



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-126419-1

"F., S. N. s/ Recurso
extraordinario de in-
plicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Cámara de Apelaciones y Garantías del Departamento Judicial de Bahía Blanca acogió parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Defensor Oficial del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil en favor del joven S. N. F., que había sido declarado autor penalmente responsable de los delitos de: robo calificado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada (causa 766/12), robo calificado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, en poblado y en banda (causa 768/12), portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (causa 769/12), robo calificado por el uso de arma apta para el disparo (causa 771/12) y robo calificado por el uso de arma de fuego apta para el disparo (causa 774/12), todos ellos en concurso real de delitos, y lo absolvió del delito de robo calificado por el uso de arma (causa 772/12), y condenado a la pena de siete años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo bajo régimen cerrado.

En consecuencia, absolvió -por mayoría-al joven F. en la causa 766/12 y confirmó el auto de responsabilidad dictado con respecto al resto de las causas que lo tienen como imputado imponiéndole, en definitiva, la pena de nueve años de prisión, accesorias

legales y costas (fs. 132/165).

II. Contra esa decisión, el Defensor Oficial especializado interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 221/261), el cual es admitido parcialmente por la Cámara departamental, en lo tocante a los agravios dirigidos a cuestionar atenuantes, agravantes y monto de pena impuesto (fs. 265/272 vta.).

En el primero de los agravios concedidos, denuncia el recurrente la inobservancia de lo dispuesto por el art. 4 inc. 3 de la ley 22.278, errónea aplicación de lo previsto por el art. 8 de la mencionada ley, afectación al derecho de defensa en juicio e inobservancia del art. 36 de la ley 13.298 y absurdo en la valoración de la prueba, así como también solicita se tenga por incumplido el tratamiento tutelar sobre el joven imputado.

En relación a ello, aduce que no se encuentra cumplido en el caso el requisito de haber sometido al joven a un tratamiento tutelar por un período mínimo de un año y afirma que, desde lo formal, no fue sometido "en estas causas" a intervención alguna que pudiera equipararse a un tratamiento de esa índole.

Destaca que no puede tenerse por cumplida esa exigencia previa a la imposición de pena y que esa parte solicitó la imposición de medidas judiciales -en los términos del art. 68 de la ley 13.634-, sin recibir respuesta alguna.

Asimismo, menciona que no corresponde valorar



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-126419-1

en esta causa el paso institucional del imputado y las medidas adoptadas en el marco de causas anteriores en las que se encontrara privado de libertad (causa 229/12), ni las intervenciones del Servicio Local, cuyas autoridades admitieron haber fracasado en lo que respecta a F.

En relación a ello señala una absoluta inobservancia y errónea aplicación de lo contemplado en la Ley de Promoción y Protección de los Derechos de los Niños N°13.298 (arts. 32, 36 y concs.).

Por otra parte, expresa que existe también una errónea aplicación al caso de lo dispuesto por el art. 8 de la ley 22.278, puesto que no se dan en este proceso ninguno de los presupuestos que contempla la norma citada para dejar de lado la necesidad de la existencia de un tratamiento tutelar sobre la persona del imputado.

Aduce que de las constancias de la causa queda claro que en ningún momento el proceso se comenzó, ni se reanudó siendo el joven mayor de edad. Por el contrario, las actuaciones se iniciaron siendo F. menor de edad a los fines penales y se reanudaron luego de su aprehensión, el día 26/01/2013, estando el mismo todavía en esa situación de minoridad, con lo cual es equívoco pretender resolver la cuestión mediante la aplicación de la norma a la que alude el *a quo*.

Pone de resalto que la argumentación brindada por el *a quo* en la etapa de revisión, recurriendo al art. 8 de la ley 22.278, no fue considerada por la Jueza de Responsabilidad en su sentencia.

En base a ello, sostiene que hay un equívoco

interpretativo en la solución propugnada por los magistrados votantes, cuando proponen la aplicación al caso de esa normativa indicando que, de no ser así, *"...un menor que hubiera cometido un hecho de relevancia penal cercano a la fecha en que adquirió esa la mayoría de edad (...) resultaría impune, pues el tratamiento tutelar es sabido que debe cesar a los 18 años"* (fs. 160).

Sostiene que dicha argumentación es errónea porque justamente se arriba a esa conclusión de impunidad a partir de una errónea interpretación de la leyes 22.278 y 13.634.

Esgrime que no existe un obstáculo legal para aplicar las medidas judiciales previstas en la normativa local una vez que el imputado haya cumplido los 18 años de edad, resultando posible su aplicación, por un tiempo razonable, a fin de poder cumplir mediante ellas, el recaudo del tratamiento tutelar que se exige la ley de fondo, para luego, a partir de su resultado, decidir sobre la necesidad de imposición de pena.

En cuanto a la necesidad de imponer pena, señala que el voto de la mayoría, aún cuando se remite a lo señalado por la Jueza de Responsabilidad sobre el punto, se basaba fundamentalmente en *"el comportamiento del joven durante el tratamiento tutelar"*, haciendo mención a *"...su no adaptación a la normativa institucional, a los problemas mantenidos con sus pares, a su adicción al consumo de sustancias tóxicas y a las fugas, que consumara de varios centros cerrados en los que estuvo alojado"*. Expresa que ese argumento es absurdo y que la conducta que pudiera haber mantenido su defendido en su paso institucional,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PROCURACIÓN GENERAL DE LA

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-126419-1

específicamente en cuanto a la citada conflictividad que el joven mantuvo con sus pares en las instituciones que lo alojaron, resulta contradictoria con la prueba rendida.

Entiende, por otra parte, que las circunstancias correspondientes a la naturaleza de los hechos, aun expresando cierta gravedad de los mismos, tampoco resulta, por sí sola, un parámetro a considerar para determinar la necesidad de aplicar sanción penal, afirmando que toda la normativa internacional y constitucional indica que esa decisión debe considerar especialmente las necesidades particulares del joven y no directamente la gravedad de los hechos que se le imputen.

Cuestiona luego el monto de pena impuesto, denunciando inobservancia de circunstancias atenuantes que fueron reclamadas y arbitrariedad por falta de tratamiento de lo planteado por esa parte.

En relación a la consideración como atenuante de las características disociales de personalidad que presenta el imputado, referidas por todos los profesionales actuantes, señala que nada dijo la jueza de primera instancia. Por el contrario, aprecia que en su sentencia se había valorado dicha situación en sentido contrario a la atenuación del reproche, utilizándola solamente para fundar con ella la necesidad de aplicación de pena, planteo que tampoco habría recibido contestación en la etapa de revisión.

Sostiene que el fundamento de su planteo radica

P-126419-1

en que estos sujetos si bien saben lo que hacen y conocen lo ilícito de sus conductas, no viven como propio el disvalor de su accionar, ya que no han incorporado en su infancia o en instancias de socialización primaria, esos valores dominantes para la sociedad. Aduce que ese déficit en el juicio ético y de valor que presenta su asistido debe integrar el reproche penal que se haga, disminuyéndolo en su monto, en tanto no es deliberadamente elegido por el joven imputado sino que es producto -entre otras causas- de los padecimientos vividos a lo largo de su infancia e inicio de la adolescencia.

Por otra parte, se agravia del rechazo que de la atenuante relacionada con el incumplimiento demostrado por el Estado -o al menos la total ineficacia- respecto de las medidas positivas que convencional y legalmente le son impuestas para dar atención prioritaria al derecho a la protección integral del joven.

Indica que, más allá de la vulnerabilidad psicosocial en que se encuentra el joven, ha existido un incumplimiento por parte de las instituciones provinciales para con sus obligaciones convencionales de adoptar medidas positivas y prioritarias tendientes a hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales del joven (art. 4 CIDN; arts. 1, 6 y 7 ley 13.298).

Alude, además a la falta de consideración de la atenuante relacionada con el consumo de sustancias tóxicas. En este sentido, señala que los informes que se agregaron a la causa daban cuenta de una patología de consumo propia de este joven. Por ello, entiende que, frente a la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-126419-1

omisión de trato que específicamente y en términos de atenuante hacía la jueza de instancia, no puede ser ahora considerada, como lo hizo el *a quo*, dentro de los términos genéricos del consumo intra familiar al que se alude.

Asimismo, solicita se tenga en cuenta como atenuante, las deficiencias mostradas en el período de institucionalización en Centros Cerrados que sufriera el imputado, ya sea por déficit estructurales o de implementación de estrategias, aspectos que quedaron claramente demostrados en el juicio, donde se observó que ninguna de las dependencias en las que fue privado de su libertad supo dar respuesta satisfactoria a las necesidades que demandaba el tratamiento de su personalidad, ni permitió una normal convivencia con el joven Fortunato.

Por último, respecto del rubro atenuantes, solicita se tenga en consideración la circunstancia de no poseer antecedentes penales, puesto que es la primera vez que el joven Fortunato es condenado y sujeto a imposición de una pena.

Expresa, en relación a ello, que en el procesamiento que sufriera el joven por la presunta comisión del delito de abuso sexual -que el sentenciante dice valorar "particularmente"- no puede ser considerado en ese sentido ya que Fortunato fue absuelto en juicio oral de dicha imputación, interviniendo en las actuaciones la misma Sala de la Cámara de Apelaciones departamental, anulando el juicio desarrollado, decisión recurrida por la defensa.

Aduce también, en este aspecto, que los

diferentes hechos delictivos enrostrados al joven ya habían sido mensurados por la jueza de instancia como una circunstancia agravante de la pena, en términos de reiteración delictiva por lo que considerarlos en este punto para desechar la atenuante reclamada, implicaría una doble valoración en perjuicio del imputado.

Por otra parte, denuncia la errónea aplicación de circunstancias agravantes y la violación de los principios de proporcionalidad de la pena, subsidiariedad y mínima intervención.

Impugna el recurrente lo resuelto por el *a quo*, que haciendo lugar al recurso de apelación interpuesto por el agente fiscal, computa agravantes de pena descartadas en la instancia de grado y resuelve, en consecuencia, imponerle a F. la pena de nueve años de prisión, elevando en un año y medio la inicialmente fijada por la jueza de primera instancia, pese a la absolución dispuesta en una de las causas.

Señala que lo resuelto por la Cámara controvierte la prohibición constitucional de doble valoración, derivada del *ne bis in idem*.

Esgrime que eventualmente, superado el análisis de necesidad de pena, procede la instancia de determinación de su monto dentro de la escala legal disminuida prevista por la misma ley 22.278; pero llegada esa etapa, y evaluando los parámetros que para su fijación determinan los arts. 40 y 41 del Código Penal, nada autoriza a volver a considerar lo referido en estas normas como "*naturaleza y gravedad de los hechos*", para



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-126419-1

nuevamente ponderarlos y aumentar con su estimación el reproche a imponer.

Sin perjuicio de lo expuesto, para el caso que VVEE entiendan que en autos no se configura una doble valoración violatoria del *ne bis in idem*, se agravia en punto a la propia configuración que el *a quo* tiene por acreditada en relación a la naturaleza de los hechos y a la extensión de los daños y peligros causados y con motivo de la cual resuelve elevar la pena de prisión impuesta a su asistido.

En este sentido, advierte con relación a la causa n° 768/12, seguida por el delito de robo calificado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, en poblado y en banda, que la alzada valoró como agravantes "la pluralidad de intervinientes (3)" y "el uso de un arma de fuego".

Respecto a la pluralidad de intervinientes el recurrente cita lo resuelto en la causa P. 82.624 de esa Suprema Corte e indica, con relación al uso de un arma de fuego, que en reiterados pronunciamientos ha sostenido que tal pauta agravante resultaba razonable de ponderar con relación al art. 166 inc. 2 del Código Penal conforme texto anterior a la ley 25.882, pues en tal régimen el delito de robo se encontraba agravado por el uso de armas sin distinción de su tipo, citando la sentencia dictada en la causa P. 99.252.

Señala que lo antedicho resulta aplicable también con relación a las causas n° 771/12 y 774/12, ambas seguidas por el delito de

"robo calificado por el uso de arma apta para el disparo", con relación a las cuales el *a quo* también valora como circunstancia agravante "la utilización de un arma de fuego".

Aduce también, con relación a la causa n° 768/12, que la alzada pondera como circunstancia agravante la "nocturnidad" en que el hecho se llevó a cabo, pero no explica de qué modo tal referencia justifica el aumento del reproche penal en el caso concreto, teniendo en cuenta que el ilícito en cuestión discurre en tempranas horas de la noche (aproximadamente 21:15), en época estival, dentro del recinto de una heladería, estando éste y su exterior totalmente iluminado y en el curso de su horario abierto al público, razones éstas por demás demostrativas de que la nocturnidad, en el caso, no habría brindado cobertura alguna a la ejecución del hecho.

Cuestiona también la valoración de la "*pluralidad de intervinientes*" (2) y la "*pluralidad de víctimas*" con relación a las causas n° 771/12 y 774/12, como agravantes, desde que entiende se incurre con ello en absurdo e insanable contradicción.

Por otra parte impugna también la consideración de la "*extensión de los daños y peligros causados*" como agravante de pena, ya que tal extremo no ha sido acreditado en autos, y de la lectura de la sentencia no se desprenden los motivos concretos y objetivos que llevaron al *a quo* a agravar la sanción impuesta a su asistido por esa alegada causal.

Así, señala con relación a la causa n° 768/12, que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-126419-1

la alzada menciona como circunstancias a valorar "*la violencia desplegada contra varias víctimas*" y "*que a una de ellas le gatillaron en las piernas (...) y en varias ocasiones*", sin justificar que la "*violencia*" desplegada exceda la que es propia del delito de robo con relación al cual se la valora. Tampoco se demuestra una extensión del peligro causado, desde que la circunstancia de gatillar un arma que se presume no apta para el disparo ninguna peligrosidad irroga, que pueda considerarse a tal fin.

Aduna que idéntica estimación cabe hacer para las causas n° 771/12 y 774/12, siendo que en estos casos no se ha acreditado la magnitud de la lesión al bien jurídico propiedad o las consecuencias experimentadas por las víctimas de estos hechos como detrimento psicológico producto del ilícito, que pudieran valorarse como "*extensión del daño causado*", más allá de los perjuicios que el acaecimiento de este tipo de delitos, por su propia gravedad, provocan.

Señala también que para la elevación de la pena el *a quo* ha valorado la regular "*impresión personal*" que el imputado causara a los camaristas en la audiencia de *visu*. Expresa que debe considerarse que, si bien el art. 4 de la ley 22.278 prevé la "*impresión directa recogida por el juez*" como uno de los aspectos a valorar para resolver la imposición de pena con relación a un menor, ello lo hace a los fines de establecer la propia necesidad de aplicar tal medida punitiva, y no como aspecto relevante para su determinación cuantitativa.

En relación a ello, sostiene que valorándose esta

"regular impresión" que el joven causara a los jueces para la determinación de la pena -por encima de la fijada en la instancia de grado- el reproche oscila en torno a una calidad personal del imputado que denota una pauta propia del derecho penal de autor que excede, además, las facultades de revisión legalmente estatuidas (cfr. arts. 434 y 435, CPP).

Considera así el impugnante que el *a quo* incurre en arbitrariedad y absurdo valorativo, al ponderar disvaliosamente una apreciación subjetiva carente de todo sustento fáctico, a los fines de justificar la decisión que finalmente se adopta de aplicar pena por encima de la individualizada en la instancia de grado.

Finalmente, afirma que la decisión atacada es arbitraria, desde que determina injustificadamente el monto de la pena sin una motivación adecuada resultando, en consecuencia, violatoria de los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y mínima intervención.

Considera carente de adecuada fundamentación a la decisión que eleva un año y medio la pena impuesta en la instancia de grado con relación a un delito menos -dada la resolución absolutoria dictada en la causa 766/12- y por introducir la valoración únicamente de la agravante dada por la naturaleza de los hechos cometidos y la extensión de los daños y peligros causados.

Concluye su presentación proponiendo que se aplique al joven F. la pena de tres años y cuatro meses de prisión de efectivo cumplimiento, en base al mínimo legal de la escala y la reducción



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-126419-1

prevista por el artículo 4 de la ley 22.278

III. En mi opinión, el presente recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley debe ser parcialmente acogido, con el alcance que a continuación indicaré.

En primer lugar, considero que el primer motivo de agravio, en el que se plantea que no puede tenerse por cumplido el tratamiento tutelar previo exigido por la ley de fondo para la imposición de una pena y se denuncia la inobservancia de lo dispuesto por el art. 4, inc. 3 de la ley 22.278, la errónea aplicación de lo previsto por el art. 8 de la mencionada ley, la afectación del derecho de defensa en juicio, la inobservancia del art. 36 de la ley 13.298 y el absurdo en la valoración de la prueba, no puede prosperar.

Las alegaciones sobre el incumplimiento del recaudo relativo al año de tratamiento tutelar previsto en el art. 4, inc. 3 de la ley 22.278 y -como consecuencia de ello en su apreciación- de múltiples derechos y garantías de fuente constitucional y convencional, no son aptas para evidenciar el supuesto de absurdo o errónea aplicación de la ley que denuncia.

En este contexto, no puede quedar al margen del análisis que la ley de fondo 22.278 refleja algunos desajustes con las prescripciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que en la práctica judicial hay que intentar compatibilizar para no desnaturalizar el sentido y alcance de la normativa convencional.

P-126419-1

No repara la defensa en que el régimen penal de la minoridad contempla situaciones en que el cumplimiento del aludido requisito del inc. 3 del art. 4 de la ley 22.278 -que en el caso la alzada estimó cumplido "de hecho"-, queda supeditado a la medida en que ello resulte posible. Asimismo, el *a quo* ha contado con una amplia información sobre la conducta del joven infractor y la ha considerado para pronunciarse sobre la necesidad de imponer una pena. En este contexto, la hipótesis defensiva respecto del carácter decididamente ineludible que confiere al tratamiento tutelar previo aparece infundada y desvinculada del marco normativo que ha reparado en la conformación de otros posibles escenarios.

En este sentido, señaló la Cámara revisora que:

"...la Sra. Juez a quo ha explicitado por qué daba por cumplimentado el año de tratamiento tutelar exigido por el inc. 3ero. del art. 4to. de la ley nacional 22.278. Ello a partir de las intervenciones del Servicio Local desde el año 2008 en la persona del justiciable y de su grupo familiar, las que fueron recepcionadas en el juicio oral y público de cesura por los profesionales que las practicaron, con contralor del imputado y su defensa técnica. Allí también se hizo saber la intervención del C.P.A., valorando también la Magistrada el tránsito institucional del joven como consecuencia de su ingreso al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, dados sus conflictos con la ley penal (...) la intervención de los operadores durante la detención del menor fueron 'el tratamiento'; aunque hubiera sido efectuado en otra causa. Y en forma complementaria agrego, que lo actuado por el personal



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-126419-1

del servicio local, supliría al tratamiento por resultar Fortunato mayor de edad al momento de la imposición de pena. Todos los informes producidos y las testimoniales brindadas en la cesura (tanto en la intervención del Servicio Local como la de aquellos operadores que actuaron con el menor durante su privación de libertad), abastecen con amplitud la exigencia del legislador nacional para aquellos casos en que el proceso se siga ya a mayores de edad por hechos cometidos entre los 16 y 18 años. De allí que la referencia del Sr. Defensor con respecto a que no pueden valorarse actuaciones que no sean jurisdiccionales con respecto al tratamiento tutelar, va en contra del texto legal. A mayor abundamiento tampoco comparto que no puedan valorarse esas intervenciones penales efectuadas en otras causas; a Fortunato se le sigue un concurso real de ilícitos (entre los aquí juzgados y los de la causa citada por la Sra. Juez a quo donde se dieron esas intervenciones). Y ello es de conocimiento del recurrente, siendo que varios de los operadores (por ejemplo del Centro Valentín Vergara) declararon con el contralor de la defensa en el debate; ningún menoscabo advierto entonces. No sólo puede sino que debe valorarse toda esa actividad (tanto la administrativa como la jurisdiccional)." (fs. 159/160 vta.).

En definitiva, conforme lo adelantado, la supuesta omisión de lo establecido en el art. 4, inc. 3 de la ley 22.278, enlazada con otras pretensas afectaciones de índole suprallegal, pierde todo sostén, merced a que no supera el nivel de la discrepancia con lo señalado por el *a quo*. Por consiguiente, no se evidencia un supuesto de absurdo o errónea

aplicación de la ley sino más bien la mera disconformidad del apelante con el pronunciamiento atacado.

Considero así, como adelantara, que las consideraciones del recurrente sobre el punto resultan genéricas y dogmáticas, de modo tal que no pueden constituir una crítica eficaz ante esta sede (doct. art. 495 CPP).

Tampoco ha de ser atendido favorablemente el agravio relacionado con la falta de fundamentación en la necesidad de imponer pena al joven encausado.

Ello así pues considero, en primer lugar, que no obstante la expresa denuncia de violación a garantías constitucionales que formula el recurrente, el recurrente no hace más que reproducir las objeciones que oportunamente formulara en el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria de mérito.

Así, deja sin rebatir los argumentos desplegados por la Cámara revisora para rechazar el remedio intentado en esa instancia.

En efecto, en cuanto a la necesidad de imposición de pena, entiendo que el *a quo* revisó la sentencia de origen conforme los parámetros establecidos en el art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y la doctrina establecida por esa Suprema Corte al efecto.

En su decisión, la Cámara revisora justificó adecuadamente la revisión de la sentencia del Juzgado de Responsabilidad,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-126419-1

teniendo en cuenta las concretas circunstancias del caso y los parámetros que al efecto corresponde evaluar.

Así, el art. 4 de la ley 22.278 establece que, una vez declarada la responsabilidad penal, cumplidos los dieciocho años de edad y el período de tratamiento tutelar "*...si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa.// Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso segundo*".

Este dispositivo debe ser interpretado a la luz de lo dispuesto por el art. 37, inc. b de la Convención sobre los Derechos del Niño, el que estipula que: "*[l]a 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*" y por la Regla 17 de las Reglas de Beijing que establece: "*[l]a respuesta que se de 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*".

Es claro, entonces, que la gravedad de los hechos concretos -robo calificado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, en poblado y en banda, portación de uso de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, robo

P-126419-1

calificado por el uso de arma apta para el disparo y robo calificado por el uso de arma de fuego apta para el disparo- por los que fuera declarado responsable el joven imputado F. constituye una de las pautas que corresponde considerar a la hora de evaluar la necesidad de imponer una pena, sin que ello implique necesariamente que la eximición de pena legalmente prevista no sea aplicable a alguna especie de delito en particular.

En este sentido, el *a quo* explicó claramente que la necesidad de imponer pena al acusado se fundaba en que: " ... la Sra. Juez estableció ello basada en el comportamiento del joven durante el tratamiento tutelar, donde no se adaptó a las normas institucionales, habiendo tenido conflictiva relación con sus pares, adunado a su adicción al consumo de sustancias tóxicas, conllevó al fracaso del tratamiento tutelar. Complementó ello con el análisis sobre la naturaleza y gravedad de los hechos enrostrados (...) Las resistencias expuestas por el recurrente no son más que una divergencia personal, pero lejos están de acreditar alguna falencia probatoria o absurdo en la valoración de la Sra. Juez a quo. Digo así que la queja "procesal" que efectúa con respecto a algunos de los medios de prueba valorados, resulta insuficiente pues más allá de hacerse lugar a su planteo sobre la incorporación por lectura de los Informes del Centro de Recepción de Mar del Plata (aún excluidos los mismos), el resultado al que arriba la Magistrada, se mantiene en pie. Igual situación con respecto a la denuncia del recurrente en el sentido de que F. debió ser trasladado de Centro en Centro por la grave imputación que se le cursaba. Si bien ello no puede



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-126419-1

desconocerse, no ha sido la conclusión a la que arribó la Magistrada de grado quien justificó ello en las graves inconductas del menor basada en la prueba rendida en la cesura; de allí que todo lo por ella valorado se mantiene en pie. No se hace cargo el recurrente de discutir (desde los hechos y desde el derecho) las continuas fugas y hechos de violencia de los que participó su representado, hasta que finalmente fue alojado (a partir de la mayoría de edad) en una Unidad del Servicio Penitenciario, donde al menos su alojamiento pareciera ser menos conflictivo. Igualmente también es insuficiente esta parte del remedio desde el momento que el impugnante nada dice en lo tocante a la naturaleza de los numerosos y graves hechos enrostrados a F. como otro motivo demostrativo de la necesidad de imponer sanción" (fs. 160 vta/ 161 vta.).

Es claro, entonces, que en el caso no ha sido considerada exclusivamente la gravedad y pluralidad de los hechos para decidir la imposición de pena, sino que se ha considerado, además, el resultado negativo de las intervenciones estatales previas, dirigidas a reencusar el comportamiento del imputado.

Todo ello me permite señalar -como ya lo expresara- que tanto el *a quo* como la jueza de instancia han ponderado la totalidad de las circunstancias fácticas e informes elaborados de manera minuciosa y en ese sendero han fundado y confirmado de manera suficiente la aplicación de pena al joven encartado.

En cuanto a la solicitud de atenuantes, nada me

aparta de lo expresado por el *a quo* cuando de manera razonada señaló que: *"también denuncia el Defensor la omisión de valorar atenuantes oportunamente planteados: características disociales de personalidad, descrita como trastorno de impulsividad agregado al consumo de sustancias tóxicas agravado por la situación de marginalidad; incumplimiento del Estado -o ineficacia- respecto de las medidas positivas que decidieron llevarse a cabo con el menor; situación de consumo de sustancias tóxicas; la carencia de antecedentes penales; y las deficiencias mostradas en el período de institucionalización en Centros cerrados. La Sra. Juez por su parte valoró como atenuantes (ver fs. 14 vta. a 15 vta.) el hecho de que resultara un sujeto en desarrollo; el estado de vulnerabilidad social en que se encontrara desde temprana edad (fallecimiento de su padre, carencia de otros referentes afectivos estables, deserción escolar); venta y consumo de estupefacientes en el ámbito familiar primario. Advierto entonces que varios de los atenuantes que el Sr. Defensor denuncia como omitidos de tratamiento, no sólo no es ello así sino han sido valorados en favor de F. Palabras más, palabras menos el estado de vulnerabilidad ha sido una forma de reconocer la ineficacia de medidas positivas por parte del Estado para haber paliado las consecuencias del abandono sufrido desde chico por el justiciable. El consumo de sustancias estupefacientes también lo observo valorado pues cuando se habla de consumo en el ámbito familiar primario, considero se lo ha incluido. En cuanto a las "supuestas deficiencias de los Centros Cerrados" advierto que ello no ha sido compartido por el *a quo*; pareciera*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-126419-1

que el recurrente tiende a considerar que por no haber tenido buen resultado el tratamiento tutelar ha sido "responsabilidad" de quienes trabajan y de las condiciones de los mismos; olvida que la Sra. Juez a quo ha meritado el mal comportamiento de F. y sus fugas de esos Centros para determinar la necesidad de aplicar pena, mal entonces lo puede valorar como atenuante. No es una omisión, es una valoración diferente de la que el recurrente no se hace cargo, sólo pretende imponer su tesis divergente" (fs. 161 vta/162).

El agravio en el que se cuestiona la exclusión de la atenuante relacionada con falta de antecedentes penales tampoco puede prosperar.

Ello así pues le asiste razón al *a quo* cuando señala que la carencia de antecedentes penales: *"...no siempre es un atenuante. Es que como lo ha establecido el Tribunal de Casación Penal Provincial, cuando el sujeto al que se le ha de imponer sanción tiene juventud, esa carencia es de valor relativo. De hecho puede ser valorada en ambos sentido (incluso como agravante) debiendo tenerse en cuenta la edad, delito cometido, etc ..."* (fs. 162/ vta.).

Frente a esta afirmación, el recurrente no esgrime un solo argumento que permita sostener que, en el marco de un proceso en el que se juzgan numerosos hechos atribuidos a un menor de edad, la carencia de antecedentes -no registrables en el fuero en cuestión- pueda ser computada como una circunstancia relevante para estimar la existencia de un comportamiento previo ajustado a las normas y computable, en consecuencia,

como atenuante.

Tampoco puede ser atendido el embate relacionado con la doble valoración de la "naturaleza del hecho" en la imposición de pena y en la mensuración.

Así el *a quo*, al receptar favorablemente la petición del Ministerio Público Fiscal respecto a que se compute la naturaleza de los hechos cometidos como agravante, señalando que: *"...debe ser valorada la naturaleza de los hechos cometidos, a los fines de la necesidad de aplicar pena y del monto de la misma, pues así lo determina el legislador nacional en la ley 22.278 (...) Por el contrario es una garantía de los menores que justamente esa necesidad de pena y su monto en último caso, se base en cuestiones relacionadas a los hechos por los que se los juzga, límite de la propia culpabilidad, dejando de lado otros factores que no tengan que ver con el derecho de acto. Y ello reducido (como regla) o atenuado por la edad a la fecha de comisión (...) Los aspectos personales del justiciable, están relacionados con su vida en los institutos de menores, por lo que puede ser valorados para determinar el fracaso del tratamiento o la necesidad de imponer pena, pero nunca con respecto al monto, pues no tienen que ver con "el acto" por el que se lo juzgara. Sí en cambio entiende que debe hacerse lugar a la agravante por la naturaleza de los hechos cometidos y la extensión del daño causado"* (fs. 163/ vta.).

Estimo que dicho argumento no ha sido rebatido eficazmente y por ello el agravio deviene insuficiente.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-126419-1

Considero oportuno agregar, sin perjuicio de lo expuesto, que no existe doble consideración prohibida alguna si se considera -como en definitiva ocurriera en el caso- que la comisión de hechos delictivos particularmente graves amerita la imposición de una pena y luego, con la escala penal aplicable fijada, se considera la concreta gravedad de cada uno de ellos para individualizar la sanción en ese marco legalmente establecido.

En cuanto al embate relacionado con la agravante "nocturnidad", el mismo no puede ser atendido favorablemente, desde que: *"la ponderación de la nocturnidad como agravante de la pena es una circunstancia objetiva que evidencia por sí, mayor peligrosidad (art. 41 inc. 2º del C.P.) ya que quien aprovecha el horario nocturno para consumir un delito utiliza una situación que naturalmente favorece la impunidad de su accionar, sea este aprovechamiento deliberado o no"* (P. 113784, sent. 30/09/2014).

Por ende, deviene insuficiente el presente agravio en tanto la defensa se alza frente a la ponderación de la "nocturnidad" como agravante, mas se limita a citar implícitamente la línea jurisprudencial que adscribe a la tesis subjetiva, sin lograr evidenciar que en virtud de las constancias comprobadas de la causa dicha pauta severizante hubiera sido erróneamente aplicada (art. 495 CPP).

Cabe agregar que el defensor señala, en pos de fundar su agravio, que el hecho fue cometido alrededor de la 21 horas, en el mes de marzo, en una heladería iluminada, mas lo cierto es que la nocturnidad

P-126419-1

puede ser aprovechada no sólo en el instante de la consumación del ilícito sino antes y después de ello, tanto para llegar al lugar sin ser advertido como para lograr huir luego de consumado el evento, circunstancias que pasa por alto el impugnante.

Tampoco puede ser atendido el agravio dirigido a cuestionar la consideración de la pluralidad de intervinientes como agravante en las causas n° 771/12 y 774/12, por cuanto no es una regla matemática -tal como lo propone el recurrente- el hecho de que pluralidad de intervinientes se anule con pluralidad de víctimas. Dicho agravio resulta dogmático y, por ende, insuficiente.

No prosperan tampoco los embates dirigidos contra la agravante que contempla la "violencia desplegada" y "la extensión del peligro causado" en causa 768/12, ello por cuanto el *a quo* claramente consideró un plus de disvalor por sobre el que ya contempla la figura típica, el efectivo uso del arma, gatillada varias veces en dirección a una persona.

En este sentido va de suyo, que el hecho de gatillar varias veces el arma que se porta es una situación que genera un grado de violencia que supera la exigencia típica, que se satisface con la simple amenaza armada.

En cuanto al embate relacionado con la consideración de la "extensión del peligro causado" en dicha causa, estimo que el análisis que hace el esmerado Defensor, cuando afirma que poco peligro conlleva el hecho de que la usada no sea un arma apta, pues es un



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-126419-1

análisis *ex post* y por ende, no logra conmover lo cedido por el *a quo*.

Respecto a la solicitud de aplicación del mínimo legal de la escala penal aplicable al caso, debo decir que el agravio no prospera.

En efecto, estimo oportuno destacar que el recurrente construye su propuesta partiendo de una postura incompatible con la doctrina de esa Suprema Corte que, en reiteradas oportunidades, ha dicho que: "*[n]o existe legalmente un punto de ingreso fijo a la escala penal, la única restricción a la cual debe su apego el órgano jurisdiccional se encuentra además de su fundamentación y razonabilidad (art. 1, CN) en la escala impuesta por el Código Penal, sea para cada tipo en particular o la que resulte de lo normado por los arts. 54 y 55 del mismo ordenamiento*" (P. 98.529, sent. del 15/07/2009; P. 112.407, sent. del 18/6/2014, entre otras).

Considero, por lo expuesto, que corresponde rechazar los motivos de agravio hasta aquí abordados.

Por otra parte, estimo que deben ser atendidos los siguientes planteos.

En primer lugar, el referido a la consideración de la extensión del daño causado en causas n° 771/12 y 774/12, pues coincido con lo postulado por la defensa en que no se han desarrollado los motivos por los que debería aplicarse dicha agravante, ni se ha hecho referencia a la magnitud de la lesión al bien jurídico propiedad o a las consecuencias experimentadas por las víctimas de estos hechos como detrimento psicológico

producto del ilícito, que pudieran valorarse como "*extensión del daño causado*", más allá de los perjuicios que el acaecimiento de este tipo de delitos, por su propia gravedad, provocan.

También considero que han de prosperar favorablemente los agravios relacionados con la causa n° 768/12, seguida por el delito de robo calificado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse por acreditada, en poblado y en banda, en tanto la alzada al valorar la agravante "*pluralidad de intervinientes (3)*", estaría incurriendo en una doble valoración prohibida, tal cual lo enuncia la defensa.

Dicha situación también resulta aplicable en causas n° 771/12 y 774/12 -tal como sostiene la defensa-, ambas seguidas por el delito "*robo calificado por el uso de arma apta para el disparo*" con relación a las cuales el *a quo* también valoró como circunstancia agravante "*la utilización de un arma de fuego*", siendo que la figura legal aplicada ya contempla la utilización de un arma de fuego como exigencia típica expresa.

Por último, en cuanto al agravio dirigido a cuestionar la impresión que causó el imputado F. en la audiencia *de visu* y violación a los arts. 334 y 335 del Código Procesal Penal, debo señalar que el parcial acogimiento del recurso que propongo tornaría abstracto el tratamiento de esta cuestión, toda vez que correspondería reenviar la causa a la instancia de origen para una nueva determinación de la pena, imponiéndose también la celebración de una nueva audiencia con el imputado.

IV. Por lo expuesto, considero que esa Suprema



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-126419-1

Corte debería hacer lugar parcialmente, con los alcances indicados, al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto en autos por la defensa de

S N F

La Plata, 12 de junio de 2017.

JUAN ANGEL DE OLIVEIRA
Subprocurador General
Suprema Corte de Justicia

