



En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los 25 días del mes de febrero del año dos mil trece, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Alejandro Defranco, Mónica Rodríguez y Flavia Trincheri, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados "R. U., J. L. s/homicidio r/víctima" (Carpeta 3961 OJ Tw - Legajo 37486 OUMPF Tw), con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensora General Dra. María Ángela Gómez Lozano y la Dra. Ivana Bascovk contra la sentencia Nro. 4803/12 OJ Tw dictada en fecha 21/12/2012.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 06/02/13 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado E. R. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), la Dra. R. R., como su defensora de confianza y el Dr. Pablo Rey, como Asesor de menores.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Dr. Alejandro Defranco, Dra. Mónica Rodríguez y Dra. Flavia Trincheri.

El juez Alejandro Defranco dijo:

I. A modo de prólogo, efectuaré una síntesis de los antecedentes del caso y de los agravios expresados por las letradas, ratificados y ampliados durante la audiencia prevista en el art. 385 del CPP.

Mediante la sentencia impugnada, el Tribunal integrado por los dres. Roberto Adrián BARRIOS, Laura SERVENT e Ivana María GONZÁLEZ, declaró a E. G. R. autor material y penalmente responsable del delito de homicidio con exceso en la legítima defensa (arts. 79 y 35 en relación con el art. 34 inc.6 del CP), en orden al hecho ocurrido en esta ciudad el día 17 de marzo del 2012 en perjuicio de J. L. R. U., le impuso la medida socio-educativa de privación de

libertad en un establecimiento para adolescentes (COSE) por el término de un año -computándose la restricción a la libertad que venía sufriendo desde el 18 de marzo de 2012- y dispuso se fije audiencia de debate sobre la pena el día 17 de marzo próximo.

En el escrito de impugnación, las letradas sostienen que la sentencia de mérito causa un gravamen irreparable al joven, en tanto resuelve la aplicación de la medida más gravosa prevista en la normativa aplicable.

Consideran que se ha desconocido el principio de proporcionalidad al aplicar la pena más grave para quien ha sido declarado autor responsable de un delito que prevé una pena de entre 6 meses y cinco años de prisión. Entienden que finalizada la medida socio-educativa dispuesta podría corresponderle la absolución o en el peor de los casos una nueva reducción a la escala de la tentativa, lo que tornaría esta eventual sanción de cumplimiento condicional.

Hacen hincapié en lo ordenado por la Convención sobre los derechos del Niño y en las Reglas Especiales para Niños y Adolescentes establecidas en el CPP, afirmando que la medida a aplicar a un adolescente responsable de un infracción penal debe guardar proporción con la gravedad de ésta (art. 40 4. de la Convención) y que se deberá tener en cuenta la capacidad del menor para cumplir la sanción, el mejor logro de los objetivos, y la naturaleza, circunstancias y consecuencias del hecho (art. 411 del CPP).

Entienden que el joven R. debió ser juzgado y sancionado por la infracción probada. Por el contrario, al seleccionar la medida socio educativa a aplicar, los jueces no han hecho referencia al hecho por el cual lo encuentran responsable, lo que debió ser el plafón central para seleccionar ésta medida entre las demás posibilidades que prevé el art. 411 del CPP.

Destacan -en consonancia con la CDN, art. 37b- que la privación de la libertad de un niño o adolescente deberá ser utilizada como medida de último recurso y durante el período más breve posible, principio que adquiere especial



relevancia al tratarse de jóvenes en formación. Ello requerirá de los magistrados que impongan restricciones a la libertad, extremar los argumentos y fundamentos que la justifiquen. Las supuestas actitudes reticentes o evasivas en el tratamiento propuesto, atribuidas al joven R., no han sido acreditadas ni pueden fundamentar la privación de libertad.

Solicitan se revoque la sentencia impugnada y se adecue la modalidad de la medida socio-educativa imponiéndola en libertad hasta el 18 de marzo del corriente año.

Realizada la audiencia ordenada por el art. 385 del CPP, el Dr. Pablo Rey -abogado adjunto de la Asesoría de Familia e incapaces- aclaró que si bien el requerimiento interpuesto por la defensa fue caratulado como recurso contra la condena, lo que se está revisando es una sentencia de autoría y responsabilidad.

Sostuvo que no es éste el momento de evaluar, -tal como hiciera el Tribunal- cuál fue la actitud del joven en relación al tratamiento al que fue sometido y si ha internalizado o no el acto infractor, lo que deberá ser revisado en la futura audiencia de cesura de pena. No obstante ello, informó que no comparte la evaluación realizada por los Magistrados al respecto y detalla los avances, que a su entender, ha realizado E. R. durante el tiempo en que estuvo privado de la libertad

Opinó que no se ha respetado el principio de progresividad, ya que E. R. fue originariamente acusado en orden al delito de homicidio simple y el Ministerio Público Fiscal solicitó la aplicación de esta medida, la más gravosa, por un año. Posteriormente, habiendo cumplido R. nueve meses de encierro, el Tribunal modificó la calificación, atribuyéndole la comisión de homicidio con exceso en la legítima defensa, pero mantuvo la medida y por el mismo tiempo.

Aludió a la violación, en este caso, del art. 37 de la CIDN.

Requirió la revocación parcial de la sentencia, y la inclusión del joven R. en el programa de libertad asistida por seis meses, a contar desde su libertad, mutando así la medida elegida por los jueces por la del inc. f. del art. 411 CPP.

Al ser consultado por este Tribunal respecto de las características del tratamiento que su pupilo recibía entonces en el Centro de Orientación y las que le brindará el programa de libertad asistida, informó que actualmente el COSE procede uniformemente con todos los jóvenes que aloja. Durante el tiempo que E. R. permaneció allí, terminó exitosamente la escuela y realizó variados trabajos de herrería y pintura, sin que se indicaran problemas respecto de su voluntad para las tareas, de su aseo personal y de los espacios comunes. Por su parte, el programa de libertad asistida requiere de un breve período de tiempo para evaluar los ejes de vulnerabilidad específicos de cada individuo, y sus capacidades y aspiraciones. Cumplida esa etapa, realiza un programa de abordaje concreto de estos puntos de fragilidad, acompañándolo, para fortalecerlo a futuro. Informó que actualmente es amplia la disponibilidad de operadores, en relación a la cantidad de jóvenes incluidos en el programa, lo que augura mayores logros.

A su turno, la Dra. R. R. compartió y amplió los planteos de sus colegas.

Concluida la audiencia, este Tribunal adelantó su veredicto, mediante el cual, por unanimidad, hizo lugar a la petición, ordenó la libertad inmediata de E. R. y su inclusión en los programas de libertad asistida. Asimismo dispuso el comparendo del joven los días lunes miércoles y viernes, entre las 7 y las 13 hs. a la Oficina de ejecución, a fin de asegurar su sometimiento al proceso y la suspensión de la audiencia de debate sobre la pena oportunamente fijada.



2. *Corresponde, una vez referenciados los antecedentes del caso, adentrarse en el examen del recurso intentado por la Defensa y la Asesoría de Familia.*

Que en cuanto ha sido materia de agravio, los jueces de la sentencia recurrida disponen, efectivamente, la continuidad de la medida socio-educativa dispuesta respecto de R. y en la misma modalidad que la que venía ejecutando, esto es, privado de su libertad en el Centro de Orientación Socio Educativa (COSE) de Trelew.

De los votos de los miembros del Tribunal se extraen sus fundamentos: a) en primer lugar, la Dra. Ivana González, manifiesta que: "...del análisis de las constancias obrantes en el caso, he constatado que si bien R. viene participando en talleres y en su escolarización, lo cierto es que no puede decirse que haya cumplido en forma óptima con las expectativas en relación a dicho tratamiento o que haya internalizado completamente las graves consecuencias de su acto, por cuanto se nos ha informado acerca de sus actitudes hostiles o reticentes tanto hacia los operadores del sistema como hacia sus pares. Por estas razones, -continúa- considero que el menor debe culminar el año de tratamiento tutelar manteniéndose su situación actual, es decir: privado de su libertad en el C.O.S.E."

b) Por su parte, el Dr. Adrián Barrios considera que: "...en cuanto a la modalidad de la medida, analizando profundamente la cuestión postulada por acusadora y defensa, y tras cotejar las constancias que se mencionaran y que obran en el caso, he de valorar que los informes dan cuenta de variables que determinaron la continuidad de la privación de libertad. Efectivamente, es cierto que R. viene participando en talleres y en su escolarización, mas la valoración de los informes que dan cuenta de su ejecución es necesaria para la decisión, y de dichos informes se advierte que hasta el momento, la forma de cumplimiento denota que el

joven no ha internalizado las graves consecuencias del acto por el que venía procesado, dado sus actitudes hostiles, reticentes tanto hacia sus pares y los operadores del sistema."

c) Por último, la Dra. Ana Laura Servent, ha dicho que: "...es cierto que el joven ha participado de talleres y de actividades del ETI y del COSE, mas también es cierto que surge de los informes presentados que ha tenido actitudes evasivas o reticentes al tratamiento brindado. Que en virtud de ello es que considero que el joven deberá continuar su tratamiento alojado en el COSE, privado de su libertad..."

3. En primer lugar es necesario predicar que el Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut, en su LIBRO V-REGLAS ESPECIALES PARA NIÑOS Y ADOLESCENTES, siguiendo los lineamientos básicos de la doctrina de la "protección integral", toma decidido partido por dos conceptos claves: a) los niños y adolescentes no son ya objetos de compasión y de represión sino que son sujetos de derechos; y b) se establece una normatividad exclusiva para el adolescente infractor pasible de medidas socio educativas perfectamente diferenciada del niño o adolescente en presunto estado de abandono sujeto a medidas de protección, las que expresamente prohíbe su adopción en el proceso penal (art. 405, inc. 4°).

Por lo tanto, "en nuestro ordenamiento el adolescente... que infringe la ley ya sea como autor o partícipe de un hecho punible tipificado como delito... en la ley penal es pasible de medidas socio educativas del mismo modo que el adulto de penas. Es decir, tanto las penas como las medidas socio educativas son la respuesta del Ius Puniendi estatal, entendido éste como la facultad del estado de intervenir y sancionar la comisión de ilícitos..." (Christian Hernández Alarcón; "Naturaleza jurídica de la responsabilidad del adolescente").

Sin eufemismos, nos encontramos ante una intervención penal como respuesta a la realización culpable de una figura delictiva perpetrada por un niño o un adolescente, esto es, una pena, que no viene definida conceptualmente por el



ritual sino sólo a través de establecer sus fines. El art. 404 del CCP dispone que se debe procurar que el adolescente "acreciente su sentido de la propia dignidad y valor, fortalezca su respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, promueva su reintegración y asuma una función constructiva en la sociedad".

Puede afirmarse entonces que las medidas socio educativas, sin perjuicio del "maquillaje terminológico peligroso" (BARATTA, Alessandro; "Elementos de un nuevo derecho de infancia y la adolescencia", Lima, 1995), son sanciones penales pero que tienen un evidente sentido pedagógico para que el infractor comprenda las consecuencias que tienen sus actos y su responsabilidad frente a los mismos.

Pero es necesario recordar que coexiste en nuestro sistema penal juvenil una ley, la 22278 (t.o. ley 22.803), superviviente a la CIDN y claro ejemplo del paradigma de la "situación irregular", con lo que el sistema de respuesta ante la infracción punible de los niños se vuelve caótico.

En efecto, según el art. 4° de la mencionada ley, una vez que el Juez haya declarado penalmente responsable al niño imputado debe decidir luego sobre la necesidad de la imposición de una pena según el resultado del tratamiento tutelar, no inferior a un año.

Es decir que la ley penal de "menores" establece para graduar la pena una causal referida al derecho penal de acto, las modalidades del hecho, en tanto que las otras se vinculan al autor del ilícito: antecedentes del niño, resultado de tratamiento e impresión directa recogida por el Juez. Entonces, "esto permitía que la pena no solo se graduara por la responsabilidad del imputado en el hecho concreto, sino por la conducción de su vida a partir del inicio de la causa penal" (Cfr., Beloff, Mary-Kierszenbaum,

Mariano-Terragni, Martiniano; "La pena adecuada a la culpabilidad del imputado menor de edad").

Nada más lejano al sistema imperante a partir de la conformación de un nuevo "corpus iuris de protección de los derechos humanos de los niños".

Solo en punto a la respuesta punitiva puede citarse el art. 40.4 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño que reza: "Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y **que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción**".

Mientras que sobre la calidad de esa sanción establece, en su art. 37, b: " La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda".

Más específicamente, las Reglas de Beijing (Res. 40/33, Asamblea Gral. ONU), son claras en cuanto al cuándo privar de libertad, cómo y por qué. En su Regla 17.1 se recomienda que: "a) La respuesta que se dé 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 libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un **acto grave en el que concorra violencia contra otra 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".



No resulta ocioso, recordar el comentario de la Convención a este artículo cuando expresa: "...si las autoridades pertinentes actúan en consonancia con ellas (véase también la regla 5), podrán hacer una importante contribución a la protección de los derechos fundamentales de los menores delincuentes, especialmente los derechos fundamentales a la educación y al desarrollo de la personalidad...", mientras que la regla 5 mencionada establece que el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a **las circunstancias del delincuente y del delito**.

También establece este documento, Regla 18, el criterio de flexibilidad, otorgando la posibilidad de adoptar una amplia diversidad de decisiones **para evitar el confinamiento en establecimientos penitenciarios**, el que se "utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible" (Regla 19.1).-

Por último, es útil recordar que el Comité de Derechos del Niño, mediante la Observación General N° 10/2007, afirmó que "...la respuesta que se dé al delito debe ser siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a la edad, la menor culpabilidad, las circunstancias y las necesidades del menor, así como a las diversas necesidades de la sociedad.. Cuando un menor cometa un delito grave, se podrá considerar la aplicación de medidas proporcionales a las circunstancias del delincuente y a la gravedad del hecho..." (párrafo 71).

4. Resumiendo entonces, resulta claro que para el sistema penal juvenil receptado por nuestro ordenamiento jurídico a nivel constitucional (art. 75, inc. 22, CN) y la interpretación que realiza el Comité de los Derechos del Niño de sus disposiciones (a la que la CSJN le reconoció el status de 'intérprete autorizado en el plano universal de

dicha Convención'; Fallos 331:2047), la pena aplicable a un sujeto, y en particular a un niño, no puede superar la medida de su culpabilidad por el hecho, por la infracción o por el delito, teniendo en cuenta que los niños tienen menor culpabilidad que un adulto porque son personas en plena formación (principio de proporcionalidad entre la sanción penal y la gravedad del delito imputado y de la culpabilidad del niño).

En este punto la CSJN (in re, "Maldonado"; fallos 328:4343) ha advertido sobre que "...las personas menores de edad se ven afectadas por ciertos factores (su situación emocional, la posibilidad real de dominar el curso de los acontecimientos, su actuación impulsiva, etc.) que deben ser examinados al momento de determinar la pena, y que entonces la medida de la culpabilidad del niño debe ser siempre menor que la de una persona adulta por ese mismo hecho..." ("La determinación de la sanción penal juvenil"; Freedman, Diego y Terragni, Martiniano; La Ley, Año II, numero 6, pag. 242).

Que en casos de hechos graves se podrá recurrir a la privación de la libertad, sólo en casos de estricta necesidad, pero, por el menor tiempo posible y en caso de que no sea posible responder con otras sanciones no privativas de la libertad (principios de excepcionalidad y de extensión mínima posible).

Además, se exige que la sanción privativa de libertad sea precedida de un cuidadoso estudio (Regla 17.1.b de Beijing) y que tenga en cuenta el bienestar del niño (Regla 5 y 17.a).

5. En el caso, declarada la autoría material y responsable de R., que ya ha cumplido los dieciocho años, los jueces de la sentencia decidieron que, -teniendo que aguardar al término del tratamiento tutelar impuesto por la ley 22278 hasta el 17 de marzo- imponerle una medida socio educativa, la del art. 411, inc. H, porque, en síntesis, era refractario al tratamiento que venía siendo sometido.

6. Ya en aras de resolver el asunto debo decir, en primer lugar, que la continuación de la medida de coerción



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

Autos caratulados
"R. U., J. L.
s/homicidio r/víctima"
Carpeta 3961 - Legajo MPF 37486

que venía sufriendo E. R., bajo el nombre de medida socio educativa resulta desproporcionada a la gravedad de la infracción tal como lo exige toda la legislación anotada.

En efecto, fue encontrado autor material y responsable del delito de Homicidio simple cometido en exceso de la Legítima Defensa que, como se sabe, prevé como sanción la del art. 84 del Código Penal, esto es, la de la figura culposa por expresa remisión del art. 35 del mismo repertorio. La pena en concreto, podría ser entonces, siendo también una alternativa la absolucón de pena al momento de la cesura (art. 4, último párrafo ley 22278), una que correría entre los seis meses y los 5 años de prisión, la que, reducida en la forma prevista para la tentativa de delitos (art. 4, segundo párrafo ley 22278) no tendría un máximo de 3 años y 4 meses de prisión, lo que, de acuerdo a las pautas del art. 26 del código adjetivo podría ser de condenación condicional por ser la primera condena del joven traído a juicio.

Es que en el caso, sin pensar en la absolucón, no sería muy alejada a la justicia del caso que R. sea sancionado con una pena de prisión en suspenso. Siendo el máximo de pena a aplicar la de tres años y cuatro meses (entendiendo el suscripto que la disminucón a la pena de la tentativa deviene obligatoria a partir del fallo "Maldonado"), en tanto resulta un dogma de la justicia penal juvenil el hecho que los niños tienen menor culpabilidad que los adultos, no es muy lejano a la cierta posibilidad que al momento de aplicársele pena, en caso positivo, repito, la misma no sea dejada en suspenso por el Tribunal de la cesura de la pena.

La mera posibilidad que así sea ya convierte a la sanción elegida, desproporcionada.

Pero, también resulta excesiva si nos atenemos al fin que deben tener las medidas de esta clase. Hemos dicho que

el objetivo del sistema penal es que el infractor se haga responsable de sus actos y adquiera dimensión del daño causado. Los informes glosados en el legajo (fs. 104/5, 122/123, 259/260) hablan de actitudes refractarias, en particular, en cuanto a su responsabilidad por el hecho. Pero es que mal podía, como vehemente afirma el Sr. Asesor, asumir el sentido de un acto que desde el primer día resultaba justificado, aun con exceso, como la sentencia de autoría a la postre reconoció.

Así, entiendo, la adopción de la medida del art. 411, inc. H., vulneró asimismo el principio de culpabilidad por el hecho y los objetivos mismos a tener en cuenta al aplicarlas.

Por último, en caso de haber tenido el Tribunal que recurrir a la medida de privación de libertad, no explica, al menos expresamente en el resolutorio, por que se decide por la más grave del elenco legal, pudiendo haber echado mano a otras que no impliquen encierro, de conformidad con el principio de excepcionalidad explicado arriba. Como ya se ha dicho, la continuidad de la medida de coerción que venía sufriendo R. bajo el nombre de medida socioeducativa, se transforma así en un adelantamiento de una verdadera "pena", la de prisión del Art. 5°, pero sin fundamentarse las razones de su elección.

7. Por todo ello, soy de la idea que deviene necesario hacer lugar a los planteos recursivos, al haberse desoído el principio de proporcionalidad, de exclusividad y de "ultima ratio", disponiendo la sustitución de la medida socioeducativa del Art. 411°, inc. h impuesta, por la incluida en el inc. f del mismo dispositivo, esto es, la inclusión del joven en un programa de libertad asistida.

Tal como se anticipara en el veredicto, se ordenó la libertad de E. R. al término de la audiencia de impugnación llevada a cabo el 6 de febrero ppdo.

Que resulta útil que su tránsito por el programa transcurra durante seis meses, contados a partir del día en que recuperó la libertad, dejándose sin efecto la audiencia



de imposición de pena fijada para el día 17 de Marzo, la que deberá ser señalada una vez que agote el término dispuesto.

Como se adelantara, E. R. deberá comparecer ante la Unidad de Condenados y Probados, los días lunes, miércoles y viernes, entre las 07.00 y las 13.00 hs. a fin de asegurar su sometimiento al proceso. Asimismo, la Dirección General de la Niñez, a través del órgano de aplicación del Programa, deberá en el plazo de quince días presentar un plan de trabajo a fin de dar cumplimiento a lo que se predica en este voto.

8. En cuanto a la fijación de costas y honorarios profesionales, debe diferirse la resolución hasta que se encuentre agotado el trámite ante el Tribunal de Jueces Penales competente. Así lo voto.

La jueza Mónica Rodríguez dijo:

1. Es sabido que el sistema penal juvenil, particularmente a partir de las prescripciones de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, reconoce al menor como sujeto de derechos pero, también, le impone deberes, pues la noción central del nuevo paradigma de protección integral es el de la "responsabilidad". Particularmente en el ámbito penal se parte de la idea de que cuando un joven infringe las normas más valiosas de la convivencia social el Estado puede responsabilizarlo por su acto, dentro del marco de un debido proceso legal, procurando la adopción de medidas de contenido más pedagógico que punitivo, a fin de que comprenda el daño que causó, asuma las consecuencias de su obrar e internalice pautas de respeto por los derechos de los demás.

En el plano filosófico resulta valioso, en mi opinión, recordar a Ferrajoli, quien habla de "Un sistema de justicia penal juvenil que asume que toda intervención de los mecanismos formales de control social es violenta pero que

también es violento el delito; y que entonces procura disminuir la violencia propia de todo sistema penal -aunque se trate de un sistema penal juvenil- a fin de evitar la violencia que ocurriría en caso de no tener lugar la solución penal" (Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid, 1995, citado por Mary Belloff en el trabajo Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericana, publicado en la Revista de Unicef, "Justicia y derechos del Niño" volumen 3, Buenos Aires, Año 2001.

Tal es el sentido de las denominadas medidas socio-educativas, que configuran respuestas tendientes a que el joven acreciente su sentido de la propia dignidad y valor, fortalezca su respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, promueva su reintegración y asuma una función constructiva en la sociedad, para utilizar la síntesis que en tal sentido contiene el art. 404 del CPP de Chubut.

En efecto, en el ámbito provincial se ha adoptado este nuevo paradigma, sin perjuicio de la vigencia de la ley penal de menores (22278 y 22803). Es así que el nuevo código procesal ha previsto un vasto elenco de respuestas posibles frente a la certeza de autoría penalmente responsable de un adolescente, reacción que debe guardar equilibrada y prudente correspondencia con la gravedad de la infracción cometida. Esta última nota distintiva, así como la variedad de opciones que deben ponderarse, configuran los aspectos sobre los que mayor énfasis ha puesto la doctrina y la normativa, nacional e internacional, de los derechos del niño.

En nuestro medio la amplitud de posibilidades se ha plasmado en una norma, el art. 411 CPP, que establece un claro orden de prelación y una gama progresiva de medidas, que van desde una simple amonestación hasta la privación de la libertad en un establecimiento carcelario.

Si bien las medidas previstas son, en esencia, verdaderas sanciones, su justificación viene dada por el



sentido más bien pedagógico que se les reconoce y, en definitiva, porque su objetivo primordial es evitar o, cuando menos, reducir la imposición de la pena de prisión. Por ende, su adopción debe guardar -insisto- una estricta proporcionalidad con el hecho del proceso, sintagma que utilizo en el sentido del art. 18 de la Constitución Nacional.

Siendo que la medida de encierro total constituye la última ratio del sistema punitivo, como medida socio-educativa (inc. h) del art. 41) sólo estaría justificada frente a las más graves infracciones de la ley penal, en tanto su contenido concreto se confunde con la pena prevista en el art. 5° del ordenamiento sustantivo. Ello así, porque la aplicación de aquellas es legítima en la medida en que no resulten más gravosas que la propia pena.

En tal sentido, es preciso recordar que el art. 50 de la Constitución de la Provincia del Chubut establece que en el proceso penal juvenil el menor contará, cuando menos, con idénticas garantías que aquellas que se reconocen a las personas mayores de edad.

2. La medida socio-educativa a revisar, impugnada tanto por la Defensa del imputado como por la Asesoría de Familia e Incapaces, fue adoptada por el Tribunal de juicio -y dispuesta su ejecución inmediata- después de haber declarado la autoría responsable de R. en juicio, pero antes de decidir la aplicación o no de pena, conforme lo autoriza el régimen penal juvenil.

Los Jueces difirieron el debate sobre la pena con base en que previamente debía cumplirse el año de "tratamiento tutelar", previsto por el art. 4° de la ley penal de menores (22278 y 22803). Hasta verificarse dicho plazo, dispusieron la continuidad de un régimen idéntico al de la prisión preventiva que venía cumpliendo R. desde el mes de marzo de 2012, ahora bajo la denominación de medida socio-educativa,

con el argumento de que el adolescente no ha cumplido con el tratamiento en forma óptima, ni ha demostrado haber internalizado completamente las graves consecuencias de su acto.

Para resolver el planteo es necesario recordar que en la audiencia de juicio oral el Tribunal A-quo encuadró el hecho como Homicidio cometido con Exceso en la Legítima Defensa (art. 79, 34 inc. 6° y 35 del Código Penal), mutando el encuadramiento de Homicidio Simple originariamente escogido por la Fiscalía. A partir de esa sustancial modificación los Jueces debieron evaluar que había disminuido sensiblemente la posibilidad de que en el futuro el joven fuera obligado a cumplir una pena de encierro efectivo. Además, al momento de adoptarse la resolución recurrida el joven llevaba privado de libertad más de ocho meses, lapso que permitiría la obtención de la libertad condicional (art. 13 C.P) ante una eventual condena de hasta tres años de prisión efectiva.

La concreta amenaza punitiva que pesa sobre el joven reconoce una escala penal que prevé un mínimo de 6 meses de prisión. No debe olvidarse, además, que tratándose de un adolescente la ley autoriza la absolucíon de pena o, en su caso, la reducci3n de la escala penal en la forma prevista para la tentativa, caso este último en el cual la amenaza sería de 3 meses a 3 años y 4 meses de prisión.

Cuando menos en esta etapa del proceso, esto es, antes de la audiencia de cesura de pena, la proyecci3n a futuro no puede dejar de considerar como posible que, en caso de no ser absuelto de pena, la que se aplique pudiera ser dejada en suspenso (art. 27 CP). Se trata de circunstancias que inexcusablemente se tienen presentes cuando se resuelve una medida de coerci3n personal, y que deben ser sopesadas - también- al seleccionar una medida socio-educativa, a fin de no vulnerar el sentido de la proporcionalidad que debe guardar toda restricci3n de derechos.

Ante tal panorama aparece como insuficientemente justificada la selecci3n de la medida prevista en el inc. h) del art. 411 CPP, no sólo por tratarse de una expectativa



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

Autos caratulados
"R. U., J. L.
s/homicidio r/víctima"
Carpeta 3961 - Legajo MPF 37486

tan eventual y limitada de aplicación de una pena de encierro efectivo, más el amplio elenco de posibilidades que en tal sentido prevé la ley, sino porque el cambio en la calificación legal significó un recorte significativo al hecho atribuido y, por tanto, la asunción de responsabilidad del adolescente así como el acatamiento a las normas del encierro ya no podían ser evaluadas con la misma vara empleada cuando el hecho era catalogado como Homicidio simple.

Adoptar una medida cuyo contenido coincide sustancialmente con la pena de prisión resulta desproporcionado. No encuentro razones que expliquen porqué han descartado los Jueces otras alternativas menos gravosas, pese a que la norma establece un orden de prelación que guarda correspondencia, de modo progresivo, con la gravedad de la infracción atribuida.

Al modificarse la calificación legal del hecho R. llevaba más de 9 meses detenido en prisión preventiva, por lo que mantener idéntico régimen de encierro que aquel dispuesto por una atribución penal mucho más grave -aún bajo la denominación de medida socio-educativa- no encuentra debida justificación.

No obsta a lo expuesto la circunstancia de que la prolongación del encierro cautelar que venía sufriendo el joven R. hasta el debate -transformada nominalmente en medida socioeducativa- se haya adoptado, a petición Fiscal, como modo de completar el término de un año que prevé el art. 4° de la Ley 22278 y 22803. Es sabido que la imposición del denominado "tratamiento tutelar" no tiene -o no debería tener- otro sentido que el de evitar o reducir al mínimo la aplicación de penas de encierro total a un adolescente.

La medida adoptada no sólo es la más grave del elenco legal sino que, al tratarse del internamiento en un establecimiento cerrado -privación total de la libertad

ambulatoria-, prácticamente se confunde con la pena de prisión que prevé el Código Penal en su art. 5°.

Es sabido que tratándose de imputados menores de 18 años la pena de prisión, que es la última ratio del sistema punitivo (art. 37 b) CIDN), sólo puede decidirse previo a agotar todas las posibilidades socio educativas menos gravosas, a fin de evitar la mayor incidencia que tienen los factores criminógenos y deteriorantes del encierro total en una personalidad en formación.

Por lo expuesto, entiendo que corresponde hacer lugar al planteo de los recurrentes, toda vez que no se advierte cuáles son las circunstancias del hecho que permitan imponerle al joven una medida más grave que la que se impondría a un mayor de edad en iguales circunstancias. Cabe, pues, acceder a lo peticionado y disponer la sustitución de la medida socio-educativa del inc. h) del art. 411 CPP -privación de libertad-, por la prevista en el inc. f) de la norma citada, ordenando la inclusión del imputado E. G. R. en el Programa de Libertad Asistida por el término de seis meses, contados a partir del día en que recuperó su libertad, debiendo dejarse sin efecto la audiencia de cesura de pena -prevista para el mes de marzo del corriente año- hasta que se cumpla el término dispuesto.

En el plazo ya adelantado en el veredicto -quince días- el Organismo Administrativo deberá presentar un plan de trabajo, que se deberá preparar con participación del joven, así como de su defensa técnica y de la Asesoría de Familia, quedando el control de su cumplimiento a cargo de la Unidad de Condenados y Probados. Asimismo, con el objeto de asegurar su acatamiento al proceso y tal como se anticipara al término de la audiencia de impugnación, E. R. deberá comparecer ante la referida Unidad, los días lunes, miércoles y viernes, de 07.00 a 13.00 hs.

3. Corresponde diferir el pronunciamiento sobre costas y honorarios profesionales, hasta tanto exista pronunciamiento de primera instancia en tal sentido.

La Juez Flavia Fabiana TRINCHERI dijo:



1. Sintetizados los antecedentes del caso en el voto que lidera el acuerdo y en honor a la brevedad, he de ingresar directamente al análisis del recurso deducido contra la sentencia.

2. Conforme se desprende de los motivos y fundamentos que se expresaron en el fallo condenatorio aludido, el Tribunal entendió que era menester imponer al joven R. una medida socio educativa por el término de un año, a cumplirse en el C.O.S.E. privado de su libertad, computándose la restricción de la libertad ambulatoria que ya operaba a su respecto desde el 17 de marzo de 2012, con la salvedad de que, cumplida la mayoría de edad el día 17 de enero pasado, debía continuar en dicha Institución por considerar que resultaría gravoso su pase a una cárcel para mayores por el período que restara cumplir.

El Tribunal de juicio, tuvo en cuenta el cumplimiento de las pautas que se le impusieran a R. desde el día 18 de Marzo de 2012. Así es como ponderó su desempeño con las expectativas volcadas en relación al tratamiento, demostrando reticencias al mismo y falta de internalización de las graves consecuencias de su acto; encontrando conforme a derecho que complete el año de abordaje tutelar privado de libertad.

Tal como se dijo en el veredicto de fecha seis de febrero del corriente, en la sentencia atacada no obran fundamentos suficientes que justifiquen -máxime tratando de un menor- echar mano a la medida de coerción más gravosa que prevé nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido, nuestro Superior Tribunal de Justicia tiene dicho: "Si bien la normativa de Fondo sobre menores de edad establece la posibilidad de disponer la internación del menor, va de suyo que las restricciones a la libertad que representan deben ser consideradas como alternativa de última ratio. Esta, la norma, impone al Magistrado una tarea de protección de

derechos que se traduce en atribuciones y límites. En ese marco, la disposición privativa de libertad es adecuada cuando se encuentra precedida de un estudio del hecho, de la personalidad del menor, de su medio ambiente sociocultural y demás datos eficientes." Voto del Ministro Pflieger en autos "P., Á. y otros s/ Robo s/ Impugnación (Expte. 21515 - Letra P - Año 2008).

El joven R. fue declarado autor material y penalmente responsable del delito de Homicidio con exceso en la legítima defensa (Arts. 79 y 35 en relación al Art. 34 inciso 6 del CP), comprendiendo la figura resultante una escala penal que abarca desde los seis meses a los cinco años. Dicho esto, como sostuviera con mis colegas en el veredicto, encuentro ajustado el embate que efectúa la defensa al señalar que la medida socioeducativa y el tiempo de cumplimiento de la misma, atentan contra el principio de proporcionalidad que debe regir a toda medida que, como sea se denomine, conlleve el encierro. Al momento de la audiencia celebrada en los términos del art.385 del CPP, el menor había casi duplicado el tiempo de encierro -sometido a tratamiento tutelar- que el mínimo de pena previsto para el delito enrostrado, sin aún siquiera haber efectuado el juicio de cesura, conforme el art. 4 de la ley 22.278 modificada por la ley 22.803.

En tal sentido, encuentro adecuado efectuar la siguiente cita de los autores Fleming y López Viñals respecto del principio de proporcionalidad: "...El criterio de proporcionalidad de la ley aparece como exigencia del Estado de Derecho en cuanto tal ya que la necesaria racionalidad impone la protección del individuo contra intervenciones de la ley innecesarias o excesivas, que graven al ciudadano más de lo que es indispensable para la protección pública de los derechos fundamentales de todos, lo que no es lícito lograr con sacrificios desproporcionados de derechos fundamentales de un individuo concreto..." ("Las penas" Fleming, Abel y López Viñals, Pablo Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Octubre 2009, página 271).



Dicho esto, debe tenerse en cuenta además que la medida impuesta, más allá de los fines previstos, no puede ser más gravosa que la que correspondería a un imputado mayor en iguales condiciones. Tiene dicho la Corte Suprema en causa M. 1022. XXXXIX "Maldonado, Daniel Enrique y otros/ Robo agravado por el uso de armas en c.r. con homicidio calificado - Causa N° 1174" del 07/12/2005 (T. 328, P, 4343 que "...partiendo de la premisa elemental, aunque no redundante, de 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 la infracción de la ley penal, deban ser tratados exactamente igual que los adultos. En efecto, lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado -como aquel elaborado por la doctrina de la "situación irregular"- de la justicia de menores, pues reconocer que los menores tienen los mismos derechos que el imputado adulto, no implica desconocerles otros derechos propios que derivan de su condición de persona en proceso de desarrollo. En suma, 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)".

3. Por lo expuesto y habiéndose dispuesto su libertad al término de la audiencia de impugnación, tal como se expusiera en el veredicto, estimo adecuado a los estándares que rigen el proceso penal juvenil, ordenar la revocación parcial de la sentencia en lo que hace a la medida socio educativa impuesta al joven R., quedando a cargo del Programa de Libertad Asistida el abordaje del nombrado, quienes deberán presentar el plan de seguimiento por el

término de seis meses, prorrogándose de esa manera la fecha de debate para el tratamiento de la aplicación o no de pena (art. 4° Ley 22278 mod. por la Ley 22803).

Tal como se anticipara, y con la finalidad de asegurar su presentación en el proceso, se impondrá a E. R. la obligación de asistir a la Unidad de Condenados y Probados, los días lunes, miércoles y viernes, entre las 07.00 y las 13.00 hs.

4. Por último, deberá diferirse la fijación de costas y honorarios profesionales hasta que se agote el trámite ante el Tribunal de Jueces Penales competente. Así lo voto.

De conformidad con los votos precedentes, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A :

1) Hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica y por la Asesoría de Familia en favor de E. G. R., cuyas demás circunstancias personales obran en autos.

2) Revocar parcialmente la sentencia Nro. 4803/12 OJTw, disponiendo la sustitución de la medida socioeducativa del Art. 411°, inc. h, por la contenida en el inc. f del mismo dispositivo, esto es la inclusión del joven en un programa de libertad asistida por el término de seis meses, contados a partir del 6 de febrero del corriente año, día en que recuperó su libertad.

3) Requerir a la Dirección General de la Niñez, a través del órgano de aplicación del Programa, la presentación del plan de trabajo en el plazo de quince días adelantado en el veredicto, el que se deberá preparar con participación del joven, de su defensa técnica y de la Asesoría de Familia, quedando el control del cumplimiento a cargo de la Unidad de Condenados y Probados.

4) Dejar sin efecto la audiencia de imposición de pena fijada para el día 17 de Marzo, la que deberá ser señalada una vez agotado el término dispuesto en el punto 2)



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

Autos caratulados
"R. U., J. L.
s/homicidio r/víctima"
Carpeta 3961 - Legajo MPF 37486

5) *Diferir la regulación de costas y honorarios, hasta tanto sean fijados los correspondientes a la instancia anterior. (art. 5, 7, 13 contrario sensu, 44 y concordantes de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200)).*

6) *Regístrese, protocolícese y notifíquese.*

Monica Rodriguez

Alejandro Defranco

La dra. Flavia Trincheri remitió su voto a esta sede vía correo electrónico firmado digitalmente.

Registrada bajo el número 3/2013 de la Cámara en lo penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste

Pilar Maza

Secretaria de Cámara