

En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los treinta y un días del mes de julio de dos mil catorce, el Tribunal integrado por los Dres. **G. Alberto MÜLLER**, en su carácter de Presidente, **Daniel Luis María PINTOS** y **Martín Roberto MONTENOVO**, Jueces de Cámara, procede a dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 5059**, **Carpeta individual n° 1017**, caratulada: “O., L. G. p.s.a. tentativa de robo en concurso real -3 hechos-” de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, en la que tuvo debida participación el Sr. Defensor Público Dr. **M. A. M.**; y

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

Que los días 26 de junio y primero del corriente mes y año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. G. Alberto Müller, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de L. G. O., 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.-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de L. G. O. 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 párr., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. G. Alberto Müller, en segundo lugar el Dr. Daniel Luis María Pintos y finalmente el Dr. Martín Roberto Montenovó.-

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 **L. G. O.**, a cargo del Defensor Público de Sarmiento, Dr. M. A. M., contra la sentencia N° 1248/2013, emitida el 6 de diciembre de 2013 por el Tribunal unipersonal de la Oficina Judicial de dicha ciudad, por la que se condenó al nombrado a la pena de tres meses de prisión en suspenso, con costas, por hallarlo autor penalmente responsable de los delitos de Robo simple -un hecho- en concurso real con robo simple en grado de tentativa -dos hechos- (arts. 26 y 29 inciso 3º, 42, 45, 55 y 164 del Código Penal), y se le impusieron las siguientes normas de conducta durante el tiempo de la condena: a) fijar residencia; b) someterse al cuidado del patronato, al que deberá concurrir una vez por mes; c) abstenerse de usar estupefacientes y de abusar del consumo de bebidas alcohólicas; d) inscribirse en el ciclo lectivo 2013 para cursar el octavo grado; e) adoptar un trabajo adecuado a sus capacidades (art. 27 bis del catálogo sustantivo).-

1.- En su escrito de impugnación la Defensa denunció como agravios que la pieza decisoria es arbitraria, carece de motivación adecuada y contiene una errónea aplicación de la ley tanto adjetiva como sustantiva (art. 372 incs. 2° y 3° del ritual).-

Indicó que el decisorio no contiene un solo aspecto tendiente a justificar la “necesidad de aplicar pena en el caso bajo examen”, tal como lo exige el penúltimo párrafo del art. 4 de la Ley N° 22.278 interpretando que el *Aquo* no ha brindado razones sobre el punto, dejando sin “motivación suficiente” a la condena dictada, vulnerando de tal modo contenidos de raigambre constitucional como la Convención Internacional de los Derechos del Niño (arts. 3 y 37 inciso b.) como así también de jerarquía instrumental (art. 409 del CPP).-

Adujo que el fallo contiene un arbitrario basamento y se apoya exclusivamente en informes elaborados por el Trabajador Social, Licenciado J. B., de los que surge por un lado una palmaria inactividad del Estado, cuyos efectos se pretende hacer valer en desmedro del imputado, y por otro -informe 277/13- que contiene una velada denuncia de madre a hijo que no sólo contraviene el orden legal, sino también una omisión de B. quien debió haber advertido a la progenitora del joven del alcance de sus dichos, sin dejar de señalar que todos los informes sociales son una recolección de datos y versiones aportados por terceras personas no comprobados ni

comprobables.-

Denunció además que en ocasión de llevarse a cabo la audiencia de cesura, encontrándose presentes los progenitores del encausado no se los invitó a manifestarse, de acuerdo a lo preceptuado en el art. 409 inc. 5° del CPP, privándoselos de modo arbitrario de expresarse sobre aspectos que deben tenerse en cuenta para formar el mérito de la resolución.-

Adujo que el A-quo se apartó de la manda constitucional del art. 169 de la Const. Provincial, como así también de lo reglado en los arts. 25 y 329 del ritual emitiendo una condena de una precariedad extrema.-

Concluyó peticionando que se dicte sentencia absolutoria respecto de su asistido.-

2.- En la audiencia celebrada a tenor del artículo 385 del CPP, el recurrente mantuvo la línea argumental desarrollada en su escrito sin efectuar ninguna ampliación como puede extraerse del registro del acto, dejando sentado que el Ministerio Público Fiscal no contestó el emplazamiento ni compareció a la audiencia.-

II.- Concluida la reseña del caso procederé a detallar las medidas tutelares adoptadas en relación al menor porque en ello se apoya el pronunciamiento en crisis.-

1.- Señala el a quo al iniciar el análisis que a L. G. O. se le impuso un tratamiento tutelar desde la primera intervención del Tribunal

ocurrida el 4 de marzo de 2012.-

De acuerdo a la resolución emitida al momento de admitirse la apertura de la investigación preparatoria, luego ampliada el 2 de mayo de 2012 al solo efecto de readecuar la calificación legal de uno de los tres hechos atribuídos, el Juez dispuso dar intervención al Servicio de Protección de Derechos con el fin de que se le realicen al joven estudios médicos-psicológicos para luego de ello informar quincenalmente sobre el abordaje de la problemática del menor y su evolución. También dispuso realizar informes socio-familiares por el Lic. J. B. con una periodicidad mensual. Debo destacar que no mereció objeción alguna de las partes, ni del asesor de Familia e Incapaces.-

El día 19 de marzo el 2012 el Servicio de Protección de Derechos dependiente de la Secretaría de Desarrollo Humano y Políticas Sanitarias de la Municipalidad de Sarmiento comunica al Magistrado que el menor y su madre no se presentan a las citaciones cursadas.-

El 13 de abril de 2012 el Lic. B. presenta su primer informe socio-ambiental recomendando que el menor continúe sus estudios secundarios y que trabaje con su padre, luego el 4 de mayo de ese año presenta el segundo informe insistiendo con las recomendaciones efectuadas.-

El 9 de mayo de 2012 el Ministerio Público Fiscal presentó acusación, celebrándose el 10 de septiembre la audiencia preliminar

y en la oportunidad se avanza sobre un acuerdo de Juicio Abreviado , requiriendo el Asesor de Familia en Incapaces se realice un nuevo informe social, lo que es admitido por el Juez y señala nueva audiencia para resolver.-

La información fue presentada el día 12 del mismo mes y año y la audiencia preliminar retomada el 5 de marzo de 2013 -ver fs. 31- en la que el Juez resalta la falta del informe psicológico ordenado al Servicio de Protección de derechos de la Municipalidad de Sarmiento y acuerdan pasar a cuarto intermedio hasta que se produzca el mismo.-

A fojas 32 se agrega un informe del Servicio de Protección de Derechos de la Niñez, la Adolescencia y la Familia de fecha 15 de marzo de 2013, dando cuenta que durante el año 2012 el joven con su madre concurrieron a las entrevistas, del que se extrae que no se efectuó un seguimiento mayor ni se le practicó el estudio médico psicológico ordenado, brindando sólo información de idéntico tenor a la brindada por el Lic. B. en sus informes sociales.-

El 30 de mayo de 2013 presenta el Trabajador Social un nuevo informe -ver fs. 39- dando cuenta que L. concretó tres consultas psicológicas en el Servicio de Protección de Derechos, que según dicho servicio su conducta habría mejorado dentro y fuera del hogar, que no se ha visto involucrado en nuevos hechos delictivos, que no retomó estudios aunque estaría averiguando para inscribirse en una escuela nocturna, que no

realiza actividad laboral, que no sale y que a veces ingiere bebidas alcohólicas.-

Luego a pocos días, el 18 de junio de ese año, presenta un nuevo informe en el que comunica que el joven se descontroló, que aparentemente habría incurrido en hechos ilícitos y que la madre se ve superada por la situación continuando el seguimiento para informar el 7 de agosto de 2013 una mejoría en el comportamiento del joven.-

Se arriba así a la audiencia en la que se abordó el acuerdo de Juicio Abreviado, siendo homologado por el Magistrado, declarando la responsabilidad penal del joven por los tres hechos atribuidos, imponiendo como medida socio educativa la obligación de continuar trabajando con su padre hasta que cumpla la mayoría de edad; tal pronunciamiento data del 8 de agosto de 2013, faltando poco más de tres meses para que O. cumpla los 18 años de edad.-

El 1° de noviembre de ese año el Lic. B. presenta un último informe respecto a la medida socio educativa, señalando que el joven no cumple con la misma porque el padre hace un mes que se encuentra desocupado y que la conducta en definitiva es negativa como así también su pronóstico; para luego efectuar una evaluación final que presenta el 28 de noviembre de 2013 -ver fs. 70- procediendo el Juez a realizar la audiencia para debatir sobre la necesidad de imponer pena al joven, dictando sentencia

el día 6 de diciembre de 2013, en los términos ya expuestos en la reseña del caso.-

Denuncia el impugnante la inactividad del estado en el seguimiento y cumplimiento de las medidas dispuestas, con la particularidad que el Magistrado achaca tal inacción a las partes.-

De la sentencia se extrae que el a-quo considera cumplidas las exigencias del Art. 4 de la Ley 22.278 y luego de efectuar un análisis de las normas contenidas en el ritual (Arts. 405 y 409) sobre la materia, entiende que la ausencia del informe psicológico se debió a que el menor y su madre no concurrían al Servicio de Protección de Derechos o bien porque la psicóloga se retiró del servicio, y que la inacción de las partes fue absoluta sobre todo de la Asesoría de Familia e Incapaces que debió velar por la realización oportuna de los estudios y adjudica a los informes del Trabajador Social, Lic. B., el rango de amplia información, conforme lo estipula el Art. 8 de la citada ley, y en base a ellos concluye que es necesario aplicarle una sanción al joven O. dado la falta de internalización de pautas de conducta adecuadas al medio social en que se desenvuelve.-

El Ministerio Público Fiscal no ha dado respuesta a la impugnación ni compareció a la audiencia del Art. 385 del C.P.P. y se extrae de lo actuado que el único fundamento brindado a los fines de requerir la imposición de pena para el menor ha sido lo que consideró como un

incumplimiento de la medida socio-educativa impuesta al ser declarada la responsabilidad penal del menor, que consistió exclusivamente en la obligación de continuar tareas laborales con su progenitor, cuando quedó establecido que ello obedeció a que el padre de O. se desempeña como trabajador independiente en el oficio de albañil y que no siempre cuenta con trabajo, pero en las oportunidades que se encontraba ocupado sí trabajó con su progenitor.-

2.- Desde ya esta sola circunstancia no puede dar apoyo a una decisión como la adoptada en autos y frente a la situación detallada propongo, reconduciendo el planteo de la Defensa, prorrogar el tratamiento tutelar pues con los elementos reunidos el juez no pudo evaluar debidamente si el mismo fue insatisfactorio.-

Considero que en esta tarea el sentenciante no reparó 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, máxime cuando no se contó con información que el aquo consideró necesaria desde el inicio del proceso, me refiero a informes médicos psicológicos, y el órgano estatal que tutela los derechos del menor y acompaña en el tratamiento así los requirió al momento de resolver el acuerdo de juicio abreviado, y en tal sentido entiendo excesiva la consideración efectuada en cuanto era una obligación de las

partes la producción del mismo, por otro lado es básico que una inactividad u omisión estatal jamás puede operar en contra de la persona sometida a proceso y aquí jugó indudablemente en su perjuicio.-

Si bien es cierto que inicialmente la madre y el menor fueron reticentes a los requerimientos del Servicio de Protección de Derechos luego cumplieron con varias presentaciones lo que no sólo se extrae del informe que produjo ese organismo sino también dio cuenta de ello el Delegado de Control, Lic. B. -ver fs. 32 y 39-.-

En la materia que estamos tratando debemos tener presente que la aplicación de sanción a un menor es el último recurso y de acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño los Estados se han comprometido a disponer medidas alternativas; ello ha de importar el agotamiento de acciones para lograr que el menor se reintegre al medio social y asuma una función constructiva. En tal dirección ésta Cámara ya se ha pronunciado en autos “Barría, José Daniel s/ Homicidio resulta víctima”, carpeta N° 5098 de la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia, sentencia del 7 de marzo del corriente año, protocolizada bajo el número 4/2014.-

Tanto de la Ley 22.278 como de la Convención sobre los Derechos del Niño se extrae que el derecho penal de menores se encuentra orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena, desde la perspectiva de evitar que la misma tenga efectos negativos

para la reinserción del condenado en sociedad y es precisamente de allí que el Tribunal no puede omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de imponer pena.-

Por otra parte, y en relación a lo previsto por el Art. 8 de la Ley 22.278, sabemos que por Ley 26.579 la mayoría de edad fue fijada a partir de los 18 años y hasta su sanción el sistema legal preveía una protección mayor hasta los 21 años y en su tratamiento parlamentario se postuló la modificación del Art. 4 inc. 3° de la Ley 22.278 posibilitando que el tratamiento tutelar pueda extenderse de resultar necesario hasta los 21 años de edad, 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 pueda llevar a una mayor aplicación de la sanción penal y aquí se ha producido tal situación, no pudiendo escapar a este análisis que el Art. 409 del ritual invocado por el Magistrado en su pronunciamiento, claramente estipula que “Nunca se impondrá pena si esta decisión no es precedida de una acción tendiente a ofrecer una posibilidad razonable que el adolescente supere las circunstancias que originaron el proceso principal seguido en su contra”, es decir que una norma procesal trata una cuestión de fondo en cuanto el Estado se ha obligado a agotar los medios para la reinserción social de los menores previo a imponerles una pena y dada la situación del caso bajo análisis, conforme el detalle efectuado, nada

obstaculizaba prolongar el tratamiento tutelar por un tiempo prudencial.-

3.- Ya he señalado que la inactividad del estado no puede operar en perjuicio del menor. Pensemos que se dispusieron medidas tutelares al inicio del proceso, allá por el 4 de marzo de 2012, y pese a la información que se brindaba respecto a determinados inconvenientes para cumplir con lo dispuesto nada se hizo y se prolongó la solución del caso hasta el 8 de agosto de 2013 al dictarse sentencia homologando el acuerdo de juicio abreviado ya postulado como solución por las partes el 10 de septiembre de 2012 en audiencia preliminar.-

Sobre esta base, la magnitud de los hechos endilgados al menor y la participación que se le adjudica, no es posible concluir que lo realizado resulta suficiente para el logro de los fines que persigue el régimen penal de menores y por ello es que entendemos necesario extender el tratamiento por un tiempo prudencial y razonable para evaluar debidamente la necesidad de imponer pena.-

Como lo destaca el propio Magistrado, el Lic. B. ha efectuado un arduo seguimiento, pero sus informes no pueden evaluarse estrictamente como negativos, pues se extrae que el joven se ha desarrollado en el seno de una familia con serios problemas que parten de episodios de violencia intrafamiliar, la separación de sus padres y la ausencia de la figura paterna, viéndose desbordada su madre que no sólo debió hacerse cargo de

sus hijos, sino también trabajar para cubrir las necesidades básicas.-

Por otra parte tal situación y la imposibilidad de ejercer un control adecuado ha llevado al menor a juntarse con otros jóvenes ociosos, al consumo de bebidas alcohólicas y estupefacientes, y la madre en la medida de sus posibilidades ha tratado que el menor cumpla los requerimientos judiciales, efectuando el Delegado de Control recomendaciones que nunca fueron tratadas por el Juez.-

Además obran informes que dan cuenta de un cambio positivo de conducta del joven que datan de marzo y abril de 2013 -ver fs. 32 y 33-, luego una recaída por los meses de mayo y junio de 2013, y nuevamente en agosto de ese mismo año otro que vuelve a mostrar una leve mejoría en la conducta del menor, incluso en la medida que el padre contaba con trabajo el joven lo ayudaba -ver fs 45-.-

Queda expuesto que en diversos momentos o etapas el menor respondió adecuadamente, es decir que hubo progresos, y en otros, ante la falta de acciones concretas, mostró un retroceso, por ello la reacción estatal no puede ser la sanción y lo más adecuado es continuar con el tratamiento en pos de agotar todas las acciones posibles para que el menor reencause su vida, lo que habilita el Art. 4 inc. 3° de la ley 22.278.-

La decisión indudablemente resulta arbitraria y por ende corresponde revocarla dada la insuficiencia de motivos para formular un

juicio afirmativo acerca de que el joven era merecedor de pena y así voto.-

4.- Por último hemos acordado en la etapa correspondiente las pautas a tener en cuenta para la continuidad del tratamiento tutelar.-

En relación al tiempo por el que se ha de extender no será inferior a seis meses teniendo en cuenta los antecedentes del joven en base a la información acopiada y la entidad de los hechos que motivaron la declaración de responsabilidad penal, 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 aplicar como medidas socio educativas las dispuestas como reglas de conducta en la sentencia atacada-pto. 2) del fallo.-

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 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 presente, hemos de seguir la jurisprudencia sentada por la CSJN en la materia, a partir de la causa “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ Robo agravado...” – M.1.022.XXXIX, sentencia del 7/12/2005, citada en nuestros votos de las sentencias n° 19/11 y 4/14-; 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.-

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 suscritos 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, ... 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.-

Añaden Freedman y Terragni: (pág. 2020) “ ... la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que la necesidad de la pena no debe depender de la gravedad del hecho ni de la peligrosidad del joven. Para satisfacer este criterio rector, indudablemente hay que concurrir a valorar

elementos ajenos al hecho delictivo, lo cual el Máximo Tribunal admite. En consecuencia, este criterio fortalece el ideal rehabilitador de la justicia juvenil, no solo al momento de ejecución de la pena, sino en el momento de determinar la necesidad de su imposición...” (cfme. jurisprudencia anotada ya citado *ut supra*, pág. 2008 y ss.).-

Con posterioridad a aquel verdadero *leading case* (“Maldonado”), la CSJN ha vuelto a expedirse en torno a la cuestión, en Fallos, 332:512 (de fecha 17/03/2009), remarcando que la determinación de la pena a un adolescente debía llevarse a cabo ponderando los lineamientos de la CIDN, no quedando así sujeta de manera exclusiva a las normas del régimen penal de la minoridad; es decir, con una finalidad de prevención especial positiva: “...en la sentencia en recurso no se han respetado las exigencias derivadas de las normas legales y constitucionales aplicables al caso. En efecto, la decisión de la Cámara de Casación Penal no exhibe argumento alguno que permita entender por qué se consideró eximida de la obligación de fundar la ‘necesidad de pena’ en los antecedentes del menor, en el resultado del tratamiento tutelar y en la impresión directa de aquél, tal como lo exige el art. 4º de la ley 22.278, según el fin claramente resocializador que se reconoce a la pena impuesta por hechos cometidos por jóvenes menores de edad” (consid. 11).-

En el análisis de este fallo citado precedentemente,

merece atención que se ponga de resalto la reflexión final que se practica, en el sentido que concluyen los anotadores que: “ ... nos parece **de suma importancia**, en un momento histórico en el cual parece resquebrajarse el trato judicial diferenciado a la infancia cuando las personas imputadas alcanzan la mayoría de edad, que **la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya avalado la extensión de la protección especial más allá de los dieciocho años de edad**, al ponderar en el caso concreto la aplicación de la **normativa específica**” (cfme. auts. cits. Freedman y Terragni: “Algunos interrogantes sobre el proceso penal juvenil. Comentario al fallo ‘A. A. M.’ de la Corte Suprema”, publicado en “Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, t. 11, edit. hammurabi, Buenos Aires, año 2011, pág. 242, el destacado ha sido agregado al original) –extremo que considero enteramente aplicable al presente, venido en impugnación ordinaria, ya que es una interpretación preferible a la opuesta, mucho más restrictiva; que consistiría en que, a partir de la sanción de la ley 26.579, que redujo la mayoría de edad civil, fijándola en los 18 años, no resulta ya posible la prórroga del tratamiento tutelar, debido a que dicha mayoría de edad haría cesar de pleno derecho, la disposición tutelar.-

III.- En los precedentes de esta Cámara ya citados, sentencias n° n° 19/2011 y 4/2014, se había puesto de resalto –y también sirve como apoyo de todo cuanto se viene sosteniendo en el presente caso-,

que la necesidad de pena –cualquiera sea esta (art, 5 C.P.), agregamos- 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 (cfme. análisis de fallo “G., J. L.” de la CSJN, sentencia del 15/6/2010: “El derecho al recurso y otras cuestiones del proceso penal juvenil ...”, por Damián R. Muñoz, “Jurisprudencia penal de la Corte...” citada, t. 10, año 2011, págs. 107 y ss., “...Las pautas sobre las cuales debe versar la discusión sobre la necesidad o no de pena, son las siguientes: - Las modalidades del hecho. – Los antecedentes del menor. – El resultado del tratamiento tutelar. – La impresión directa recogida por el juez. Es decir, una vez determinada la responsabilidad penal de la persona menor de edad, las razones que justifiquen o no la imposición de una sanción punitiva deben surgir del estricto análisis y valoración de estas pautas”).-

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 entonces Juez Subrogante 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. 3° *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).-

El trabajo citado en último término, del autor Damián Muñoz, justamente nos llama la atención sobre la problemática que a nivel de la dogmática penal, exhiben las pautas referidas, a excepción de la que se vincula con “las modalidades del hecho”; y resulta de interés, en particular, la opinión del mismo, cuando se refiere a la de “el resultado del tratamiento tutelar”, en el sentido que debería “estar amparada por el principio de legalidad, y para ello, debería explicitarse cuáles serían, en el caso concreto, los resultados esperados”.-

La sentencia recurrida no ha practicado una comparación entre la situación personal de O. al cometer el hecho y ser declarado responsable, con la observada al momento de la sentencia de imposición de pena, 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. Adviértase que el informe social n° 277 de fecha 28 de noviembre de 2013, suscripto por el Lic. J. B., se desprende que: “... El padre, ... Expresa que: ‘L. no cumple con la medida socio-educativa porque actualmente me encuentro sin trabajo’ ...”.-

Tal como ya se adelantara, en nuestro caso el juicio por sobre el merecimiento de pena no es satisfactorio, en particular el punto relativo a la evolución y resultado del tratamiento, como requisito

-presumiblemente negativo, en el caso-, para optar en definitiva, por la solución más gravosa para los intereses del joven. En consecuencia, debe revocarse la sentencia recurrida, en este punto; aunque sin que proceda la absolución del acusado, quien deberá continuar sometido a tratamiento tutelar.-

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 la prórroga que se dispone en este fallo, no deberá ser inferior a seis (6) meses 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 tener en cuenta las propias reglas de conducta fijadas en la sentencia ahora revocada, como parte de lo que fuera la condena de ejecución en suspenso –dejada sin efecto.-

Es decir: imponerle como reglas de conducta durante el tiempo de duración de la condena, fijar domicilio; abstenerse de usar estupefacientes y de abusar del consumo de bebidas alcohólicas; terminar el la instrucción primaria y adoptar un trabajo adecuado a sus capacidades.-

V.- Por las razones apuntadas precedentemente, voto a la presente cuestión, parcialmente, por la afirmativa.-

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

I.- No he de reiterar el detalle de los agravios planteados por el impugnante contra la Sentencia venida en revisión, remitiendo para ello, en honor a la brevedad, a lo expuesto por el colega preopinante.-

II.- Puntualmente en lo que refiere a la responsabilidad penal juvenil, 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), y el carácter de la actividad ritual de las partes y Órganos Jurisdiccionales cuando, tal lo dicho, 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, nuestro sistema legal 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 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 télesis 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”.

III.- Parto de la base del injusto en su magnitud, de la participación que en definitiva le cupo a O. 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 la respuesta es negativa y que es necesario extender el período propio del tratamiento.

Aquí la obtención de la mayoría de edad no modifica el análisis. Claramente L. O. tiene derecho a ser tratado como menor pues lo era cuando ocurrió el hecho.

Ello, sin perjuicio que probablemente haga falta una previsión normativa que concilie el régimen de la Ley 22278 con la Ley 26579, ya que resulta obvio que la punibilidad desde los 16 años y 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 el menor ya no lo es, es mayor, por lo que “ipso iure” las medidas deben cesar y desaparecer el reproche, o la alternativa contraria, que la solución pase, automáticamente y ante la mayoría de edad, por confirmar la imposición de pena, como ha solicitado aquí el Acusador Público.

Analizando detenidamente el tratamiento tutelar aquí

cumplido, en clave de despliegue estatal, como lo exigen las normas referidas supra, obligaciones a las que se sometió internacionalmente la Nación respecto de los menores vinculados al delito, surge claramente que la actividad ha sido mínima, muy por debajo de los estándares necesarios.

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 tampoco se lo privilegia imponiéndole 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, comparto el criterio de mis

colegas en cuanto a que el tratamiento tutelar debe continuar por un tiempo al menos de seis meses, y las medidas que lo integren deberán ser las mismas que las detalladas por el Magistrado cuando aludiera en la Sentencia que por este acto se revoca, al art. 27 bis del CP., todo ello con el correspondiente contralor de un operador del Servicio de Protección de Derechos.

Cumplido, se impone la celebración de la Audiencia del art. 4 de la Ley 22278, a los efectos de evaluar la necesidad de sanción, para la cual deberá ser designado otro Magistrado, atendiendo al precedente “Llerena” de la CSJN (art. 77 inc. 2) CPPCh.). Así voto.-

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

De acuerdo al resultado al que se ha arribado por unanimidad en la primera cuestión propongo que se dicte del siguiente pronunciamiento: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado L. G. O.; revocar la sentencia nº 1248/13, en cuanto condena a L. G. O., a la pena de tres meses de prisión la que quedará en suspenso por tratarse de la primera condena, por ser autor penalmente responsable de los delitos de Robo simple (un hecho) en concurso real con robo simple en grado de tentativa (dos hechos) (arts. 166, 42, 45 y 55 del C.P); disponer la continuidad del tratamiento tutelar por un término no inferior a seis (6) meses 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 los considerandos.-

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

En base al resultado al que se llegara por unanimidad en la cuestión precedente, acuerdo con el dictado del siguiente pronunciamiento, propuesto por el colega que me antecede en el orden de votación: hacer lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado L. G. O.; revocar la sentencia n° 1248/13, en cuanto condena a L. G. O., a la pena de tres meses de prisión la que quedará en suspenso por tratarse de la primera condena, por ser autor penalmente responsable de los delitos de Robo simple (un hecho) en concurso real con robo simple en grado de tentativa (dos hechos) (arts. 166, 42, 45 y 55 del C.P); disponer la continuidad del tratamiento tutelar por un término no inferior a seis (6) meses 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 los considerandos.-

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

En orden al resultado al que se arribara por unanimidad en la cuestión precedente, coincido con lo propuesto por los colegas que votan en primer orden, es decir: hacer lugar parcialmente a la impugnación

deducida por la Defensa del acusado L. G. O.; revocar la sentencia n° 1248/13, en cuanto condena a L. G. O., a la pena de tres meses de prisión la que quedará en suspenso por tratarse de la primera condena, por ser autor penalmente responsable de los delitos de Robo simple (un hecho) en concurso real con robo simple en grado de tentativa (dos hechos) (arts. 166, 42, 45 y 55 del C.P); disponer la continuidad del tratamiento tutelar por un término no inferior a seis (6) meses 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 los considerandos.-

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

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

1º) **HACER** lugar parcialmente a la impugnación deducida por la Defensa del acusado L. G. O..-----

2º) **REVOCAR** la sentencia n° 1248/13, en cuanto condena a L. G. O., a la pena de tres meses de prisión la que quedará en suspenso por tratarse de la primera condena, por ser autor penalmente responsable de los delitos de Robo simple (un hecho) en concurso real con robo simple en grado de tentativa (dos hechos) (arts. 166, 42, 45 y 55 del C.P).-----

3º) DISPONER la continuidad del tratamiento tutelar por un término no inferior a seis (6) meses a contar desde la celebración de una nueva audiencia que se alude en el dispositivo siguiente.-----

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

5º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.-----

La presente es firmada por dos de los Sres. Magistrados, por encontrarse en uso de licencia el Dr. Martín Roberto Montenovo, con posterioridad a la deliberación.-

Sentencia nº 20/14

Fdo. Dres. G. Alberto Müller. Daniel Luis María Pintos.-