

En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los treinta días del mes de agosto de dos mil dieciséis, 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, proceden a dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Incidente N° 330, Legajo de Investigación Fiscal n° 6900, carpeta individual n° 1324**, caratulado: **“B., J. E. s/ Incidente”** de la Oficina Judicial de la Circunscripción de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación del Abogado Adjunto de la Defensoría Pública Dr. **G. A. O.** y;

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

Que los días diez y dieciséis del corriente mes y 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 J. E. B., 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, 5° 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 J. E. B. 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 originado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria interpuesta por el Abogado Adjunto de la Defensa Pública, Dr. G. O., contra la Sentencia N° 297/16 de fecha 18 de abril de 2016 por la cual resultara condenado su asistido, J. E. B., a la pena de nueve meses de prisión en suspenso como autor penalmente responsable del delito de Robo agravado por escalamiento en grado de tentativa (arts. 167 inc. 4 y 42 del C.P.), por el hecho ocurrido en Sarmiento el día 4 de abril de 2014 en perjuicio de J. G..-

1.- El recurrente en su libelo impugnativo adujo que el Dr. Pérez ha realizado una errónea interpretación del tratamiento tutelar al que fuera sometido su asistido al concluir que ha sido neutro porque no logró producir efectos positivos ni negativos sobre la personalidad de B..-

Resaltó que omitió valorar los informes presentados por la Licenciada Y. C., especialmente el último de ellos (73/16) en el cual se indicó como cuestiones destacables que: a) ha mejorado la relación y el diálogo con su madre, b) realiza tareas laborales y habría aceptado una propuesta laboral de la Municipalidad de Sarmiento, c) practica deporte (fútbol), destacando la profesional un cambio de actitud, con expectativas

concretas para el futuro y habiendo logrado asumir responsabilidades como así también reflexionar sobre su conducta. Asimismo agregó que B. dio debido cumplimiento a las horas de trabajo comunitario que le fueron indicadas.-

Señaló que la resolución en crisis fue producto de un análisis aislado y parcializado de los presupuestos establecidos en el Art. 4 de la Ley 22.278, en lo referente a la modalidad del hecho, los antecedentes del joven, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el Juez.-

Agregó que el Estado debe brindarle las posibilidades al joven inculcado, de lo contrario no se trataría de un tratamiento tutelar propiamente dicho sino de una formal elaboración de informes sin tener en cuenta la finalidad, cual es proveer las herramientas al joven para que no vuelva a involucrarse en hechos ilícitos.-

Por otra parte sostuvo que se evidencia una parcialidad del juzgador, quizás influido en su ánimo por la existencia de la causa N° 1621 a la que hiciera referencia el Ministerio Público Fiscal en su alegato en la que B. aparece imputado, sin considerar en su integridad la cuestión a decidir.-

Finalmente solicitó se revoque la sentencia y se absuelva a su asistido e hizo reserva del caso federal.-

2.- A su turno la Fiscal General, Dra. Laura Castagno, contestó la impugnación ordinaria solicitando su rechazo.-

Señaló que el Magistrado ha interpretado correctamente

el tratamiento tutelar y su finalidad, no obstante ha advertido, a través de las diferentes audiencias que se celebraron a los efectos de conocer como se estaban implementando las diferentes medidas socioeducativas que se le habían impuesto, que B. no ha logrado internalizar el respeto por los derechos de los terceros.-

Agregó que tampoco es cierto que el Juez no haya realizado un análisis integral de los extremos exigidos por el Art. 4 de la ley 22.278, que al momento de determinar la pena citó los antecedentes del joven y tuvo en cuenta que al momento de cometer el ilícito el ámbito de autodeterminación de B. se encontraba limitado por su edad y por algunas especiales circunstancias que lo rodeaban.-

Manifestó que las medidas se dispusieron por un plazo de seis meses y se prorrogaron hasta el 3 de marzo de 2016 y que con el devenir del tiempo, atento que B. no lograba mantener un trabajo, el Juez impuso la realización de cuarenta horas de trabajos comunitarios a favor del municipio de Sarmiento, habiendo presentado muchas dificultades para su cumplimiento.-

Finalmente concluyó que de parte del joven no hubo un razonamiento crítico sobre la conducta atribuída y que el motivo de la impugnación de la pena impuesta no es más que una mera disconformidad, sin que hayan traído a discusión elementos que permitan descalificar el decisorio judicial, solicitando en definitiva el rechazo del recurso.-

3.- En ocasión de celebrarse la audiencia del Art. 385 del C.P.P. la Defensa sostuvo oralmente los fundamentos de la impugnación, no

habiendo comparecido representante del Ministerio Público Fiscal, ni Pupilar.-

II.- En función de los agravios esgrimidos por el impugnante y los argumentos brindados por la Fiscal en su responde instando al rechazo de la vía, corresponde analizar lo actuado para verificar en principio el tratamiento recibido por el menor y las medidas adoptadas.-

1.- Escrutada la actuación se extrae que durante la tramitación del proceso hasta la sentencia en la que fue declarada la responsabilidad penal del menor no se adoptaron medidas tuitivas, disponiéndose en el punto “4” del fallo llevar adelante audiencia para tratar la imposición de medidas socioeducativas con la participación de las partes, la asesoría de menores y los progenitores del menor (ver fs. 7/25, incidente N° 330, sentencia N° 335 del 24/04/2015).-

Que la misma se celebró el 22 de junio del año próximo pasado sin la asistencia del representante del Ministerio Pupilar pese a lo ordenado y a propuesta de la Defensa técnica, con acompañamiento del Fiscal actuante, se dispusieron una serie de medidas socioeducativas solo por el término de seis meses con fundamento en el art. 411 del C.P.P.; entre ellas mantener trabajo; abstenerse de abusar de bebidas alcohólicas y estupefacientes; mantener domicilio; la realización de informes socioambientales cada 30 días por parte del Lic. B. y psicológicos por la Psicóloga del tribunal, Lic. C. con igual frecuencia.-

Luego se llevaron adelante varias audiencias con el fin de monitorear el cumplimiento de las medidas impuestas, de las que se puede

extraer que la primera de ellas ha resultado del difícil cumplimiento por lo que se le impuso el 16 de octubre de 2015 realizar 40 hs. de trabajo comunitario a favor del Municipio local y que para lograr el cumplimiento total de las mismas se prorrogó el tratamiento en principio por 60 días (dos meses) el 23/12/2015, y luego por una semana más el 22/02/2016, celebrándose la audiencia para evaluar el resultado del tratamiento a los fines de resolver sobre el merecimiento de pena el 11 de abril del corriente año con el resultado ya conocido.-

Corresponde destacar que los Lic. B. y C. cumplieron con toda la información requerida y en líneas generales la misma resulta positiva.-

2.- Como primera observación a lo actuado en relación a las normas que regulan el proceso penal de menores, es que el joven B. al momento de ser declarada su responsabilidad penal por el hecho atribuido ya contaba con 18 años de edad.-

La ley 22278 establece que previo a imponer una pena, entre otros recaudos, el menor debe ser sometido a un tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso de ser necesario hasta la mayoría de edad, solo cumplida esta exigencia el Juez o Tribunal evaluará la necesidad de imponer sanción (arts. 2 y 4), pero también prevé la posibilidad de dejar de lado la aplicación de un tratamiento en el caso que el proceso se haya reanudado o comenzado luego que el menor hubiere alcanzado los 18 años y su desarrollo resulte imposible debiéndoselo completar con una amplia información sobre su conducta, que en definitiva importa un supuesto donde

la intervención tutelar resulta innecesaria (art. 8).-

Esta cuestión central en la materia no mereció mayor evaluación en la sentencia N° 335/2015 y sin más se dispuso la realización de la audiencia en la que se impuso un tratamiento por un término de seis meses a instancia de la propia defensa acompañada por el Ministerio Público Fiscal, sin surgir de los audios respectivos los fundamentos de tal determinación cuando la duración mínima del tratamiento conforme la ley especial de fondo es de un año; en tal sentido esta Cámara se ha pronunciado reiteradamente fijando postura en cuanto que no resulta beneficiario acelerar los tiempos del proceso penal de menores (Sent. 14/2012, 4/2014, 7/2015, 14/2015).-

No obstante ello y cumplidas las medidas socioeducativas el Juez en definitiva concluye que el resultado del tratamiento previsto por el art. 4 de la ley 22278 ha sido “neutro”, advirtiendo alguna evolución pero no significativa y por ello se inclina por la sanción aplicando una pena de nueve meses de prisión en suspenso.-

Al referirse a lo que define como resultado neutro dice que “...si bien es cierto que el joven no logra internalizar el respeto de los derechos de terceros (uno de los objetivos previstos en el art. 404 del CPP), logra tenuemente al final generar una autocrítica, aunque estimo que el cambio de actitud se debe a las horas de trabajos comunitarios ordenados por el suscripto. No hay una gran evolución en el joven. No tiene hábitos que lo destaquen. Como lo dice su madre, duerme y no hace nada. No ha logrado ingresar al mercado laboral en forma permanente, ni intenta hacerlo. No ha intentado estudiar. Se advierte que el contorno familiar no ha ayudado en

lograr que el joven siga estudiando o pueda conseguir un trabajo estable.”; entonces en casos como el traído a conocimiento si las medidas adoptadas en definitiva exhiben dudas o no se obtuvieron totalmente los resultados pretendidos, deviene al menos excesivos llegar a la sanción sin mayor fundamentación acerca de la necesidad de imponerla, habiendo podido recurrir a otros medios para continuar con la intervención estatal para llegar en mejores condiciones al momento del juicio sobre la pena, máxime cuando la duración del tratamiento impuesto solo fue por seis meses, que se prorrogaron por otros dos, cuando en principio no debe ser inferior al año (art. 4, Ley 22278).-

Como acabo de mencionar esta Cámara tiene postura unánime respecto al tema a decidir y he citado varios fallos en los que nos hemos pronunciado, por lo que no he de reiterar en su totalidad los conceptos allí vertidos solo algunos para dar un marco adecuado a la decisión a la que hemos arribado,.

Lo que está en juego aquí es el interés superior del niño y el Estado ha asumido el compromiso de agotar los mecanismos para la reinserción social del menor que ha delinquido, debiendo disponer medidas alternativas al encierro (art. 40 Convención sobre los Derechos del Niño), resultando de aplicación la jurisprudencia sentada por la CSJN desde el fallo “Maldonado, Daniel Enrique s/ Robo agravado...” –causa M.1.002 XXXIX, sentencia del 7/12/2005, de allí que al momento de resolver el Juez o el tribunal no puede omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena respecto de ese autor en concreto, y en última instancia en el supuesto

de existir dudas siempre la decisión debe ser favor minoris, y en este caso el Juez de grado procedió en forma contraria con escasos argumentos que no resultan ajustados al seguimiento e información producida.-

Vale reiterar que el joven fue sometido a una serie de medidas socioeducativas que no alcanzaron a constituir lo que estrictamente debe considerarse un tratamiento tutelar, no obstante ya había alcanzado la mayoría de edad al momento de ser declarada la responsabilidad penal y la información producida por los Lic. B. y C. es sustancial y amplia.-

Ahora bien si ello resultó neutro, como lo define el magistrado, es decir que no presentaba ninguna característica de las dos opuestas, ni positivo ni negativo, debió inclinarse a favor del menor dejando de lado la sanción, cuando ella es el último recurso posible, pero se extrae de la información producida por la Lic. C. que el joven generó un cambio de actitud, con expectativas a futuro, que asumió responsabilidad y reflexiona positivamente ante el proceso, es decir que ha resultado más que favorable. Por otra parte el Lic. B. ha efectuado un seguimiento constante produciendo información de la que no surge que el joven se encuentra en situación de riesgo ni que resulte renuente a cumplir con los compromisos asumidos, al contrario en su informe final de fecha 8 de abril de 2016 –ver fs. 138- señala que B. ha cumplido con las medidas de presentación mensual manteniendo su domicilio, realizando changas y trabajos comunitarios quedándole pendientes solo 8 de 40 hs. y en general declara una buena conducta.-

Si bien es cierto que en una oportunidad la madre del menor dijo que J. no hacía nada, que se levantaba tarde, que salía y que

volvía de madrugada (Informe Social del 31/08/2015), ello no puede descontextualizarse pues el joven ciertamente por ese tiempo hacía changas, no consumía drogas, realizaba actividad deportiva; en líneas generales mantenía una buena conducta.-

Pondera negativamente las quejas formuladas por la madre ocho meses antes de resolver sobre la sanción, quejas que de por si se le pueden achacar a cualquier joven en esta época; que no pudo lograr o mantener un trabajo estable cuando sabemos las dificultades existentes para ingresar actualmente al mercado laboral lo que es totalmente ajeno a la voluntad de tantos jóvenes que lo pretenden, sin dejar de atender que le fue sustituida la medida por trabajo comunitario que cumplió prácticamente en su totalidad; que no continuó con la escolaridad cuando no se le había impuesto una regla de tal naturaleza y también la iniciación de un nuevo proceso penal al imputársele un hecho menor contra las personas en el ámbito donde desarrolla su actividad deportiva, aunque el aquo expresó que no lo tendría en cuenta por aplicación del principio de inocencia, pero que en definitiva como lo denuncia el impugnante también pesó a la hora de concluir que “no ha logrado internalizar el respeto por el derecho de terceros”, aclarando que en el caso es el de la propiedad ajena; así la solución no parece la adecuada y luce excesiva y parcializada sin atender no solo la amplia y favorable información recolectada, sino los principios que imperan en la materia y a los que ya me he referido, por ello es que corresponde revocar la sanción impuesta y absolver al joven J. E. B..-

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.- 1) Entiendo que debe tenerse particularmente en cuenta, para resolver los cuestionamientos aquí planteados, lo resuelto por la CSJN en el precedente recaído en M. 1022. XXXIX. “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -causa N° 1174-” (rta. 7/12/05).-

Allí, 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 J. 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” (el destacado me pertenece).-

En una nota al posterior fallo de la CSJN, caso “G. J. I”, CS, sentencia del 15 de junio de 2010, se lee: “... manda la Corte directamente a poner la mira sobre la **adecuación sustantiva de las decisiones**, constitucional y convencionalmente, puesto que lo que se debe procurar es la operatividad de las garantías que deben asegurarse a todos los seres humanos en general con más las específicas para los niños en particular. Y esto significa lisa y llanamente dejar de lado cuestiones formales, pensadas para situaciones que no se adecuan a **la especialidad propia de estos casos**; como así también supone el abandono de la consideración de los niños como ‘menores e incapaces’, considerándolos sujetos de derechos y no objetos de protección. Coadyuva este tipo de interpretaciones al desarraigo -aunque de a poco- de concepciones relacionadas a la cosificación de las personas que no han llegado aún a una determinada edad, definiéndoselos de manera afirmativa. Como consecuencia de este tipo de lógicas y principios, a los que nuestro país, recuérdese, adhirió internacionalmente, se produce un acercamiento al reconocimiento real -por oposición al sólo formal o legal- de todos los derechos humanos de los niños por su calidad de persona, con más los específicos en relación a la franja etaria que transitan. Por otro lado, pero siempre en el mismo considerando y en la misma línea conceptual, el Procurador -y por ende la Corte al adherir- asume el rol que le compete al establecer que para dar cumplimiento al artículo 4 de la CDN **las sentencias**

**judiciales forman parte de las medidas que un Estado debe tomar para dar efectividad a los derechos y garantías de las niñas y niños en un estado constitucional de derecho...** De esta manera, la Corte, por un lado, vuelve a reafirmar el status jurídico de los niños y niñas frente al poder punitivo -ya no como personas menores en derechos en relación a otras mayores en derechos-, como personas con todos los derechos y un plus por su edad, y por otro lado, resalta nuevamente la desigualdad de trato que significaría el procesamiento de casos para adultos y para niños, de no asegurarse las previsiones internacionales...” (cfme. Alejandro J. Osio, en el artículo “La sentencia que declara la responsabilidad penal de un menor y el recurso de casación”, publicado en suplemento “La Ley”, Penal y Procesal Penal, junio de 2011, págs. 22 y ss., el destacado me pertenece).-

2) El art. 4° de la citada ley 22.278 establece que el pronunciamiento judicial sobre la necesidad de aplicarle una pena a un niño de entre 16 y 18 años de quien se alega ha cometido una infracción penal de las comprendidas en el art. 2°, está condicionado a que haya cumplido al menos 18 años, y a que haya sido sometido un cierto tiempo de observación y tratamiento tutelar. La conexión entre el tratamiento y edad alcanzada es evidente, tan pronto se toma en cuenta que la necesidad de pena se enjuicia 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.-

Es evidente que la llegada a la mayoría de edad produce, en 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 alguna duda en su eficacia, puede suceder que se arribe rápidamente a una condena por aquella sola circunstancia etárea, es decir: “cumplió la mayoría de edad” –como si eso bastara.-

Adviértase, en el presente, el siguiente párrafo de los “Considerandos” de la sentencia impugnada -que es materia de agravio en el recurso de la Defensa, por lo demás-: “Así expuestos entonces los informes finales, se puede concluir que el resultado del llamado tratamiento previsto en el art. 4 de la ley 22278 ha sido neutro. Es decir si bien es cierto que el joven no logra internalizar el respeto de los derechos de terceros (uno de los objetivos previsto en el art. 404 del CPP), logra tenuemente al final generar una autocrítica; aunque estimo que el cambio de actitud se debe a las horas de trabajos comunitarios ordenados por el suscripto. No hay una gran evolución en el joven. No tiene hábitos que lo destaquen. Como lo dice la madre, duerme y no hace nada. No ha logrado ingresar al mercado laboral en forma permanente, ni intenta hacerlo. No ha intentado estudiar. Se advierte que el contorno familiar no ha ayudado en lograr que el joven siga estudiando o pueda conseguir un trabajo estable. Por ello digo que el tratamiento ha tenido un resultado neutro. Se advierte alguna evolución, pero no significativa”.-

Sobre la base de los informes glosados a la causa, no

resultan claras ni han sido expuestas, las razones que condujeron al *a quo* a arribar a la conclusión en pro del merecimiento de pena por parte de B., por considerar que el resultado del tratamiento tutelar a su respecto resultó “neutro”, y soslayando su calidad de *ultima ratio* para disponerla.-

En primer término, no resultará ocioso recurrir al Diccionario de la Real Academia Española para desentrañar el significado del término “neutro” que utilizara. Allí se expresa: “Aplicase al compuesto en que no son predominantes las propiedades de ninguno de sus elementos”. Ello, permitiría colegir que el Juez Penal ha interpretado que el tratamiento tuitivo oportunamente impuesto al joven B., no fue ni positivo ni negativo, y esta es la circunstancia que lo llevó a inclinarse por la necesidad de pronunciarse a favor de la aplicación de la medida punitiva, que ahora se objeta.-

Veamos, a modo de repaso, el párrafo referido al informe final vertido por la Lic. C., transcripto en el decisorio en crisis por el sentenciante: “... Le refiere a la psicóloga que ha cambiado sus hábitos y haberse alejado de antiguas amistades, de sentirse más adulto y tener otras expectativas. Que deposita la culpa en el exterior, colocándose como víctima y por momentos logra reconocer comportamientos pasados y así logra reconocer errores y generar autocrítica. Que logra reflexionar sobre su comportamiento, especialmente sobre los hábitos que mantenía y valora de manera superficial la consecuencia de sus actos, solo identificado lo que le afecta a su persona. Le manifiesta a la psicóloga que quiere trabajar y ayudar a sus padres, quiere aprender el oficio de soldador y se deja constancia que

tiene una red de contención familiar que lo aconsejan. Sigue sin estudiar, ni pudo conseguir trabajo, se deja constancia que en realidad sus trabajos son los ordenados de trabajos comunitarios, practica deportes, no estudia, ni está interesado en ello y que su futuro es laboral. Dice la psicóloga que se evidencia un cambio de actitud ya que está más ocupado y que posee expectativas a futuro, que logró asumir responsabilidades y que logra reflexionar sobre su conducta, identificar las consecuencias de la misma y valorar de manera positiva el proceso”.-

Del fragmento citado, no se llega a advertir la existencia de indicadores significativamente negativos, en la personalidad del joven B., o una simetría entre estos y los positivos como para calificar al resultado del tratamiento tutelar como “neutro”. Por el contrario, y tal como lo reivindica el impugnante, lo razonable es realizar una proyección teniendo en cuenta cuál era la situación inicial de B. a través de los primeros informes, y cuál es el resultado final; operación que nos revelará, a todas luces, que no es neutro sino positivo, como surge de los dictámenes pertinentes.-

Por su parte, en cuanto a la labor del informe del Lic. J. B., a la que no se ha hecho ninguna alusión y no ha sido objeto de ponderación, ella aporta datos más relevantes aún. Así, en su informe N° 37/2016, del 2/03/2016, expuso que: “... Considero, que a la fecha ha cumplido con las siguientes reglas de conducta: 1) Presentación ante esta Agencia de Supervisión. 2) Fijación del domicilio materno ubicado en Calle N° 13, Casa N° 1.169 del B° Progreso de esta ciudad. 3) Realización de trabajos (albañilería, peón rural y actualmente municipal). 4) En entrevistas

ha manifestado que se abstuvo de consumos perjudiciales, mantuvo buena conducta y se sujeta a normas establecidas. Sin embargo, al día de la fecha le faltan realizar 18 horas de tarea comunitaria no remunerativas a favor de Obras Públicas del Municipio local ...”; y en el N° 81/16 -complementario del anterior-, consigna que J. E. B. “... ha cumplido con las medidas socioeducativas de presentación mensual, fijación domiciliaria, la realización de changas laborales y declara buena conducta. En audiencia del 03/03/2016, tiene pendiente 8 horas de tarea comunitaria municipal ...”.-

En definitiva, no advierto en el caso que la afirmación del *a quo*, en orden a que el tratamiento ha sido neutro, cuente con suficiente respaldo en los antecedentes glosados en el Incidente de Ejecución; los cuales, antes bien, parecen insinuar un proceso de evolución positiva. Es decir que, a mi juicio y de adverso a su interpretación, los indicadores favorables, en relación a las medidas tuitivas, superan a los negativos, lo que me lleva a discrepar con la adjetivación del resultado “neutro”. A mayor abundamiento, entiendo que tal, extremo no puede considerarse como un elemento que ostente una entidad tal como para fundamentar adecuadamente la imposición de tan gravosa medida -considerada, además, como de último recurso-.-

En este orden de ideas, considero necesario destacar que la Corte, en el citado precedente “Maldonado”, expresó que la pena en materia de menores de edad, se justifica sólo cuando cumple preponderantemente con el fin de resocialización previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en el Pacto Internacional sobre

Derechos Civiles y Políticos. En consecuencia, la sanción penal juvenil debe cumplir predominantemente una finalidad de prevención especial positiva. De modo que si una sanción penal en un caso concreto resulta notoriamente contraria a la integración social de un adolescente, debe ser considerada innecesaria y, en consecuencia, inaplicable (cfme. antecedente citado).-

Esta finalidad de la pena resulta compatible con un Estado social de derecho, como bien ha señalado Claus Roxin: “(L)a teoría preventivo especial sigue el principio de resocialización, que entre sus particulares se encuentra hoy en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien con el cometido del derecho penal (...) en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que con cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social ( ... )” (aut. cit. “Derecho penal. Parte general”, t. 1, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 87, en el artículo “Principales decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en material penal juvenil”, por Mary Beloff, Diego Freedman y Martiniano Terragni, publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, N° 6, Directores: Pedro J. Bertolino, Patricia Ziffer, edit. Abeledo-Perrot, junio 2015, pág. 1142).-

A mayor abundamiento, en el caso “Recurso de hecho deducido por la defensa de A. A. M. en la causa M., A. A. s/homicidio en concurso ideal con lesiones graves y leves dolosas”, causa N° 2570C, la Corte Suprema reiteró lo sostenido en el precedente “Maldonado”, respecto

de que la necesidad de la pena del menor imputable no dependía de la gravedad del hecho ni de la peligrosidad demostrada por el autor. Por lo contrario, refirió que la sanción penal juvenil debe atender en forma preponderante al fin resocializador, definido, en términos de la Convención sobre los Derechos del Niño, como “promover la reintegración social del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad”.-

Afirmó, además, que en dicho caso no se había justificado la necesidad de la aplicación de la sanción penal, en los criterios de los antecedentes del joven, el resultado de su tratamiento tutelar y la impresión directa considerados a partir del principio de prevención especial positiva; por lo que se revocó la condena (ibídem, pág. 1143).-

3) Finalmente, cabe agregar que no se descarta la interpretación que esboza la Defensa, en cuanto a que el Juez Penal haya fallado influido en su ánimo por la causa N° 1621, a la que hiciera referencia el Ministerio Público Fiscal en alegato, en la que B. se encuentra imputado. De ser ello así, y tal como lo advierte la jurisprudencia “...la decisión esconde un reproche por la nueva imputación penal que registra G. A., la que resulta ajena e independiente a esta causa, vulnerándose los principios de inocencia y *ne bis in idem*...” (cfme. CNCasación Penal, sala III, causa N° 9.673, “G. A., M. A. s/recurso de casación”, rta. el 19/02/2009,: citado en la obra “Proceso Penal juvenil, Práctica y Jurisprudencia”, de Martiniano Terragni, edit. Thomson Reuters La Ley, año 2015, págs. 414/415).-

Asimismo, también ha sostenido que: “...las consideraciones -conjeturales- de los jueces en torno a la actitud del

encartado frente al trabajo y al consumo de estupefacientes refieren a aspectos subjetivos que, por expresa disposición del artículo 19 de la Constitución Nacional, integran un ámbito privado en el cual el Estado no puede inmiscuirse (...) De cuanto ha sido expuesto hasta aquí surge entonces que los jueces del caso no justificaron la necesidad de aplicar una pena respecto de V.A. y que, por el contrario, su situación particular ameritaba la aplicación de la solución absolutoria prevista en la ley ...” (CNCasación Penal, sala II, causa N° 16.636, “V. A., F. D. s/recurso de casación”, del 19/11/2013, citada en obra antes mencionada, pág. 417).-

III.- Sentado ello, la necesidad de imposición de pena a J. E. B., fundada -entre otras cosas- en que se lo había declarado oportunamente responsable, en orden al delito de Robo agravado por escalamiento en grado de tentativa (arts. 42, 167, inc. 4°, en relación al 163 inc. 4° del CP), y en el resultado “neutro” del tratamiento tutelar que se dispusiera a su respecto, no se encuentra debidamente motivada ni se ajusta a los parámetros señalados, que son los que deben tenerse en cuenta para decidir sobre el punto.-

Por todo lo expuesto, a la cuestión planteada sumo mi voto por la afirmativa.-

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 B., ni los argumentos del Ministerio Fiscal, 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.-** Esta Cámara Penal tiene postura unánime respecto del tema que nos convoca, expresada en múltiples Fallos (Sentencias nros. 14/2012, 4/2014, 7/2015, 14/2015, entre otras). Desde ya que no es de observancia obligatoria, aunque posee el valor de criterio reiterado y pacífico de Tribunal revisor.-

Como en otras oportunidades, he de reiterar los principales conceptos que la componen.-

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.-

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 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.-

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.-** En la Sentencia por la cual se declaró la responsabilidad penal del joven E. B., se invocó el art. 411 del CPPCh., el que remite a sus pares 404 y 405, y claramente, a todo el complejo normativo detallado supra.-

En la Audiencia celebrada el día 22/6/015, se definieron las modalidades del tratamiento tutelar, duradero por el lapso de seis meses, cuando el mínimo legal es de un año. Se le ordenó a B. que mantenga trabajo y domicilio, no abuse de bebidas alcohólicas o estupefacientes, y se dispuso que un Licenciado en Trabajo Social efectúe informes periódicos, y la Psicóloga el Tribunal, también periódicamente, evalúe su conducta. Si hemos de definirlo, ni un tratamiento tutelar, por exiguo, ni una información sumaria, por prolongada.-

Los informes psicológicos fueron positivos, pues la profesional definió que el joven generó un cambio de actitud, con expectativas a futuro, asunción de responsabilidades y valoración positiva del proceso.-

En cuanto a los informes sociales, su madre efectuó quejas que podrían formularse a todo adolescente, somnolencia, consumo de cerveza y tabaco, por caso. Ciertamente es que B. no completó los trabajos comunitarios, le faltaron ocho horas de un total de cuarenta, ni verificó un nuevo vínculo laboral, en lo que posee relevancia el estado del mercado de trabajo, de variables situadas muy por encima de su voluntad, Se le endilgó que no continuó con la escolaridad, cuando ello no fue una pauta fijada, y se resaltó que le fue imputado otro suceso delictivo en el transcurso del cumplimiento de dichas medidas, aunque el propio Magistrado sostuvo que ello no influyó en la decisión condenatoria en homenaje al estado de inocencia.-

**IV.-** Ante la situación de un joven que quedó vinculado al proceso penal en calidad de menor (hecho ocurrido el día 4/4/014), aunque haya cumplido la mayoría de edad inmediatamente después, en fecha 16/5/014, y como tal, menor, tenía derecho a ser considerado por imperio del principio de la ley penal más benigna; sometido a una serie de medidas que no llegaron a constituir un tratamiento tutelar, cuyo resultado, aún si hubiese sido neutro como pretendió el Juez de grado, debía conjugarse con el imperativo normativo de dejar a la sanción, incluso de cumplimiento condicional (la cual lo condicionaría severamente a futuro), como alternativa

de “última ratio”, que presentaba la realidad de una buena cantidad de adolescentes de esta época, que practicaba deportes, consumía ocasionalmente bebidas alcohólicas y tabaco, tenía dificultades para insertarse al mercado de trabajo, y cierta rebeldía hacia sus padres y el sistema educativo, la solución adecuada no pasaba por la imposición de una pena.-

Es posible efectuar respecto de B. una prognosis de conducta que, al menos, lo sitúa con tantas probabilidades de confrontar nuevamente con la Ley penal como con chances de no hacerlo, y dicho panorama conjugado con los principios rectores en la materia, ya aludidos, impone revocar la sanción impuesta y absolverlo. Así voto.-

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

En orden al resultado al que se ha arribado en la primera cuestión, propongo al Acuerdo que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado J. E. B., contra la sentencia n° 297/16, de fecha 18 de abril del corriente año; revocar el citado pronunciamiento y en consecuencia absolver a J. E. B. debidamente individualizado en la presente, en orden al delito de Robo agravado por escalamiento en grado de tentativa (art. 167, inc. 4 en relación al art. 163 inc, 4 y 42 del CP), por el hecho ocurrido en la ciudad de Sarmiento el día 4 de abril de 2014, en perjuicio de J. G..-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de 25 JUS (Ley XIII, N° 15, modificatoria de la Ley XIII N° 4 (antes Ley 2.200)).-

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

Atento al resultado al que se ha llegado en la primera cuestión, adhiero a lo propuesto por el colega que vota en primer término, es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado J. E. B., contra la sentencia n° 297/16, de fecha 18 de abril del corriente año; revocar el citado pronunciamiento y en consecuencia absolver a J. E. B. debidamente individualizado en la presente, en orden al delito de Robo agravado por escalamiento en grado de tentativa (art. 167, inc. 4 en relación al art. 163 inc, 4 y 42 del CP), por el hecho ocurrido en la ciudad de Sarmiento el día 4 de abril de 2014, en perjuicio de J. G..-

De la misma forma adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

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

De acuerdo al resultado al que se ha arribado en la cuestión precedente, coincido con la opinión de los colegas que votan ut supra y que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado J. E. B., contra la sentencia n° 297/16, de fecha 18 de abril del corriente año; revocar el citado pronunciamiento y en consecuencia absolver a J. E. B. debidamente individualizado en la presente, en orden al delito de Robo agravado por escalamiento en grado de tentativa (art. 167, inc. 4 en relación al art. 163 inc, 4 y 42 del CP), por el hecho ocurrido en la ciudad de Sarmiento el día 4 de abril de 2014, en perjuicio de J. G..-

Igualmente coincido con la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

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 J. E. B., contra la sentencia n° 297/16, de fecha 18 de abril del corriente año (arts. 374, 376 inc. 5to. del CPP y 18 CN).-----

**2º) REVOCAR** el citado pronunciamiento y en consecuencia **ABSOLVER** a J. E. B. debidamente individualizado en la presente, en orden al delito de Robo agravado por escalamiento en grado de tentativa (art. 167, inc. 4 en relación al art. 163 inc, 4 y 42 del CP), por el hecho ocurrido en la ciudad de Sarmiento el día 4 de abril de 2014, en perjuicio de J. G..-----

-----  
**3º) REGULAR** los honorarios profesionales de la Defensa Pública en la suma de 25 JUS (Ley XIII, N° 15, modificatoria de la Ley XIII N° 4 (antes Ley 2.200).-----

**4º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.**-----

La presente sentencia es firmada por dos de los Sres. Magistrados por encontrarse convocado por el Concejo de la Magistratura el Dr. Martín Roberto Montenovo.-

Sentencia n° 14/16

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