

CAUSA: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/ M., M. (NIC N° 3105- NUF. N° 29023).

En la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los siete días del mes de diciembre de dos mil dieciséis, se constituye en la Sala de Audiencias de la Exorna. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, el Tribunal integrado por la Sra. Juez de Cámara, **Dra. Carina Paola Estefanía**, en su carácter de Presidente, el **Dr. Guillermo Muller** y la **Dra. Nelly García** a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco de las Causa caratulada: "PROVINCIA DEL CHUBUT c/M. M. - {NIC N°3105 NUF. N°29023), en la que tuvieron debida participación la **Fiscal General, Dra. Fernanda Révori**, en representación del Ministerio Público Fiscal, y el defensor **Dr. B. D..**

----- **y CONSIDERANDO** -----

Que se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del C.P.P. presidida por la Dra. Carina Estefanía, en la que el Dr. B. D., ratificó los fundamentos de la impugnación ordinaria sostenidos en su expresión de agravios, contra la sentencia condenatoria que le impuso a M. M. la pena de cuatro años y seis meses de prisión por ser autor penalmente responsable de los delitos de: robo simple cometido el 30 de noviembre de 2013 en perjuicio de A. E. B., robo simple, cometido el 24 de enero de 2014, en perjuicio de L. F. C. y D. S. S., homicidio en grado de tentativa, en perjuicio de I. V., abuso de armas en perjuicio de M. Y., C. M. F. y J. N. O., portación ilegítima de arma de guerra, en perjuicio de la administración pública, cometidos el 2 de mayo de 2014 y homicidio simple, cometido el 25 de mayo de 2014 en perjuicio de H. D. L..

La Defensa refirió que el antecedente es el juicio abreviado celebrado el 3 de octubre de 2014 en el marco de la audiencia preliminar. M. M. reconoció los hechos imputados la acusación y en ese momento se le impuso medidas tutelares por el plazo de un año, las que consistieron en a) fijar residencia en calle I. N° XXXX, V. N. de la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, debiendo solicitar previamente cualquier cambio de domicilio, b) asistir a un tratamiento psicológico, c) continuar sus estudios escolares, d) seguimiento a cargo del Juzgado de Garantía Juvenil de dicha ciudad.

e) prohibición de acercamiento a la ciudad de Esquel.

Dijo que cumplido el plazo el 28 de octubre de 2015 se llevó a cabo la audiencia para establecer si habla cumplido las medidas y la necesidad de imponerle pena conforme los términos del art. 4 de la Ley 22.278 y su modificatoria 22.803.

Luego de desarrollada la audiencia el joven fue condenado por el Sr. Juez Penal Dr. J. Oscar Colabelli a la pena de seis años de prisión, sentencia que fue impugnada y luego anulada en fecha 23 de marzo de 2016 por la Cámara Penal, que dispuso el reenvió para la nueva celebración de la audiencia de cesura.

El reenvío fue impugnado y se hicieron las reservas correspondientes.

En la nueva audiencia del día 5 de octubre de 2016, a fin de establecer si el menor había cumplido las medidas socioeducativas y la necesidad o no de la imposición de una pena, se lograron reproducir algunos testimonios y se introdujo un informe social elaborado por el Servicio Social de la Defensa Pública.

El MPF sostuvo que las medidas que le fueron impuestas al menor no hablan dado el resultado esperado considerando fracasado el tratamiento: que no habla cumplido con su escolaridad ni con la terapia psicológica en la medida pretendida. Se apoya en el informe agregado al incidente aportado por el Señor A. G. del Centro de referencia de Bahía Blanca.

La defensa resistió la postura del MPF argumentado que el tratamiento habla sido positivo, toda vez que cumplió con las reglas impuestas en lo psicológico y en lo educativo, no regresó a Esquel y mantuvo su domicilio.

Se agravia de la sentencia condenatoria, en el entendimiento que el Juez se concentró en el modo de cumplimiento de las medidas, que consideró desidioso, discontinuo y desinteresado, desentendiéndose de conectar estas condiciones con el resultado palpable y actual de la persona del joven.

Valoró en su contra los dichos del menor, en cuanto en la audiencia, sostuvo que había sido L. el que más veces habla disparado, refiriéndose al hecho que motiva la condena, por considerar que era un síntoma de que el tratamiento no ha tenido el éxito deseado. En ese sentido el magistrado dijo que la nueva versión de M. sobre los hechos, exculpatoria, dan cuenta que no ha internalizado su responsabilidad.

Citó jurisprudencia respecto del derecho a declarar del imputado en cualquier momento del juicio.

Concluye que el Juez fue arbitrario al valorar los elementos aportados por la Defensa, dando paso a las subjetivas afirmaciones del MPF, sin respaldo científico ni estudios sobre perfiles psicológicos que indiquen la existencia de peligrosidad.

Considera que estamos frente a un fallo con un fuerte contenido retributivo punitivo.

Cita jurisprudencia sobre la necesidad de ponderar de manera especial todos los elementos del juicio a la hora de decidir la aplicación de una pena a una persona que cometió un hecho delictivo en su minoría de edad.

Concluye que el fallo adolece de una motivación suficiente, es arbitrario, pues no se relaciona con las vicisitudes del caso.

Solicita su revocación, hace reserva del recurso extraordinario.

A su turno, la Sra. Fiscal General, Dra. Fernanda Révori, al responder dijo que el recurso debe ser rechazado y ratificó el escrito que fuera interpuesto por el Dr. M. C.

Dijo que contrariamente a lo que sostiene la Defensa, la sentencia atacada fue el resultado de un proceso donde se cumplieron todas garantías procesales y especialmente la normativa del proceso penal para menores punibles.

No advirtió los vicios que alega en la justificación del Juez Rolón.

En este sentido afirmó que el magistrado entendió junto al MPF que el fin resocializador propuesto en las medidas tutelares no se habla cumplido, y en este punto habla fracasado por responsabilidad del propio beneficiario.

Agregó que los elementos probatorios que tuvo el Juez a su alcance, tales como el incidente de medidas tutelares, el informe pericial bioquímico, el informe a tenor del art. 206 del CPP, los antecedentes de reincidencia, sumado a las declaraciones del propio imputado, sus familiares y el informe del Lic.. P. Jefe del Servicio Social de la defensa, son más que suficientes para resolver la cuestión de la necesidad o no de una pena.

Agrega que el magistrado no apoyó su decisión en la gravedad de los hechos, sino que los remarcó en atención a la evaluación global que realizó de su evolución.

Sostuvo que mejoró en ciertas facetas como la comunicación y laboral. Sin embargo, fracasó en los aspectos centrales es del tratamiento tutelar, cuales fueron el tratamiento psicológico y el aspecto educativo.

En cuanto a la valoración que hizo el Juez de los dichos de M. en la audiencia, fue una circunstancia que le llamó la atención al magistrado y esto le dio la pauta junto a otros informes que no alcanzó la resocialización buscada, conforme los objetivos del art. 404 del CPP.

Refiere que no puede ahora la defensa, poner en crisis el juicio abreviado que realizara su pupilo con asistencia letrada, ni tampoco cuestionar tal procedimiento, ni la intervención del Juez, que a su criterio no es especialista en materia penal juvenil.

En cuanto a los aspectos positivos, el no haber cometido nuevo delito, considera el MPF que en nada lo libera de la responsabilidad de cumplir con todas las medidas tutelares impuestas.

Concluye que la sentencia está motivada y no es arbitraria. Solicitó se confirme en todos sus términos.

La Sra. Leiva se dirigió al Tribunal, solicitó se haga justicia y que se mantenga la pena impuesta.

Y CONSIDERANDO:

Corresponde entonces dar respuesta a las cuestiones que fueron objeto del recurso, como lo ordena el art. 331 del C.P.P.- A esos fines .el Tribunal fijó las siguientes cuestiones a resolver: Ira.)¿Debe admitirse o rechazarse la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa del Sr. M. M. contra la sentencia de imposición de pena? 2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden para la votación: **Estefanía- García -Muller.**

La Dra. Estefanía dijo:

Comenzaré el tratamiento de la primera cuestión, dejando sentado que el punto a decidir es si es correcta la decisión del Dr. Rolón, de imponer la pena de cuatro años y seis meses de prisión, es decir seis meses por encima del mínimo de la escala penal prevista, conforme lo dispuesto en el art. art. 4 de la ley Nro. 22.278 mod. por la ley Nro. 22803, para lo cual, además de tener en cuenta las características especiales del condenado, en virtud de su minoría de edad al momento de cometer los hechos y su extrema vulnerabilidad social, debe realizarse

siguiendo los principios que contienen los tratados internacionales que rigen en la materia: Convención de Derechos del Niño, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de la libertad (Reglas de Riadh) aplicables al caso, sin perder de vista que al cumplir dieciocho años han alcanzado la mayoría de edad.

Tampoco puede soslayarse que el menor fue declarado responsable por los siguientes hechos:

1) Ocurrido en Esquel el 30 de noviembre de 2013, alrededor de las 15 horas, sobre pasaje Catamarca, a la altura catastral 80 de la ciudad de Esquel, en circunstancias en que M. M., acompañado de otro sujeto, previo dañar el vidrio delantero de la puerta del lado del acompañante del vehículo Chevrolet S 10, dominio EXO 447, propiedad de A. B., procedieron dolosamente a apoderarse ilegítimamente del interior del automotor, un bolso de color hueso conteniendo en su interior las llaves de su domicilio y de su estudio, como otros elementos de menor importancia. (Robo, Art. 164 del Código Penal).

2) Ocurrido el 24 de enero de 2014, alrededor de las 17 horas, en el local comercial "El Progreso", sito en la intersección de las calles R. n. y l. P. de Barrio C. de esta ciudad en circunstancias en que M. M., de 16 años, ingresó al local, saltó el mostrador para quedar junto a la empleada, la empujó hasta que cayó al piso, le dijo que si no se callaba la iba a matar, mientras realizaba el ademán de llevarse la mano a la cintura en busca de un arma de fuego y luego arrancó una computadora portátil que estaba conectada, dejando los cables sueltos en el lugar. (Robo, art. 45, 164, del Código Penal)

3) Ocurrido el 2 de mayo de 2014 a las 23 horas, en inmediaciones del Jardín del Centro comunitario del barrio Ceferino, sobre Pasaje Catamarca, en circunstancias de una discusión y posterior persecución, entre el Sr. M. M., mientras blandeo un arma de fuego que portaba ilegalmente, pistola Colt, calibre 45, efectuó varios disparos contra cuatro personas que intentaban escapar de este sin lograr lesionarlas. Luego alcanzó a V., acertó la distancia, y con intención de darle muerte le efectuó seis disparos contra su humanidad, lo que le provocó seis heridas, una que impactó en la comuna y le provocó la parálisis de gran parte de su cuerpo, impidiéndole caminar. (Homicidio en grado de tentativa en concurso real con abuso de

armas, en concurso real con portación ilegítima de arma de fuego, Arts. 42,45, 79,45, 104, 45, 189 bis, punto 2, 2o párrafo del Código Penal)

4) Ocurrido en Esquel el 25 de mayo de 2014, sobre pasaje N. del Barrio C., frente a la vivienda de C. L., en circunstancias en que M. M., por motivos que no fueron por el momento establecidos, quien portaba ilegalmente un arma de fuego, pistola C. calibre 45, efectuó con intenciones de darle muerte un disparo en la cabeza a H. D. L., causándole la muerte. {Homicidio, 45 y 79 del Código Penal)

Las medidas socioeducativas que contenía el tratamiento, eran las siguientes: 1) Fijar domicilio en la CALLE I. Nro. 2176, V. N., de la Ciudad de Bahía Blanca, provincia de Bs. As., debiendo solicitar previamente cualquier cambio del mismo; 2) Asistencia a un tratamiento psicológico; 3) Continuación de los estudios escolares; 4) Seguimiento a cargo del Juzgado de Garantía Juvenil de esa ciudad y 5) Prohibición de acercamiento a la ciudad de Esquel.

Se advierte de la sentencia condenatoria que el magistrado, tuvo en cuenta las constancias del incidente de las medidas tutelares, toda vez que, conforme la distribución de competencias del nuevo Código de Procedimiento Penal, el control del tratamiento tutelar, está a cargo del Juez de Ejecución y no del Tribunal que lo dispuso.

En ese contexto, este Tribunal, ha verificado, las constancias que tienen que ver con el tratamiento, a fin de dar respuesta a la queja del Defensor que ha entendido que el Dr. Rolón no tuvo en cuenta los resultados positivos que si se observan en la conducta actual del menor y que además valoró en contra los dichos del menor en la audiencia de cesura de pena.

En esa faena, tal como lo sostiene el magistrado en su sentencia el imputado cumplió con su obligación de fijar residencia en la casa de su padre en la ciudad de Bahía Blanca, no regresó a Esquel, se presentó en el centro de referencia de la ciudad de Bahía Blanca, organismo al que se le habla delegado el control de las medidas impuestas.

Sin embargo, las constancias del incidente dan cuenta que el menor no dio acabado cumplimiento con el tratamiento psicológico impuesto ni con la obligación de estudiar.

Después de siete meses de ordenadas las medidas por primera vez concurrió a la primera entrevista con el psicólogo y presentó su certificado de alumno regular. A

partir, de allí, su cumplimiento fue parcial, tanto a las entrevistas psicológicas como su asistencia a colegio.

Las medidas impuestas, fueron en respuesta a las infracciones a la ley aquí juzgadas.

Frente a su incumplimiento, comparto la reflexión del magistrado: "Si permitiéramos que M. decida cumplir con escasa contracción las obligaciones legales impuestas, con desidia, discontinuidad, falta de interés o en forma fluctuante -como sostuvo el Lic. P., errático como lo dijo la Fiscal General, perderíamos la oportunidad de hacerle comprender que el mismo tome conciencia de los actos por el realizados y que logre comprender que ha lesionado gravemente los derechos de sus semejantes y de la sociedad toda".

Efectivamente cumplió con parte de las medidas, aquellas de las que obtenía algún rédito concreto y tangible en lo inmediato. No así, respecto de aquella que habían sido fijadas para lograr los objetivos contemplados en el art. 404 del CPP, en las que se "exigía un esfuerzo, constancia, perseverancia, dedicación, como la escolaridad y tratamiento psicológico" (sic Dr. Rolón)

En cuanto a la valoración de sus dichos, exculpatorios o con la pretensión de justificarse, efectuados en la audiencia, no le asiste razón a la defensa en su queja, pues el Juez no valoró el momento en que los hizo, sino que consideró que ellos eran demostrativos de su falta de concientización de los hechos cometidos, lo cual es correcto.

Evidentemente, estamos ante un supuesto en el que el menor no han cumplido con el tratamiento tutelar y que esta es la razón por la cual el MPF han solicitado la aplicación de la pena y el Juez ha considerado que el caso se inscribe en la excepcionalidad, toda vez que la pena de prisión en menores, es la última ratio y por ello consideró que debían ser condenados con pena de prisión efectiva.

En primer lugar, he de señalar que la "necesidad de la pena" a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a "gravedad del hecho" o a "peligrosidad". Antes bien, 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 éste asuma una función constructiva en la sociedad" (art. 40, -inc. Iº) El mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3º, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento.

La ley 22.278, que es la norma fundamental nacional en la materia, prevé un sistema en el que el Juez luego de haber comprobado la responsabilidad penal del menor respecto en el hecho investigado, está facultado para absolverlo, para aplicarle una pena disminuida, en la escala de la tentativa (art. 4) 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.

De modo que el análisis debe partir de "su minoridad al momento del hecho", pues su consideración resulta constitucionalmente obligatoria tanto por aplicación del art. 40, inc. Iº, de la Convención del Niño, como así también por imperio del principio de culpabilidad, en casos como el presente o en cualquier otro.

Además, tal cual lo ha señalado el Dr. Fayt en el considerando 13) debe recordarse, que dentro de "los privación de la libertad sólo podrá ser impuesta como medida alternativa de último recurso y durante el periodo más breve que proceda. Aquel principio entendido como una herramienta para restringir las sanciones punitivas y conforme el cual el merecimiento de pena corresponderá fundamentalmente, a la gravedad, del delito, no es otro que el riguroso limite que nuestro derecho público interno prevé, en relación con el de la culpabilidad por el hecho frente a pretendidas necesidades de prevención" (Fallos 328:4343)

Por lo demás, la "edad" es un factor determinante también de acuerdo con el art. 41 del Código Penal y tampoco puede omitirse, que la medida de la reprochabilidad de M. es menor,

por sus escasas posibilidades de autodeterminación, las cuales, por cierto, no pueden ser consideradas evidentes ni derivadas automáticamente de la gravedad objetiva del hecho cometido.

Es cierto que el Acuerdo alcanzado por las partes, incluyó un régimen en libertad y no de internación, en un intento efectivo de reintegrar a los menores a la sociedad libre, objetivo que en general es más difícil obtenerlo intramuros.

No puede soslayarse que ante dicho régimen, existen posibilidades de que el menor pueda cometer un nuevo delito, con el consecuente fracaso del tratamiento resocializador, más ello aparece como un riesgo, habida cuenta de que el objetivo perseguido no es sencillo de lograr.

En definitiva, si bien es cierto que no puede atribuirse el fracaso del tratamiento en exclusividad al destinatario de la medida, no puede negarse que el imputado no se esforzó por cumplir la medida dispuesta.

De modo, que todo lo expuesto, ha de ser utilizado como fundamento, para confirmar la sentencia del Dr. Ricardo Rolón que se adecúa al art. 4º de la ley 22.278 que prevé, en principio, como retribución bastante de la culpabilidad del autor menor de edad una pena que se ubique entre los cuatro y los treinta y tres años y cuatro meses años (art. 44, tercer párrafo del Código Penal).

Concluyendo, considero que ha sido correcta la decisión de aplicar la pena levemente sobre el mínimo, de cuatro años y seis meses de prisión efectiva a M. M., en virtud de la cantidad de víctimas y su consecuente extensión del daño, con la especial advertencia, que durante su encarcelamiento el detenido deberá continuar con el tratamiento psicológico semanal y se le deberán facilitar los medios para que culmine los estudios y se le provea de alguna capacitación laboral que le sea útil al momento de obtener la libertad, para encontrar un trabajo que le permita obtener su sustento.

Con relación a los honorarios del Dr. B. D., en su carácter de Defensor Público, atento la labor desarrollada y resultado obtenido, considero razonable y ajustado a derecho fijarlos en la suma de VEINTE IUS. (arts. 2, 6 y 7 Ley XIII N° T5) Así voto.

La Dra. García dijo:

La Defensa se agravia por considerar que el fallo del Juez Ricardo Rolón es arbitrario, ya que no valoró que el joven M. cumplió las medidas tutelares impuestas en la medida de sus posibilidades, exigiéndole un cumplimiento ideal y valoró negativamente lo manifestado por el imputado en la audiencia.

Considero que la gravedad de los hechos por los que fue condenado no se puede negar, todos ocurridos entre el 30 de noviembre de 2013 y el 25 de mayo de 2014, cuando M. tenía 16 años, una tentativa de homicidio que dejó parapléjico a I. V. y el homicidio de H. D. L., con una pistola Colt calibre 45, entre otros delitos como abuso de armas y robos.

Que se le reprochen delitos graves es un requisito objetivo para privar de la libertad a un menor, si son delitos leves se debe buscar otras soluciones alternativas a la prisión.

La responsabilidad fue reconocida en un juicio abreviado y se le impusieron medidas socioeducativas, asistir a un tratamiento psicológico, continuar sus estudios escolares con prohibición de acercarse a la ciudad de Esquel y mantener el domicilio fijado en Bahía Blanca.

En la audiencia de debate sobre la imposición de pena, M. M. 'dio otra versión de los hechos negando la autoría de la tentativa de homicidio que dejó parapléjico a I. V. y que el homicidio de H. L. fue un homicidio culposo, ya que se le escapó el tiro.

La sentencia condenatoria en juicio abreviado está firme, fue una decisión tomada con asesoramiento letrado y no advierto que haya sido coaccionado o engañado, para reconocer los hechos, que se corresponden con otras evidencias aportadas a la causa y los testimonios de las víctimas del abuso de armas M. Y., C. M. F. y J. N. O., que desde un primer momento indicaron a M. M. como el que le tiró a I. V. y con la pistola en mano los corrió a ellos.

En cuanto a las medidas ordenadas dijo que cumplió los 18 años el 20 de julio de 2015 y aceptó la medida de alejarse de Esquel para no tener problemas por la revancha que le iban a buscar las víctimas. Que tuvo que trabajar para poder mantenerse y ayudar a su hija, que trabajó con su hermano Gumersindo M., después en una fábrica de piletas y ahora está difícil conseguir trabajo en Bahía Blanca.

Explicó que comenzó en marzo la escuela, pero que siempre tuvo dificultades, tuvo muchas faltas por el trabajo y ahora sigue estudiando igual por una inquietud suya.

Dijo que se presentaba una o dos veces al mes a firmar al Centro de Referencia donde se contactaba con el Director A. Grossi y que desde marzo de 2015 se atendió con el psicólogo Lic. J. S. del Hospital Municipal de Bahía Blanca, que ha concurrido unas treinta o cuarenta veces y que el psicólogo le

decía que no necesitaba tratamiento, hablaban de las cosas que le pasaban, de la escuela y de las adicciones.

Refirió que ahora sólo consume marihuana,- dejó el alcohol.

El Lic.. A. P. se entrevistó con hermanos de M. que dicen que ahora ven que ha cambiado mucho y para bien, que está más cariñoso, que su madre ha viajado para acompañarlo. También se entrevistó con el padre, quien reconoció que M. se creó muy solo, no vivía con ellos, vivía en la calle, se encerraba en sí mismo, no hablaba con sus padres, era agresivo y tenía malas juntas. Refirió que ellos en la familia sufrieron hechos violentos, la muerte de su hijo G. a los 15 años, la de la pareja de su hermana y el mismo M. fue agredido por un grupo de jóvenes cuando tenía 13 años, que pusieron en peligro su vida.

Considera que el joven ha iniciado un proceso personal de reflexión a raíz del desarraigo sufrido, valorando su familia de origen y el entorno geográfico donde vivió, que lo pone de manifiesto cuando dice que se ha rescatado de todo. Este proceso se complementa con el ejercicio progresivo de la responsabilidad, los parientes lo manifiestan cuando dicen que se está haciendo cargo de su vida, trabaja, asistió al centro de control estatal, continúa con la escolarización y la asistencia psicológica no es una alternativa que se presente comúnmente en su imaginario.

También quedó probado con los informes que trajo la Fiscalía, que las medidas ordenadas no fueron cumplidas en la medida esperada: el informe de la dirección del CENS N° 454, da cuenta que al 16 de octubre de 2015 registró 67 inasistencias sobre un total de 132 días de clase.

El 11 de agosto de 2015 el Lic.. J. S. informa que concurrió solamente dos veces a entrevistarse con él.

El 7 de septiembre de 2015 le sustrajo dinero a una señora que trabajaba en el Centro y cuando lo demoró la policía, devolvió lo sustraído y pidió disculpas.

El magistrado a partir de los informes y testimoniales, valoró que si permitiéramos que M. decida cumplir con escasa contracción las obligaciones legalmente impuestas, con desidia, discontinuidad, falta de interés o en forma fluctuante como sostuvo el Lic.. P., errático como dijo la fiscal, perderíamos la oportunidad de hacerle comprender la "justicia" como un valor concreto en su existencia y tome conciencia de los actos por él realizados.

Concluye que cumplió las medidas cuando no tenía otra Opción, se radicó en Bahia y no vino a Esquel, concurría al

centro cuando tenía posibilidades de conseguir pasajes para moverse en la ciudad o posibilidad de acceder a algún trabajo. Y las que le requerían esfuerzo y constancia como la escolaridad y tratamiento psicológico, las cumplió a su manera.

Hay consenso, todos compartimos que M. M. hasta la fecha no ha cometido nuevos delitos, no tiene causas en trámite ni condenas. Que se radicó en Bahía Blanca y no vino a Esquel, como él mismo lo reconoce por el alto grado de conflictividad entre agresor y víctima, que se extiende a sus grupos familiares.

Advierto que subsiste el problema legal, Argentina no ha actualizado sus normas penales a los requerimientos de la Convención de Derechos del Niño, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) y Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de la libertad (Reglas de Riach). Las provincias en algunos casos han legislado sobre la materia y Chubut incorporó al Código de Procedimientos en el Libro Quinto, las reglas especiales para niños y adolescentes (arts. 402 a 413 del C.P.P.)

Así, establece en el art. 411 del C.P.P. las medidas socio-educativas que son pena, reparación o castigo, con un amplio abanico de posibilidades, todas razonables y ajustables a cada caso concreto, para reemplazar a las penas de prisión del código penal.

Las medidas ordenadas no están expresamente previstas en dicho artículo, -pero fueron propuestas y consensuadas por el representante de la Asesoría de Menores Dr. Miguel Contreras, el Defensor Público Dr. B. D. y la Fiscal Fernanda Révori, del menor y de su padre y con el compromiso de cumplirlas, por lo que no corresponde que se cuestionen en esta instancia.

También está probado que el cumplimiento de las otras medidas, concurrir a la escuela y al psicólogo, fue parcial, como lo calificó el Juez, con desidia, discontinuidad, falta de interés o en forma fluctuante.

La educación es muy importante en el desarrollo de una persona, no solamente instruye en conocimientos científicos y técnicos abarcados por los programas de las materias, sino que comunica y transmite valores que el grupo social identifica como socialmente importantes y es el único factor de cambio social efectivo, para que el pobre deje de ser pobre y acceda a una vida digna.

Que los jóvenes permanezcan en el sistema educativo es el objetivo de la Ley Nacional de Educación N° 26.075, que garantiza un mínimo de diez años de escolaridad obligatoria para todos los niños, niñas y jóvenes. También la inclusión y permanencia escolar en niños, niñas y jóvenes que viven en hogares por debajo de la línea de pobreza mediante sistemas de compensación que permitan favorecer la igualdad de oportunidades en el sistema educativo nacional. Y avanza en la universalización del nivel medio/polimodal logrando que los jóvenes no escolarizados, que por su edad deberían estar incorporados a este nivel, ingresen o se reincorporen y completen sus estudios.

Por otro lado, se intenta que el tratamiento psicológico se ajuste a las necesidades de cada individuo y le sea útil para ayudar, socorrer o servir al otro en necesidad, para entender lo que le ha pasado en su corta vida y con qué herramientas emocionales cuenta para enfrentar adversidades, solucionar conflictos y asumir el control de su vida.

Lo que refieren sus familiares, que lo notan cambiado para bien, no se corresponde con lo expresado en la audiencia, no vuelve a Esquel para no tener problemas, relativiza lo pasado y va a estudiar pero no sabemos su grado de compromiso. No veo el esfuerzo realizado por el joven que demuestre que es capaz de responder en lo sucesivo por sus actos.

Realmente no tengo elementos para afirmar que la prevención especial ha dado resultados positivos, nadie puede hacer futurología, puede que se haya intentado todo y pase, que se vea involucrado en hechos violentos. Pero acá ni siquiera se intentó. En otros años, la solución era prolongar el tratamiento hasta lograr sus fines pero actualmente con la mayoría de edad a los 18 años esa opción no existe.

Comparto con mis colegas, que la decisión del Juez Ricardo Rolón no es arbitraria y está motivada en los hechos y posiciones de las partes, el joven M. M., no ha internalizado las consecuencias de las por las que fue hallado penalmente responsable, por lo que se justifica la imposición de una pena privativa de la libertad, conforme lo dispone el art. 4 de la ley 22.278, que todavía está vigente. Sin embargo, disiento con mis colegas, no comparto el monto de la pena impuesta, cuatro años y seis meses de prisión.

Tengo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en la causa nro. 1174C del 7/12/05 caratulada: "Maldonado D.E. y otro s/robo agravado por uso de arma en

concurso real con homicidio calificado", en el que determina específicamente que: "..Los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, no debe perderse de vista que de dicho principio no se deriva que los menores, frente a una infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que a los adultos..". Se afirma también que: "...No obstante, corresponde a un incuestionable dato óptico que éstos no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar, en que se corrigen acciones de los niños que en los adultos serían francamente patológicas...". Asimismo dicen que: "...Esta incuestionable inmadurez emocional impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal dé la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional...". Por último se concluye que: "... En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto...".

De ello, se desprende que existe una "culpabilidad naturalmente atenuada" en el adolescente que delinque, a la que se agrega la extrema vulnerabilidad por tener padres ausentes en su crianza, falta de límites, de acompañamiento, de control, con graves problemas por su historia de vida y abandonado a la buena de Dios, lo que trasunta en un menor reproche que incide directamente en la graduación de la pena. Resulta aplicable la Regla de Beijing 17.1: la decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: a) la respuesta que se al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino También a las circunstancias y necesidades del menor, así Como a las necesidades de la sociedad, b) las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible; c) sólo se impondrá la privación de la libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra una persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta adecuada. d) En el examen de los casos se Considerará primordial el bienestar del menor.

Resulta interesante el comentario, el inciso b de la regla 17.1 significa que los enfoques estrictamente punitivos no son adecuados. Si bien en los casos de adultos, y posiblemente también en los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía cierta justificación la idea de justo merecido y de sanciones retributivas, en los casos de menores siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven. (Derecho de niñas, niños, adolescentes y mujeres. Compendio legislativo internacional y nacional para la protección de sus derechos, publicado por UNICEF pág 262}.

En consecuencia considero que debe aplicársele el mínimo legal que conforme el art. 4 de la Ley 22.278, es de cuatro años. Además deberá descontársele todo el tiempo que estuvo privado de libertad con 'medidas de coerción en todas las causas por las que fue juzgado.

Además, para asegurar que la pena tiene un claro sentido de rehabilitación, solicito que se tenga en cuenta especialmente el lugar donde cumplirá la pena, es necesario que el juez de ejecución tenga un efectivo control de la ejecución, y que se cumpla estrictamente con las reglas de la cuarta y quinta parte de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores. Especialmente que se garantice la educación secundaria, Dentro o fuera del establecimiento, que se busquen las alternativas posibles para que se efectivice el tratamiento psicológico, con un diagnóstico previo y objetivos concretos a alcanzar, que permitan evaluar avances y resultados. Que se le brinde la posibilidad de capacitarse laboralmente, dentro de las muchas posibilidades que brinda la construcción. Así lo voto.

En cuanto a los honorarios del Defensor público Dr. B. D., comparto lo decidido por la primer votante, deben ser fijados en el 25% de lo regulado en primera instancia. Así lo voto.

El Dr. MÜLLER dijo:

I.- Me remito íntegramente a la reseña que ha expuesto mi colega que lidera el acuerdo, toda vez que contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación que deben ser materia de tratamiento en este decisorio, y con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.-

1.- Para el análisis del caso he de partir de la Jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia, desde el fallo "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ Robo agravado...", causa M. 1.022.XXXIX, sentencia del 7/12/2005, 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.)".

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

Además, se ocupó la Corte de aclarar que de la "premisa elemental" de que los menores cuentan con los mismos derechos constitucionales que los adultos, "no se deriva que los menores, frente a la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos". Es decir que: "...les 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".

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 "...efe la conjunción de la ley 22.278 y la Convención del Niño se desprende con claridad que el derecho penal de menores está muy fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad.

De allí que, al momento de determinar la pena, el tribunal no pueda omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena, desde la perspectiva indicada, respecto de ese autor en concreto" -el destacado me pertenece en todos los casos-

Tal como puede advertirse, en base a la jurisprudencia citada, uno de los ejes más relevantes de la misma está dado por el denominado "principio de especialidad", del sistema de justicia juvenil; al igual que también se desprende del criterio seguido por la Corte IDH, resultando entonces "una expresión de la protección especial acordada a la infancia por la comunidad internacional" -en nuestra Provincia, téngase presente lo dispuesto en los arts. 171 de la Constitución, 72, últ. párr., del CPP, y ccs.-.

Puede afirmarse entonces que la determinación de la pena para personas menores de edad es un acto sumamente complejo, puesto que más allá los requisitos generales del Código Penal, la ley 22278 establece tres momentos de ponderación diferentes. En el primero se deben verificar los requisitos formales, en el segundo se debe realizar una ponderación acerca de la necesidad o no de la pena y en el último se debe establecer el monto de la pena a aplicar con la reducción que importa la escala de la tentativa y en ese orden examinaré la sentencia.

2.- En relación al primero, en función del art. 4 de la Ley 22278, se extrae de lo actuado y de la sentencia que se encuentran cumplidas todas las condiciones para resolver la cuestión, pues ha sido declarada la responsabilidad penal del

menor por los delitos atribuidos, ha cumplido el 20 de junio de 2015 los 18 años de edad y fue sometido a tratamiento tutelar por más de un año, y ello no ha merecido observación alguna.

En cuanto al segundo momento corresponde verificar si el sentenciante demostró que la pena es necesaria. Para ello debo revisar si llegó a tal conclusión mediante la correcta valoración de los criterios orientadores a los que me he referido al iniciar mi sufragio y en función del agravio de la Defensa, en cuanto el Magistrado fue arbitrario al valorar los elementos aportados por la parte, dando paso a subjetivas afirmaciones sin respaldo científico ni estudios sobre perfiles psicológicos que indiquen la existencia de peligrosidad, para sostener que de tal manera carece el pronunciamiento de motivación suficiente.

La necesidad de pena debe analizarse observando cuatro criterios básicos, las modalidades de los hechos, los antecedentes del imputado, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el Juez.-

Al valorar el primer extremo el aquo apoyó su razonamiento en circunstancias fácticas que lo llevaron a la afirmación de que se trató de hechos altamente violentos, poniendo en peligro la vida de una persona, quitándosela a otra en los cuales utilizó un arma de fuego. Estas acertadas estimaciones son la derivación lógica de los circunstancias fácticas que fueron enumeradas y muestran delitos muy graves.

En orden 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 y no estrictamente al concepto clásico de antecedente penal, que en el caso no los posee; ello pasa a constituir el punto de partida que permite examinar los resultados del tratamiento en función de la situación del niño al cometer los delitos, lo que no debe ser tomado de manera estática sino como una referencia dinámica que ha de marcar el punto de partida para la comparación respecto del resultado de la acción estatal y de la situación del imputado al momento de la sentencia.

Del estudio y análisis del pronunciamiento recurrido extraigo que el aquo ha practicado dicha comparación, evidenciándose claramente en base al resultado del tratamiento, un cuadro de situación que solo pudo llevar a resolver en sentido que lo hizo, es decir la imposición de una pena de prisión de cumplimiento efectivo.

El magistrado efectuó un detallado análisis de toda la información recabada para la instancia y de su valoración conjunta se extrae en términos generales que si bien admite un cumplimiento parcial, las principales medidas impuestas no fueron observadas y justamente eran las que importaban esfuerzo, contracción para demostrar mínimamente su voluntad de superación, conciencia de las conductas realizadas y comprensión de la entidad de los perjuicios ocasionados a las personas.

Por otra parte el Juez dejó consignada en la sentencia las manifestaciones del joven en la audiencia y dio razones más que válidas acerca de impresión directa recogida en la ocasión, sin apreciar una actitud favorable ante su situación tanto judicial como personal.

Así después de haberse extendido sobre cada uno de los criterios que exige la ley para establecer la necesidad de pena y explicar el marco teórico desde el cual iba a analizar la opción que se presentaba en la instancia destacó: "Considero que la pena es la excepción en el derecho penal minoril, pero debo acudir a ella (art. 4to. de la ley 22278) ante la demostración de falta de compromiso y responsabilidad demostradas por el menor en un cumplimiento errático y fluctuante de las medidas tutelares dispuestas, específicamente la educativa y el tratamiento psicológico, que demuestran una evolución desfavorable de M. M., reflejadas por ejemplo más allá del análisis del incidente, en su conducta adoptada ahora en audiencia, trayendo una nueva versión de los hechos con respecto a su autoría o intentando una justificación en los sucesos más graves. Dan la pauta que M. M. no ha interiorizado las consecuencias de las conductas por las que fue hallado penalmente responsable".

En efecto, cuando nos encontramos ante hechos tan disvaliosos como los reprochados a M., la evaluación aún favorable de alguno de los parámetros mencionados no eliminan la posibilidad de sanción por cuanto una interpretación equilibrada del art. 4 párrafo 3º obliga a ponderar todas las variantes que la norma exhibe, y en ese caso la modalidad de los hechos en virtud de su magnitud demandan una respuesta punitiva sin perjuicio que sobre la base de las consideraciones expuestas inicialmente sea la más leve posible, por ello considero que ha sido prudente y correcta la decisión de elevar

el monto de pena levemente sobre el mínimo (4 años y seis meses de prisión).

Por estas consideraciones estimo que el fallo no incurre en arbitrariedad sino que por el contrario ha ponderado una pluralidad de elementos que exige el régimen penal juvenil al momento de determinar la necesidad de la sanción, además lo hizo de acuerdo a los estándares que enuncié al inicio de este voto por lo que corresponde su confirmación y así voto.

En cuanto a los honorarios del Dr. B. D. como Defensor, adhiero a lo propuesto por la Dra. Estefanía.

Por todo ello, por mayoría la Excm. Cámara en lo Penal de Esquel;

----- **RESUELVE** -----

- 1) **CONFIRMAR en todos sus términos** la sentencia de imposición de pena del 12 de octubre de 2016, registrada bajo el N° 1776-2016 , dictada por el Dr. Ricardo Rolón, mediante la que se condena a M.F. M. a la pena de cuatro años y seis meses de cumplimiento efectivo con más las accesorias legales y costas del proceso {art. 12,29 inc. 3 del Código Penal y 239 y s.s y cc del CPP.
- 2) **ORDENAR que durante** el cumplimiento de la pena de prisión efectiva -cualquiera sea el establecimiento carcelario en el que se disponga- deberá continuar con el tratamiento psicológico y con la educación y capacitación laboral.
- 3) Protocolícese y comuníquese.
- 4) **DEJAR CONSTANCIA** que el Dr. Guillermo Muller remitió su voto por correo electrónico con firma digital, el que fuera incorporado al texto de la presente sentencia.
- 5) **Vuelva** a la OFIJU a sus efectos.

FDO.: Carina P. Estefanía. Nelly García.

Sentencia registrada bajo N° 2227/15