéuticas socioeducativas, tendientes a que el niño o adolescente, adopte conductas sanas, responsables, se recupere de sus adicciones, y en definitiva adquiera la maduración necesaria para reinsertarse en el medio social y no vuelva a caer en conductas ilícitas, destacando que en consonancia con lo normado en las reglas de Beijing y en la Convención Internacional de Derechos del Niño, normas a las que nuestro país adhirió merced a lo preceptuado en el art. 75 inciso 22° de la Constitución Nacional, debe llevarse a cabo un trabajo con el menor y su familia, con la actuación mancomunada de asistentes sociales, psicólogos, médicos, etc.,

precisamente porque se trata de un menor en riesgo que la ley protege y pretende recuperar, y que ello no aconteció para el caso.

Hizo notar que **R.** fue internado en el COSE de Esquel y de Trelew; que durante la primera etapa -cuatro meses computados de diciembre a marzo-, los informes fueron favorables, consignando que -según se desprende de ellos- asistió a los talleres con regularidad, donde trabajó y obtuvo avances, era contenido por su familia al punto que se le concedían salidas especiales para almorzar con ella, dada su buena conducta y la responsabilidad de su núcleo en cumplimiento de las pautas fijadas. También se desprende que se comprometió con la escuela y era responsable en las tareas asignadas.

Señaló que ante una sanción por tener un celular, mostró su arrepentimiento y cumplió “con todo lo acordado en el acta de sanción que se realizó con el mismo” (inf. 25/3/13).

Puso de relieve que en los primeros cuatro meses, entonces, cumplió, se esforzó y estuvo a la altura de los requerimientos que se le formularon.

Luego, expresó, el 30 de marzo de 2013 se vio involucrado en una quema de colchones en su lugar de alojamiento, suceso que implicó que se suprimiera el tratamiento, lo que a su vez ocasionó que

se desentendiera del joven abandonándolo a su suerte, y las autoridades del COSE de Esquel pidieran su traslado.

Alegó que se estuvo en presencia de un menor con evolución favorable, con graves antecedentes de adicción a estupefacientes, a quien no se le hizo evaluación psicológica alguna y por ende no se fijó terapia; al no existir aquella no hubo diagnóstico de personalidad y entonces, interrogó, que tratamiento hubo ?.

Preconizó que, ante tal déficit, un acto de inconducta no puede echar por tierra el esfuerzo del menor y su familia.

Hizo notar que recién el 24 de mayo de 2013 fue evaluado y según los informes del 26 de junio y 27 de agosto de 2013 respectivamente, el menor reaccionó favorablemente con contención familiar, concurriendo al ETI en forma espontánea y cumpliendo las pautas fijadas.

Estimó apresurado disponer la aplicación de pena ante el presunto fracaso de un tratamiento tutelar que no fue llevado a cabo por dos cuestiones: a) En la hipótesis que se considere que pese a las falencias apuntadas la internación vigilada lo constituyó, difícil es sostener que por dos meses sobre diez, el mismo fracasó; b) Para el caso que se discrepe con esta postura, entendió que sin evaluación psicológica oportuna, sin trabajo interrelacionado, sin acompañamiento del ministerio pupilar, y sin

diagnóstico conjunto, el mismo no existió y por ende no se cumplió con el requisito para imponer pena.

Destacó, además, que durante el tiempo que el menor estuvo internado ningún juez de ejecución fue a verlo ni a interiorizarse de su problemática, objetando también que seriamente no se puede admitir que el juez tomó conocimiento de visu del joven a través de videoconferencia.

Interpretó que por todo ello, la sentencia debe ser revocada y que la imposición de pena es arbitraria, peticionando subsidiariamente que se prolongue el tratamiento por un término no inferior a cuatro meses para entonces, previa evaluación amplia, se disponga de los elementos necesarios para discernir si corresponde o no la imposición de pena.

Para el supuesto que no se haga lugar al planteo, señaló que no advierte motivos para imponer una pena de cinco años de prisión, arguyendo que ella debe fijarse en función de la persona y sin perder de vista que hay una amplia corriente jurisprudencial que rescata la facultad de los jueces para imponer sanciones por debajo del mínimo legal si las circunstancias así lo ameritan.

Con fundamento en ello requirió, para el caso de que

se imponga pena, no supere los dos años de prisión teniendo en cuenta los antecedentes del caso y, como última instancia, que no supere los cuatro años ponderando la edad de R., los esfuerzos realizados, la contención familiar y las falencias del Estado.

2.- La Representante del Ministerio Público Fiscal, adhirió a la impugnación ordinaria planteada por la defensa técnica del adolescente, exponiendo como agravios el apartamiento por parte del Juzgador de lo dispuesto en el art. 37 b de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto establece que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño ( ) se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda (conf. Art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Señaló que el Juez de Ejecución ha realizado una valoración negativa de los incidentes que se le atribuyen al adolescente y que habrían sido protagonizados en la sede de Esquel del COSE, considerando que aquel en que se le atribuye haber incendiado colchones con la intención de retirarse del lugar tanto por su gravedad como por haber ocurrido promediando el tiempo de la medida socioeducativa impuesta resulta determinante para tener por no satisfactorio el tratamiento tutelar. Ello, sumado a la gravedad de los hechos por los que fuera declarado

responsable y la impresión directa recogida lo lleva, al convencimiento de la necesidad de imposición de pena. Así, ponderados los atenuantes y agravantes, condenó al adolescente A. E. R. a la pena de cinco años de prisión de cumplimiento efectivo.

Sostuvo que la resolución adoptada vulnera a la manda del art. 37 b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento que integra del bloque federal de constitucionalidad a partir de su incorporación al art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional.

Entendió que los hechos que llevaron al sentenciante a sostener que el tratamiento tutelar no ha sido satisfactorio carecen de la entidad suficiente para motivar la decisión.

Hizo notar que de los informes obrantes en el legajo de ejecución surge que desde el ingreso del adolescente al COSE de Esquel, ha demostrado una posición reflexiva en cuanto a los hechos que motivaron su vinculación al proceso penal; que ha mantenido una relación armoniosa con el personal de la institución y sus pares; que ha participado de las actividades que se le han impuesto y que ha contado con el apoyo de su familia para sostener su situación. Las actividades realizadas fuera de la institución, han sido realizadas por personal dependiente del Ministerio de Familia, sin adoptarse medidas de seguridad, inclusive se lo ha autorizado a salir de la institución junto a integrantes de su familia en

varias oportunidades, habiendo regresado sin protagonizar ningún tipo de incidente.

Alegó que recién en el informe de fecha 25 de marzo de 2013 -y luego de hacerse referencia a la concurrencia del adolescente al Colegio N° 791, establecimiento del medio libre- se verificó una transgresión a las normas de la institución, dejándose en claro que por este incidente el joven fue sancionado, cumpliendo con los compromisos asumidos en el acta labrada con motivo de la sanción. Luego, el 30 de marzo, se informa el incidente que incluye la quema de colchones y el intento del adolescente de retirarse de la institución, sumado a una nueva transgresión evidenciada por la posesión de otro teléfono celular, lo que lleva a las autoridades de la institución a petitionar su traslado.

Puso de relieve que habiendo contado el joven con oportunidades de sobra para retirarse de la institución, incluso en compañía de su familia, haya optado por poner en riesgo su propia integridad física. También subrayó la evolución favorable que registraba, y que justamente con el ingreso del joven L. A. M. se vio alterada.

Agregó que a pesar del cambio de institución, a un régimen mucho más estricto como el implementado en el COSE de Trelew, de los informes que periódicamente han sido remitidos surge nuevamente

una evolución favorable, pues Alejandro participó activamente de los espacios de capacitación, pero fundamentalmente, en el aspecto que hace a su fortalecimiento como persona, se destacó el proceso reflexivo que ha podido llevar adelante y el acompañamiento de su familia en este sentido.

Manifestó que el tratamiento tutelar es un período de observación y de prueba del menor, transcurrido el cual, el órgano jurisdiccional efectúa un nuevo juicio valorativo con la finalidad de ponderar la necesidad o no de aplicarle una sanción.

Destacó que la absolución que prevé el art. 4° de la ley 22278 no es sólo una facultad de los magistrados, sino que “es un derecho que tienen los adolescentes a quienes se ha encontrado responsables de la comisión de un hecho delictivo, cuando con posterioridad, demuestran con su conducta cambios positivos que hacen evidentes sus esfuerzos por asumir una función constructiva en la sociedad” (conf. art. 40 CDN).

Recordó que durante este período de observación tutelar “lo que se procura es, de acuerdo al ámbito de autodeterminación del joven infractor, consignarle distintas pautas con miras a que se eduque conforme a las reglas establecidas en el art. 29 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de ese modo genere una capacidad de reflexión frente a las conductas antisociales que evidenció en calidad de menor. A través de ello, puede afirmarse que el tratamiento

tutelar es la fijación de los objetivos concretos y posibles de alcanzar por el joven infractor surgidos de una prudente síntesis resultante de sus condiciones personales -historia, circunstancias de vida y capacidades- y de la gravedad de los hechos cometidos. Se trata de trazar una estrategia que respetuosa de sus posibilidades concretas y proporcionada a los hechos cometidos permita generar en él una positiva motivación frente a los mandatos de la ley penal, con miras a que fortalezca su respeto por los derechos humanos y libertad fundamentales de terceros (art. 40 de la precitada convención). Es que el fin perseguido no es otro que educar e integrar al joven al tejido social” (TOM N° 3, causa N° 6239, “A. E. C.”, sent. del 9 de noviembre de 2010).

Concluyó su exposición señalando que la solución que procede entonces, luego de realizado este análisis, es que debe declararse satisfactorio el tratamiento tutelar al que el adolescente ha sido sometido, y en consecuencia disponerse su absolucón en los términos del art. 4 in fine de la Ley 22.278; y para el supuesto que la Excma. Cámara en lo Penal no acoja favorablemente las pretensiones del Ministerio a su cargo, formuló expresa reserva de caso federal, en el convencimiento de que el decisorio impugnado y todo pronunciamiento confirmatorio, vulneran principios y garantías de raigambre constitucional (arts 75 inc 22 de la CN; Art. 37 de la Convención sobre Derechos del Niño; Ley 48 art. 14).

3.- El Fiscal General, al responder el emplazamiento que se le formulara, solicitó su rechazo.

Sostuvo que en el aspecto psicológico, observado por la Defensa, se desprende claramente del informe suscripto por el Director del COSE de Esquel el 14 de diciembre de 2012, que en el espacio de la entrevista psicológica se evidenciaron algunos movimientos de orden subjetivo con respecto al hecho por el cual fue declarado penalmente responsable, evidenciando una postura más reflexiva en referencia a su posicionamiento en la causa. Con tal referencia, continuó, mal puede mencionar la Defensa que su pupilo no fue asistido psicológicamente durante el tratamiento tutelar.

Señaló que el Aquo lo analizó en todo su contenido, poniendo de relieve la visión parcializada que tenían a su respecto tanto la Defensa como el Ministerio Pupilar.

Puntualizó que el Juez destacó que justamente en el COSE de Esquel, donde el menor permaneció por el mayor lapso, fue donde se registraron los incidentes más graves que implicaron, no sólo un intento de fuga, sino también la puesta en riesgo de la vida y la integridad física de otros jóvenes que se encontraban internados. Expuso que el magistrado también ponderó la mala influencia de otro joven, que lo indujo a protagonizar los incidentes que provocaron, lo que evidencia que no ha

logrado desarrollar una personalidad lo suficientemente fuerte para comprender la importancia de su situación y, en caso de tomar decisiones por sí mismo, optar por aquéllas que le permitan conducirse por la vida de manera adecuada.

Sostuvo que en la sentencia se han dado claros parámetros para establecer la pena, en lo que hace a circunstancias atenuantes y agravantes, fijándola en un monto que, si bien no es el que oportunamente propiciara el Ministerio a su cargo, se adecua a las pautas enunciadas en los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Objetó la pretensión del recurrente de perforar el mínimo legal, alegando que el sentenciante procedió acertadamente al tener en cuenta las agravantes expuestas en el decisorio tales como la falta de motivación y el estado de indefensión de las víctimas, extremos que a su entender obstruyen la viabilidad de su procedencia, peticionando el rechazo de la vía recursiva articulada en todos sus términos.

4.- En la audiencia celebrada a tenor del artículo 385 del CPP, las partes mantuvieron la línea argumental desarrollada en sus respectivos escritos sin efectuar ninguna ampliación.-

II.- Como puede extraerse de la reseña efectuada, han quedado expuestas posiciones disímiles de las partes. El Ministerio

Público Fiscal se opuso a las impugnaciones proporcionando el rechazo con una débil defensa de los motivos precisos por los cuales entiende que el menor resulta merecedor de pena pero lo particular del caso es que la postura de la defensa técnica es contraria a la del Ministerio Pupilar.-

El Dr. R. sostiene que no se cumplió acabadamente con un tratamiento tutelar como exigencia previa para la imposición de pena y por ende cuestiona los fundamentos del Juzgador para concluir que dicho tratamiento resultó insatisfactorio calificando de arbitraria la sentencia peticionando su revocación y consecuente absolución de su asistido, y subsidiariamente deja planteada la prórroga o prolongación por un tiempo prudencial, que estima en no más de cuatro meses, para nuevamente evaluar si el menor es merecedor de sanción.-

Ahora bien el órgano estatal que precisamente tutela los derechos del menor y acompaña el tratamiento, sostiene que el mismo se encuentra cumplido y la crítica a la sentencia es dirigida a los fundamentos brindados por el Juez para declararlo insatisfactorio, considerando que más allá de algunos episodios negativos el menor ha evolucionado favorablemente y de allí que merezca la absolución.-

1.- Puntualizados los agravios procederé a realizar un resumen del tratamiento tutelar del menor porque en ello se apoya el pronunciamiento en crisis.-

De acuerdo a la sentencia del 25 de septiembre de 2012, en la que se declaró la responsabilidad penal del menor A.E.R., se impuso la sanción consistente en privación de libertad en un establecimiento especial por el término de un año a partir de dicho pronunciamiento con apoyatura en el art. 411 inc. "h" del C.P.P., la que se cumpliría en el Centro de Orientación Socio – Educativo de Esquel.-

Los primeros informes que cursara la institución han sido favorables, y se extrae una evolución positiva; ahora bien luego en marzo de 2013 informan que se produjeron tres incidentes de conducta, dos de ellos consistentes en la posesión de teléfonos celulares que fueron arrojados aparentemente por la madre y uno de mayor entidad al quemar un colchón y perforar el techo del espacio asignado con intenciones de fugarse del establecimiento.-

A partir de estos hechos el tratamiento se interrumpió y la institución, en función de dar protección a los internos, logró el traslado al mismo Centro de la ciudad de Trelew, y la poca información suministrada por las autoridades durante los cuatro meses en línea general da cuenta de una mínima adaptación a las reglas de convivencia y dificultades en la comprensión de las consignas aunque se esfuerza por superarse, exponiendo las limitaciones del menor.-

2.- Llegado el momento de expedirme sobre la

cuestión adelanto y así lo propongo, que el planteo subsidiario de la defensa técnica habrá de tener favorable acogida pues entiendo que con los elementos reunidos no pudo el Juez evaluar completamente si el tratamiento fue insatisfactorio.-

Considero que en esta tarea el a quo no reparó profusamente en diversos factores para resolver la cuestión, como la historia de vida del menor antes del hecho para cotejarla con la situación al momento de evaluar la necesidad de pena de acuerdo a la información acopiada, que como reconoce el propio sentenciante en la segunda mitad del tratamiento resultó mínima, además de la impresión causada en audiencia de visu, que en el caso se optó por realizar en la particular modalidad de video conferencia, compartiendo la crítica que al respecto efectuó el Sr. Defensor de confianza.-

En la materia que estamos tratando debemos tener siempre presente que el encierro de un menor es el último recurso y de acuerdo a la Convención de los Derechos del Niño los estados se han comprometido a disponer medidas alternativas; desde luego ello ha de importar el agotamiento de acciones para lograr que el menor se reintegre al medio social y asuma una función constructiva.-

Como ya mencionara de los informes agregados se

extrae que en la primer etapa del tratamiento el menos respondió adecuadamente, es decir que hubo progresos, en definitiva una evolución positiva, y los incidentes acaecidos prácticamente a seis meses de la internación importaron un retroceso evidenciando la necesidad de apuntalar la personalidad para comprender la importancia de la situación y en su caso tomar decisiones por sí mismo que le permitan conducirse por la vida de manera adecuada, pero la reacción estatal fue expulsarlo del establecimiento para enviarlo a uno igual en la ciudad de Trelew en el que indudablemente no fue abordado con la misma intensidad lo que se evidencia con la escasa información elevada por el Instituto.-

Ante este cuadro y los principios mencionados no puede darse por cumplido el tratamiento tutelar como lo pretende la Abogada Adjunta de la Asesoría de Familia e Incapaces, menos absolver, y lo más adecuado es prorrogar el tratamiento en pos de agotar todas las acciones posibles para que el menor reencause su vida, lo que permite el art. 4 inc. 3° de la ley 22278.-

La imposición de pena a un menor por parte del Juez es una facultad discrecional y el ejercicio de ella se encuentra condicionado entonces, sólo a que la prudencia pueda ser objetivamente verificable y que la conclusión que se estime razonable no aparezca absurda respecto de las

circunstancias de la causa, de lo contrario será arbitrario el ejercicio de aquella potestad.-

Retomando; si se reconoció que hubo un avance favorable en su vida institucional y en el aspecto educativo en la primera etapa del tratamiento, que se vio empañado indiscutidamente por los incidentes a los que ya me referí y que motivó una interrupción del mismo hasta ser alojado en el COSE sede Trelew donde no tuvo regularidad, cabe otorgar un voto de confianza a la incipiente evolución prolongando por un tiempo prudencial el tratamiento como bregaron oportunamente la defensa técnica y el Ministerio Pupilar en la audiencia de tratamiento de imposición de pena y con lo que aquí insiste el Dr. R. subsidiariamente.-

3.- El a quo al tratar la prórroga de la medida socio-educativa planteada por la defensa y el Ministerio Pupilar admite que con la reforma legislativa –Ley 26.579- ha quedado desfasada la ley penal juvenil en cuanto ala mayoría de edad, no encontrando sentido a la prórroga propuesta porque en definitiva cumplió 18 años y entiende agotado el tratamiento tutelar sin perspectiva de reencausar su vida de manera adecuada en el medio libre.-

Conforme el desarrollo que vengo efectuando, en el

caso se evidencian circunstancias para poder continuar con el mismo y ante la duda sobre la eficacia del tratamiento no puede llevarnos inexorablemente a la imposición de pena solo por su edad, cuando existen alternativas para alcanzar los objetivos, ello constituye una insuficiente motivación de la sentencia que en definitiva nos lleva a revocarla conforme lo acordáramos en la deliberación.-

Sabemos que la Ley 22278 es anterior a la Convención de los Derechos del Niño y ello impactó en el tratamiento tutelar en cuanto a la mayoría de edad puesto que la protección se extendía hasta los 21 años, y luego la sanción de la Ley 26579 que fija definitivamente la mayoría de edad a los 18 años, así resultaría adecuada una previsión normativa que concilie el régimen de la ley 22278 con la citada porque en definitiva las medidas previstas son de difícil complementación con la mayoría de edad ahora adquirida a los 18 años. Esta Cámara ya ha tratado la cuestión en la sentencia n° 14/2012, de fecha 21 de junio de 2012, correspondiente a la Carpeta n° 3402 de la Oficina Judicial de Comodoro

Rivadavia, resaltando lo expresado por mi distinguido colega, Dr.

Montenovo en relación al art. 40 inc. 4 de la C.D.N. en cuanto que los Estados dispondrán medidas alternativas al encierro, que “Tal imperativo debe interpretarse como el agotamiento de los mecanismos de reinserción al medio social, dejando como último recurso a la imposición de pena

temporal en el caso de participación criminal por el niño en hechos delictivos, derivando todo ello de la noción de “personalidad en formación” que se desprende del concepto mismo de minoridad, y que condiciona severamente al requisito de culpabilidad que presupone la aplicación de toda sanción de naturaleza punitiva”.-

También considero pertinente traer a colación que en el tratamiento parlamentario de la ley 26579 se postuló la modificación del art. 4 inc. 3º de la ley 22278 posibilitando que el tratamiento tutelar allí previsto pueda extenderse de ser necesario hasta los 21 años puesto que en la mayoría de los casos los menores sometidos a proceso cumplirán la mayoría de edad sin haber estado sujetos al tratamiento con el riesgo que la abreviación forzosa puede llevar a una mayor aplicación de la sanción penal.-

Por último no puede escapar a este análisis que el art. 409 in fine del C.P.P. establece que: “Nunca se impondrá pena si esta decisión no es precedida de una acción tendiente a ofrecer una posibilidad razonable de que el adolescente supere las circunstancias que originaron el proceso criminal seguido en su contra”, es decir que la norma procesal trata una cuestión de fondo en cuanto el estado se ha obligado a agotar los medios de reinserción social de los menores previo a imponerles una pena

y considero que para ello es necesario en este caso prolongar el tratamiento tutelar conforme los fundamentos que ya he brindado.-

4.- En el proceso deliberativo también hemos acordado lineamientos mínimos para continuar con el tratamiento y que ya adelantara al exponer sintéticamente los fundamentos del veredicto emitido.-

En principio entendemos adecuado que la prolongación no debe ser inferior al año teniendo en cuenta los antecedentes del joven en base a la información acopiada, la entidad de los hechos que motivaron la declaración de responsabilidad penal, la personalidad y la impresión causada en la audiencia.-

Por otra parte el alojamiento deberá efectivizarse en un establecimiento acorde a su condición, pudiendo promover su readecuación en el COSE y en el supuesto de no ser admitido, en un establecimiento penitenciario o policial aplicando por analogía los arts. 197, 198 y cc. de la Ley de Ejecución Penal 24660.-

Por último estimamos necesario la realización de un completo informe médico a partir del cual se implementen tratamientos adecuados ya sea psicológicos, psiquiátricos o bien para superar

adiciones, todo ello sin perjuicio de lo que disponga el Juez a cargo de la ejecución de acuerdo al desarrollo y evolución del tratamiento.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo: I.- Me remito íntegramente a la reseña del caso que ha expuesto el Juez Müller, toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación, que deben ser materia de tratamiento en este decisorio; y además, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.-

II.- En el análisis del caso, hemos de partir de la jurisprudencia sentada por la CSJN en la materia, a partir del caso “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ Robo agravado...” –causa M.1.022.XXXIX, sentencia del 7/12/2005, citado en nuestro voto de la sentencia n° 19/11-; precedente en el que el Máximo Tribunal destacó que “...existe en la normativa de la ley 22.278 un aspecto que no aparece en el Código Penal: la facultad y el **deber del juez** de ponderar la ‘necesidad de la pena’”, agregando a continuación que esta “...‘necesidad de la pena’ ... **en modo alguno** puede ser equiparado a ‘gravedad del hecho’ o a ‘peligrosidad’ ...”, sino que “... la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el **mandato**

**de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización**, o para decirlo con las palabras de la **Convención del Niño**, a ‘la importancia de promover la reintegración social del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad’ (**art. 40, inc. 1ro.**)”, (el destacado no pertenece al original).-

También en este caso, la CSJN recordó el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (arts. 5, inc. 6, CADH y 10, inc. 3º, PID); para destacar luego que dicho mandato “...en el caso de los menores, es muchos más constrictivo y se traduce en el **deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta**, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese **juicio de necesidad** los posibles efectos nocivos del encarcelamiento”.-

Además, se ocupó la Corte de aclarar que de la “premisa elemental” de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, “no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos”. Es decir que: “...los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además **derechos**

**especiales** derivados de su condición, a los que corresponden **deberes específicos** de la familia, la sociedad y el Estado

(Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54)”; derechos especiales cuyo reconocimiento constituye “**un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa**, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica ... en lo que aquí interesa, la Convención del Niño establece los principios fundamentales para el sistema penal de menores en los artículos 37 y 40 de la Convención”.-

Concluyendo entonces la Corte que “...en la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos..., el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resultan de **ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores**”. Es así que “...de **la conjunción de la ley 22.278 y la Convención del Niño** se desprende con claridad que el derecho penal de menores está muy fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la

aplicación de una pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad. De allí que, **al momento de determinar la pena, el tribunal no pueda omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena**, desde la perspectiva indicada, **respecto de ese autor en concreto**” –el destacado me pertenece en todos los casos-.-

Tal como puede advertirse, en base a la jurisprudencia citada, uno de los ejes más relevantes de la misma está dado por el denominado “principio de especialidad”, del sistema de justicia juvenil; al igual que también se desprende del criterio seguido por la Corte IDH, resultando entonces “una expresión de la protección especial acordada a la infancia por la comunidad internacional”. De acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño, el mismo es titular de los derechos que les corresponden a todas las personas y “...de derechos específicos por el hecho de encontrarse en un pleno proceso evolutivo y de desarrollo...” (cfme. Diego Freedman y Martiniano Terragni: “El fallo ‘M.’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una decisión con más interrogantes que soluciones”, nota al caso “M. y otros v. Argentina”, sentencia del 14/5/2013, publicada en la Revista de Derecho Penal y

Procesal Penal, edit. AbeledoPerrot, Bs. As., n° 10, octubre 2013, Directores Pedro J. Bertolino/Patricia Ziffer, págs. 2008 y ss.).-

Los autores citados precedentemente observan, de modo muy agudo, que: "... al reconocer la Corte IDH con amplitud el principio de especialidad y exigir un proceso penal juvenil que tramite en forma íntegra por un sistema judicial especializado y exclusivo, incluso en la etapa recursiva y durante la ejecución de la sentencia, podrían surgir una gran cantidad de interrogantes y problemas prácticos, ...". Y más adelante, consideran que la Corte IDH, en el caso "M.", inclusive ha perdido "una gran oportunidad de fijar un estándar específico sobre la ejecución de la sanción penal juvenil cuando su extensión supera el momento en que el joven cumple los 18 años de edad, o, en su caso, alcanza la mayoría de edad (momentos que coinciden en la Argentina a partir de la ley 26579)".-

Soy de la opinión que las reflexiones citadas, resultan sumamente atinentes en nuestro caso, ya que es evidente que la llegada a la mayoría de edad produce, en algunas ocasiones, una suerte de "aceleración" de los tiempos del proceso juvenil, pero que no siempre pareciera ser beneficiosa para los intereses del sujeto sometido al régimen. En efecto, si este último destaca como muy favorable en sus resultados, es probable que aquella definición sea *favor minoris* y el joven termine siendo absuelto; pero, en cambio, si el tratamiento exhibe dudas en su eficacia,

puede suceder que se arribe rápidamente a una condena en razón de la circunstancia etárea, es decir: “cumplió la mayoría de edad”, renunciándose a la alternativa de encontrar medios para proseguir con la intervención estatal –guiada por el principio de especialidad-, en aras de alcanzar en las condiciones más óptimas posibles, el momento del juicio sobre el merecimiento de pena.-

Adviértase, en el presente y en apoyo de lo expuesto, el siguiente párrafo de los “Considerandos” de la sentencia impugnada – que es materia de agravios en el recurso de la Defensa de confianza, por lo demás-: “En relación a la prórroga de la medida socio educativa, considero por un lado que si bien es cierto lo que manifiesta el Ministerio Pupilar en sentido de que no fue adecuada la reforma legislativa quedando desfasada la ley penal juvenil en cuanto a la mayoría de edad, lo cierto es que en este caso se ha cumplido con un año de tratamiento tutelar, y antes de ello, con un medida de encierro del joven R. en un establecimiento policial con asiento en esta ciudad. Hoy ya es mayor de dieciocho años edad y los ha cumplido en el mes de noviembre del pasado año 2012. No encuentro el sentido de extender en cuatro meses más su vinculación al tratamiento tutelar, siendo como se presentan hoy estas condiciones que difícilmente desaparezcan. Condiciones que hoy encuentro presentes y que me permiten sostener, al igual que al Ministerio Público Fiscal, que el

tratamiento tutelar no ha sido satisfactorio respecto de él, y que no ha demostrado R. una internalización de su situación y de su estado que nos permitan suponer la innecesidad de imponerle una pena”.-

No queda en claro la razón por la que el tribunal renunciara a la prosecución del régimen de medidas socio-educativas, y sin que se demuestre argumentalmente la imposibilidad –fáctica, material, operativa, etc.- de esta variable; tornándose entonces, más bien, en una decisión injustificada, y por ende merecedora de revocación en esta instancia, dada la insuficiencia del juicio sobre merecimiento de pena, tal como hemos acordado en la etapa correspondiente a la deliberación.-

III.- 1) En el precedente ya citado de la sentencia n° 19/2011, se había puesto de resalto –y también en apoyo de todo cuanto se viene sosteniendo en el presente caso-, que la necesidad de pena debe enjuiciarse por cuatro criterios: las modalidades del hecho, los antecedentes del imputado, el resultado del tratamiento tutelar, y la impresión directa recogida por el juez o tribunal. Con relación al segundo de los criterios enunciados, cabe aclarar que los referidos “antecedentes” se vinculan con el examen de la historia del niño anterior a la ejecución del hecho; que se constituye en el punto de partida que permite examinar los resultados de los intentos de tratamiento y socialización, que están comprendidos en el art. 4, inc. 3ro., de la Ley 22.278. En otros términos,

la situación del niño al momento de cometer el delito no puede ser tomada de manera estática sino como referencia a una evolución dinámica, que ha de marcar el punto de comparación y referencia respecto del resultado de la acción estatal y de la situación del imputado al momento de la sentencia.-

La CNCas.Pen, sala II en la causa caratulada “R., C.A. s/ recurso de casación”, sentencia del 2/9/2008 (voto del Juez Luis Mario García) sostuvo que: “...En el caso de imputados declarados responsables de un delito por haberlo cometido cuando eran menores de dieciocho años de edad, el art. 4 de la ley 22.278 permite **una amplia disociación** entre la cuestión de la medida del injusto y culpabilidad **y la cuestión de la necesidad de pena, y en su caso, de ejecutar la pena.** En éste los criterios preventivo especiales que pesan para autorizar una suspensión según el art. 26 CPen, se ven **ampliados por criterios preventivo especiales adicionales propios de la condición de menor de esa edad** y de las concretas circunstancias personales de quien ha sido declarado responsable de un hecho que ha cometido cuando era menor de edad, criterios que pueden incluso justificar que se deje de lado cualquier reproche de culpabilidad, porque **son otras las finalidades que priman en la decisión de aplicar pena y en su caso, de qué clase y magnitud.** Aquí las circunstancias pasadas y presentes cobran **una dimensión particular frente a las directivas del citado art. 40, inc. 1 y 4, CDN.** En efecto, al

momento de decidir sobre la medida o imposición de pena al imputado es **dirimente** una consideración objetiva –con arreglo a las circunstancias de la persona enjuiciada y de la gravedad de la infracción-, de las perspectivas concretas para tomar **medidas estatales**, que tengan alguna esperanza de efectividad, y que estén **orientadas al ‘fomento de su sentido de la dignidad y el valor’ y que puedan ayudar a fortalecer ‘el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros’**. Estas medidas, en el momento en que se deciden, deben tener en cuenta ‘la edad del niño y la importancia de promover [su] reintegración [...] y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad’ (el destacado ha sido agregado al original).-

Es importante destacar, en el orden local, que el CPP de la Provincia del Chubut prescribe en su art. 409, inc. 3º *in fine* que: “La sentencia sobre el adolescente se limitará, en todos los casos, al veredicto de culpabilidad o inocencia, sin fijar la pena aplicable, y, a su respecto, el debate sobre la pena será realizado posteriormente, conforme al artículo 343 **en el momento en que pueda decidirse sobre ella según las condiciones fijadas por la ley penal especial**”; es decir, la ley nacional 22.278. Por su parte, la norma citada en su último párrafo dispone en forma terminante, y en línea con todo cuanto venimos exponiendo, que: “**Nunca** se impondrá pena si esta decisión no es precedida de **una acción** tendiente

a **ofrecer una posibilidad razonable** de que el adolescente **supere** las circunstancias que originaron el proceso criminal seguido en su contra” (el destacado ha sido agregado al original).-

En suma, concluimos que en el caso, la sentencia recurrida no ha practicado una comparación entre la situación personal de R. al cometer el hecho, y la observada al momento de la sentencia, que evidencie claramente en base al resultado del tratamiento, un cuadro de evolución negativa; y en el que pueda sustentarse, a su vez, un juicio afirmativo acerca de la necesidad de la pena, como el que adoptara el tribunal de la cesura.-

2) Veamos, a modo de repaso, algunas constancias del Incidente de Ejecución, que avalan las conclusiones ya anticipadas: en el informe remitido mediante nota E.T.I. 115/13 del COSE de Trelew, realizado por las Lic. en Psicología Gabriela E. Barbosa y Lorna Libbet, manifiestan que el joven R. ingresó a la institución el día 25 de abril del año 2013 habiendo permanecido en el COSE de Esquel por el término de 6 meses disponiéndose su traslado a pedido del Director de ese centro por faltas disciplinarias. “Desde su ingreso cursa su escolaridad, realiza las actividades de mantenimiento de los espacios comunes y propios que utiliza, ... si bien Ezequiel presenta algunas dificultades en la comprensión de las consignas se esfuerza por **superarse**. Ha propuesto hacerse cargo

del acondicionamiento del invernadero... La relación con el personal que lo asiste es adecuada, aprecia el acompañamiento que se le brinda y busca permanentemente el **diálogo**. En la salida recreativa realizada mantuvo un buen comportamiento **respetando** las normas establecidas. **Concurre** a las entrevistas con el Equipo Técnico varias veces a la semana de manera **espontánea**. Mantiene un diálogo abierto... Su vocabulario es limitado y su pensamiento concreto no habiendo evolucionado hacia el pensamiento abstracto. Este es uno de los procesos más importantes que se dan en la adolescencia dependiendo de factores socioculturales.... Se lo estimula fomentando su autoestima y se trabaja para favorecer la incorporación de formas y estilos de vida saludable centrándose en el aprendizaje del cuidado personal para que posteriormente pueda descartar conductas nocivas para sí. El día 24 de mayo ppto. fue entrevistado por los profesionales del Centro de día de Trelew por su problemática de consumo. El informe concluye ‘...que sus antecedentes de consumo correspondería a un síntoma más de su estructura de base (personalidad antisocial)’... Su familia concurre esporádicamente a las visitas manteniendo comunicación telefónica ...”.-

En el informe de fecha 27 de agosto de 2013 enviado mediante nota E.T.I. 159/13, realizado por las Licenciadas mencionadas *ut supra*, se puede leer lo siguiente: “...En estos meses se ha capacitado en

los talleres de carpintería y Herrería ... en **todos** los ámbitos su comportamiento fue adecuado **respetando** las consignas . La interacción con sus pares y con el personal institucional es apropiada **no** generando situaciones de conflicto... **acepta los señalamientos realizados** sin despertar resentimientos que produzcan fisuras en la relación terapéutica. Se ha trabajado para fortalecerlo en la toma de decisiones que le permitan la consecución de metas positivas, siendo que el contexto lo ha condicionado fuertemente. Una vez externado ...deberá continuar con un espacio terapéutico que le permita tramitar las cuestiones abordadas con el objeto de arraigar los avances realizados. Sus progenitores concurren a visitarlo en forma organizada... **mantuvieron diálogo** con el equipo técnico siendo respetuosos en el trato y permeables a las sugerencias hechas, actuando posteriormente en consecuencia...” (el destacado me pertenece en todos los casos).-

En definitiva, no se advierte en el presente que las conclusiones del *a quo*, en orden a que el tratamiento no ha sido satisfactorio, cuentan con suficiente respaldo en los anteriores antecedentes glosados en el Incidente de Ejecución; los cuales, antes bien, parecen insinuar un proceso de evolución positiva en curso.-

IV.- Pautas a tener en cuenta para la continuación del régimen de medidas socio-educativas.-

Al respecto, hemos acordado en la etapa correspondiente a la deliberación, que la duración de esta prórroga no deberá ser inferior a un (1) año de duración; y en cuanto a su contenido, sin perjuicio de lo que disponga en su oportunidad el Juez Penal a cargo de la Ejecución, se recomienda procurar el alojamiento del joven en un establecimiento acorde a su condición –v.g. nuevamente el COSE, gestionando su readmisión con carácter excepcional, o en su defecto un establecimiento penitenciario o policial, pero ajustado a las peculiaridades del caso-. Se advierte, en particular, la inconveniencia de mantener las actuales circunstancias de detención, que se cumple en un sector de la Alcaldía de Trelew destinado a las “visitas íntimas” de los internos, según lo manifestado en la audiencia por R., y que no ha sido controvertido.-

Por analogía, resulta de aplicación la normativa de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, n° 24.660, arts. 197, 198 y ccs., relativa a los “Establecimientos de ejecución de la pena” para “Jóvenes adultos”. También el art. 144 de la citada legislación, por lo que se deberá practicar un examen médico del joven, a partir del cual se implementará luego el correspondiente tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico, etc., bajo la conducción siempre del tribunal de ejecución.-

V.- Por las razones apuntadas precedentemente, voto a

la presente cuestión por la afirmativa, en igual sentido que el colega que sufragara en primer término.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

**I.-** No he de reiterar el detalle de los agravios que conformaron la Impugnación ordinaria deducida contra la Sentencia por la cual se impusiera pena al joven R., ni los argumentos del Ministerio Fiscal, Pupilar, o el propio Magistrado, remitiendo para ello a la reseña que luce al comienzo del primer sufragio de este acto, sin perjuicio de resaltar alguno de los aspectos inherentes a esos temas oportunamente.

También he de remitir a dicha reseña en cuanto a los antecedentes del caso, acontecimientos vinculados al tratamiento tutelar al que fuera sometido el joven, aspecto trascendente de lo que debemos analizar aquí.

**II.-** Sí he de reiterar conceptos vertidos en la Sentencia nro. 14/12, por considerarlos, a modo de principio general sobre la cuestión a tratar, plenamente aplicables al caso: "Existen ocasiones en las que identificar en que consiste el "interés superior del niño" resulta complejo. Esta es una".

"Considero que la solución del caso, la cual ya fuera adelantada, deriva de la aplicación de una serie de parámetros que tienen que ver, básicamente, con la naturaleza del régimen penal de la

minoridad.” “Puntualmente en lo que refiere al primer ítem de los referidos, adquieren aquí relevancia la interpretación del art. 8 de la Ley 22278, las normas específicas que gobiernan el proceso penal de menores conforme las disposiciones del Código Procesal penal del Chubut (Ley XV nro. 9 Libro V), los principios de la aplicación de la Ley penal y Procesal penal más benigna, y el carácter de la actividad ritual de las partes y Órganos Jurisdiccionales cuando de menores punibles se trata”.

“La Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada al vértice de nuestro sistema constitucional por el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna federal, establece que la minoridad se extiende hasta los dieciocho años (art. 1), y que los Estados parte dispondrán medidas alternativas al encierro (art. 40 inc. 4)).”

“Tal imperativo debe interpretarse como el agotamiento de los mecanismos de reinserción al medio social, dejando como último recurso a la imposición de pena temporal en el caso de participación criminal por el niño en hechos delictivos, derivando todo ello de la noción de “personalidad en formación” que se desprende del concepto mismo de minoridad, y que condiciona severamente al requisito de culpabilidad que presupone la aplicación de toda sanción de naturaleza punitiva”.

“La Ley 22278, más allá de fijar un segmento de

punibilidad disminuida entre los 16 y los 18 años (art. 2), establece que previo a imponer una pena, entre otros recaudos, el menor será sometido a un “tratamiento tutelar” no inferior a un año, prorrogable en caso de necesidad hasta la mayoría de edad. Solo cumplido este, el Juez o Tribunal evaluarán la “necesidad de imponer una sanción”.

“Resulta evidente que la Ley, que data del año 1980 y por ende anterior a la sanción de la Convención, hoy debe ser interpretada a la luz de esta. Ello impacta en la conceptualización del mentado tratamiento tutelar como la adopción de una serie de medidas de resocialización tendientes a abordar los factores que derivaron en la comisión del delito, reafirmar en la intelección del niño las pautas de convivencia social elementales, y en caso que la iniciativa sea exitosa, analizar la posibilidad de prescindir de la sanción, pues, insisto, se parte de la base de que se trata de una personalidad “en formación”.

“La Ley también prevé la posibilidad de dejar de lado el tratamiento, en el supuesto que el proceso se haya reanudado o comenzado luego que el menor cumpliera los 18 años, y su desarrollo fuere imposible (“se cumplirá en cuanto fuere posible” reza la norma textualmente), debiéndoselo complementar por una amplia información sumaria sobre su conducta, la cual suplirá al tratamiento si el acusado ya fuere mayor de edad”.

“En fecha 22/12/09 fue publicada en el Boletín Oficial la Ley 26579, la cual fija la mayoría de edad en 18 años para el Derecho Argentino.....”.

“Hasta la mentada modificación, el sistema legal argentino preveía una protección mayor, en lo que a responsabilidad penal refiere, que la Convención pues la tutela del menor punible podía extenderse hasta la mayoría de edad (21 años), previo a determinar la necesidad de pena. Hoy ello, a priori, debería extenderse hasta los 18 años”.

“Deviene completamente posible, y considero que importa el supuesto atrapado por el art. 8 de la Ley 22278, que la intervención tutelar resulte innecesaria. Ya sea por que el menor adquirió por sí solo, mediante su medio familiar o social, las nociones básicas que lo alejen del delito, ya por la imposibilidad de que ello ocurra, presentándose como irreversible la aplicación de una sanción. Pero todo ello debe acreditarse, en términos de la Ley, aún por medio de una “amplia información sobre su conducta”.

“El Código Procesal Penal provincial, en su Libro V, estipula reglas para el Juicio respecto de adolescentes, siendo una de ellas la imposibilidad de adopción de medidas de protección en el sistema penal (art. 405 4to. párrafo), pero obligando al Juez, a pedido de parte o aún de

oficio, en caso de existir una situación de vulneración de derechos del menor, aún en el supuesto de probabilidad de existencia del hecho punible y participación en él del niño, a remitir los antecedentes al Sistema Integral de Protección de Derechos (Ley III nro. 21 , antes 4347, Dto. 1631/99)”.

“La disposición pretendió evitar que bajo el rótulo de “medidas tutelares”, se establecieran cautelas encubiertas sobre la persona, en función de un pregonado “interés superior del niño” que poco atendía al menor y mucho más al éxito de la investigación o al reclamo social de sanción. Así el art. 408 del CPPCh. regula las medidas coercitivas posibles durante el proceso, de las que la privación de libertad es la más extrema, y el art. 409 incs. 3, 4 y 5 imponen la división del juicio por etapas, culpabilidad y cesura (art. 343), debiendo cumplirse previo a este último las condiciones de la Ley especial de fondo en la materia (Ley 22278), y contemplando la norma la adquisición de una profusa información sobre el menor”.

“Pero lo que resume la tésis del sistema es el párrafo final del mentado art. 410: “Nunca se impondrá pena si esta decisión no es precedida de una acción tendiente a ofrecer una posibilidad razonable de que el adolescente supere las circunstancias que originaron el proceso criminal seguido en su contra”.

“Aunque estimo que no es posible reducir el tema de la responsabilidad penal de los adolescentes a un aspecto exclusivamente procesal. Sin dudas se trata de una cuestión de fondo, en la que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a agotar los medios de reinserción social de los menores previo a imponerles una pena. No cometeríamos un exceso si afirmáramos que bien puede considerarse a las disposiciones de la ley 22278 como una extensión del art. 41 del Código Penal y al tratamiento tutelar exitoso o la no necesidad de sanción como variantes de la misma excusa absolutoria”.

“El cuadro normativo a tener presente aquí se completa con el art. 404 del CPPCh., el que identifica la finalidad del proceso penal de menores, entre otras, con que el niño fortalezca su respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, promueva su reintegración y asuma una función constructiva en la Sociedad, mediante, en su caso, la ejecución de las medidas que se dispongan a su respecto”.

**III.-** Como en el precedente que traigo a colación, parto de la base del injusto en su magnitud, de la participación que en definitiva le cupo a R., y me pregunto si existen elementos para concluir que con las medidas cumplidas por él hasta hoy, es suficiente para el logro de los fines aludidos. Y considero, al igual que mis colegas, que es

necesario extender el período propio del tratamiento, tal como lo ha solicitado su Defensa de manera subsidiaria.

Como en aquel caso, aquí la obtención de la mayoría de edad no modifica el análisis. R. tiene derecho a ser tratado como menor pues lo era cuando ocurrió el hecho.

Sigo pensando que probablemente haga falta una previsión normativa que concilie el régimen de la Ley 22278 con la Ley 26579, pues resulta obvio que la punibilidad desde los 16 años, las medidas tutelares dispuestas solo luego del juicio de responsabilidad por un término no inferior a un año son de difícil complementación con la mayoría de edad adquirida a los 18. No me refiero a bajar la edad de imputabilidad, sino a extender la vigencia del tratamiento tutelar más allá de la mayoría de edad, en el supuesto de responsabilidad penal, que las circunstancias así lo aconsejen y siempre en aras de garantizar aquel interés superior.

Pues la actual situación permite que se utilice el argumento consistente en que R. ya es mayor, por lo que “*ipso iure*” las medidas deben cesar.

Obsérvese que ante el tenor del injusto por el que el joven asumiera su responsabilidad penal mediante la realización de un proceso abreviado, más su propia historia de vida vinculada a la marginación, podía preverse que el tratamiento no estaría exento de

dificultades, las cuales se verificaron finalmente al verse involucrado en un episodio en el COSE de Esquel, donde fuera alojado primigeniamente, del que resultó un incendio (lo que motivó la formación de una causa penal de la que poco hemos conocido), precisamente luego de arribar a dicho Centro otro menor proveniente de esta ciudad, del medio social de R..

A ello habría que sumar la constatación que sus familiares, en calidad de visita, le habrían proporcionado teléfonos celulares, lo cual se encontraba prohibido.

Todo ello significaba, y aún significa, un pronóstico al menos reservado de lo que podría ocurrir con el imputado si accediéramos tal como pretende como petición principal la Defensa, y el Ministerio Pupilar.

Pero ello tampoco significa automáticamente que la solución pase por confirmar la imposición de pena, como ha solicitado el Acusador Público.

Bueno es preguntarse que hizo el Estado con R., teniendo muy presente las obligaciones a las que se sometió internacionalmente respecto de los menores vinculados al delito. Y la respuesta es que luego de los episodios apuntados en Esquel, fue trasladado al COSE de la ciudad de Trelew, y una vez cumplida la mayoría de edad, a una dependencia policial de dicha localidad donde se encuentra en un

sector destinado a las visitas íntimas de los mayores, para resguardar su “seguridad”, conforme se expresó en la Audiencia previa a este acto.

Es decir, ante las previsibles dificultades que podían ocurrir en el tratamiento tutelar, desistió de profundizar la, necesaria, intervención.

Insisto tanto en que el imputado tiene derecho a presentarse ante la Sociedad habiendo cumplido con todas las cargas impuestas, pues si en cualquier caso sufre el riesgo de estigmatización post delictual, relevándolo por el mero cumplimiento de una edad, aún más; como en que se presenta excesivo y violatorio de las obligaciones asumidas por el Estado en cuanto a los menores en conflicto con la Ley penal, imponerle una sanción cuando la intervención tutelar no fue acorde a las características de su situación en concreto.

No siempre el interés superior del niño es aquello que lo haga desvincularse a toda costa de la ley penal, desligándolo de las consecuencias de sus propios actos, no asumiendo ciertas responsabilidades, ni imponerle sanciones cuando poco se hizo para que comprenda el sentido de las pautas que permiten vivir en Sociedad sin violar las normas. Se trata de contención y límites, aspectos íntimamente vinculados al proceso educativo y a las personalidades en formación. **IV.-** En resumidas cuentas, sigo a los que me precedieron en orden de sufragio

en cuanto a que el tratamiento tutelar debe continuar por un tiempo no inferior a un año.

A tal fin, deberá celebrarse una nueva Audiencia, por otro Magistrado ya que el actuante hasta hoy emitió opinión y podría generar en el acusado el temor de parcialidad del que habla el precedente “Llerena” de la CSJN (art. 77 inc. 2) CPPCh.), y allí, con intervención del Ministerio Pupilar, fijar las condiciones de dicha extensión, la que deberá llevarse a cabo en un establecimiento especial para menores, pudiendo ser el propio Centro de Orientación Socio Educativo, u otro equivalente.

Dos cuestiones finales. No resulta posible determinar estrictamente desde aquí las obligaciones a cumplir por el menor pues significaría privarlo del derecho a un eventual recurso contra las que se determinen luego de la Audiencia a la que se hace referencia en el párrafo anterior, y, esta decisión no se trata de otra cosa que de la aplicación directa de normativa internacional tuitiva de los menores que el Estado Argentino se ha comprometido a respetar, por lo cual su prevalencia surge notoria ante toda otra disposición local, legal o administrativa. Así voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

Atento al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión, propongo que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado A. E. R.; revocar la

sentencia n° 7117/13, en cuanto declara insatisfactoria la medida socio educativa establecida en el marco del tratamiento tutelar impuesto a A. E. R. y condena al nombrado a la pena de cinco (5) años de prisión de cumplimiento efectivo, por hallarlo autor penalmente responsable de los delitos de Robo agravado por el uso de arma en calidad de coautor, en concurso real con Homicidio simple en calidad de autor (arts. 166 inc. segundo, primer párrafo, 79, 45 y 55 del C.P); prorrogar el tratamiento tutelar oportunamente impuesto al joven mencionado, por un término no inferior a 1 (un) año a contar desde la celebración de una nueva audiencia que se alude en el dispositivo siguiente, y ordenar que un nuevo Juez Penal realice una audiencia a los fines de establecer la modalidad del tratamiento siguiendo las pautas brindadas en el considerando.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo: De acuerdo al resultado al que se ha llegado en la cuestión precedente por unanimidad, adhiero a la propuesta del colega que vota en primer término es decir: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado A. E. R.; revocar la sentencia n° 7117/13, en cuanto declara insatisfactoria la medida socio educativa establecida en el marco del tratamiento tutelar impuesto a A. E. R. y condena al nombrado a la pena de cinco (5) años de prisión de cumplimiento efectivo, por hallarlo autor penalmente responsable de los delitos de Robo agravado por el uso

de arma en calidad de coautor, en concurso real con Homicidio simple en calidad de autor (arts. 166 inc. segundo, primer párrafo, 79, 45 y 55 del C.P); prorrogar el tratamiento tutelar oportunamente impuesto al joven mencionado, por un término no inferior a 1 (un) año a contar desde la celebración de una nueva audiencia que se alude en el dispositivo siguiente, y ordenar que un nuevo Juez Penal realice una audiencia a los fines de establecer la modalidad del tratamiento siguiendo las pautas brindadas en el considerando.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

En orden al resultado al que se arribara en la primera cuestión, coincido con lo propuesto por mis colegas y que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado A. E. R.; revocar la sentencia n° 7117/13, en cuanto declara insatisfactoria la medida socio educativa establecida en el marco del tratamiento tutelar impuesto a A. E. R. y condena al nombrado a la pena de cinco (5) años de prisión de cumplimiento efectivo, por hallarlo autor penalmente responsable de los delitos de Robo agravado por el uso de arma en calidad de coautor, en concurso real con Homicidio simple en calidad de autor (arts. 166 inc. segundo, primer párrafo, 79, 45 y 55 del C.P); prorrogar el tratamiento tutelar oportunamente impuesto al joven mencionado, por un término no inferior a 1 (un) año a contar desde la

celebración de una nueva audiencia que se alude en el dispositivo siguiente, y ordenar que un nuevo Juez Penal realice una audiencia a los fines de establecer la modalidad del tratamiento siguiendo las pautas brindadas en el considerando.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

-----**RESUELVE:**-----

---

**1º) HACER** lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado A. E. R.-----**2º) REVOCAR** la sentencia n° 7117/13, en cuanto declara insatisfactoria la medida socio educativa establecida en el marco del tratamiento tutelar impuesto a A. E. R. y condena al nombrado a la pena de cinco (5) años de prisión de cumplimiento efectivo, por hallarlo autor penalmente responsable de los delitos de Robo agravado por el uso de arma en calidad de coautor, en concurso real con Homicidio simple en calidad de autor (arts. 166 inc. segundo, primer párrafo, 79, 45 y 55 del C.P).----- **3º) PRORROGAR** el tratamiento tutelar oportunamente impuesto a A. E. R. por un término no inferior a 1 (un) año a contar desde la celebración de una nueva audiencia que se alude en el dispositivo siguiente.-----

-----

**4°) ORDENAR** que un nuevo Juez Penal realice una audiencia a los fines de establecer la modalidad del tratamiento siguiendo las pautas brindadas en el considerando.-----

-----

**5°) Cópiese, protocolícese, notifíquese.**-----

---

Protocolo n° 4/14

Fdo. Dres. Guillermo A. Müller. Daniel L.M. Pintos. Martín R.

Montenovo.