

"P., O. A. s/ recurso

extraordinario de inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala II de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Bahía Blanca no hizo lugar al recurso de apelación deducido por la defensa de O. A. P. y confirmó el fallo del Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N° 1 departamental que resolvió: 1) revocar la condicionalidad de la pena de tres años de prisión; 2) no proceder a la unificación de penas - conf. arts. 27 y 58 del Código Penal-; 3) no aplicar la remisión del caso - Regla 11, Beijing-; y, 4) ordenar el cumplimiento efectivo de la misma bajo el régimen de jóvenes adultos de la UP N° IV de Villa Floresta (v. fs. 31/35).

II. Frente a esa decisión, la defensa oficial deduce recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 67/80 vta.), el que fuera declarado inadmisibile por el tribunal intermedio (v. fs. 86/90). Ante ello, la defensa dedujo recurso de queja (v. fs. 169/175), la cual fue admitida, decidiéndose conceder la vía regulada en el art. 494 del C.P.P. (v. fs. 179/182).

III. En primer lugar, denuncia que la sentencia resulta arbitraria atento que el sentenciante aplicó en forma errónea la Regla 11 de Beijing al entender que la misma sólo reviste "carácter orientativo". Aduce que la resolución desconoce que, respecto del fuero penal juvenil, la Corte I.D.H. ha reconocido que la "remisión" allí prevista forma parte del *corpus iuris* internacional de protección de niños, niñas y adolescentes (conf. OC 17/02; caso "Villagrán Morales y otros").

Sostiene que, a contrario de lo dicho por el juzgador, debe tenerse en cuenta que la citada Regla 11 dispone expresamente que se puede utilizar en

cualquier etapa del proceso y no es una pauta de orientación para los jueces, puesto que responde a los fines del fuero tales como subsidiariedad, mínima intervención y mínima prisionización, agregando que en autos el joven ya ha cumplido más de un año de las reglas de conducta impuestas.

Afirma que en la actualidad a su asistido se le impuso, ante la justicia de adultos, otra condena condicional conforme manda el art. 26 del Código Penal, con la imposición de reglas de conducta por el plazo de dos años, estimando la recurrente que si el sometimiento del joven a controles externos se ha prorrogado, la subsistencia de una pena impuesta en el fuero penal juvenil ha perdido relevancia a la luz del principio de mínima intervención, destacando el esfuerzo de su defendido en cumplir las reglas de conducta determinadas en el proceso de menores, aclarando que ya ha transitado más de la mitad del plazo previsto.

Concluye exponiendo que el fallo en crisis quebranta los principios de subsidiariedad, mínima intervención, proporcionalidad de la pena e interés superior del niño (arts. 8.1 y 19, CADH; 37 y 40, CIDN), ya que la Regla 11 de Beijing consolida en sus alcances lo dispuesto en el art. 40 de la Convención y resulta directamente operativa.

En segundo término, denuncia que el pronunciamiento vulnera los principios de legalidad y pro homine (arts. 18 y 19, CN y 29, CADH), resulta arbitrario y aplica erróneamente lo dispuesto en el art. 27 del C.P., quebrantando los principios de subsidiariedad y mínima intervención, así como también lo previsto en el art. 37.b de la CIDN.

Sostiene que la interpretación dada a la norma de fondo citada

que brinda el juzgador resulta idéntica que la admitida en procesos penales de adultos, ésto es, la revocación automática de la condicionalidad de la pena impuesta, cual es la evaluación más restrictiva posible.

Asimismo, aduce que la remisión peticionada es el mejor criterio de oportunidad, añadiendo que la Regla 6.1 de Beijing otorga a los operadores facultades discrecionales en todas las etapas del proceso, citando el fallo "Maldonado" de la Corte Suprema de Justicia y agregando que existen soluciones alternativas y menos restrictivas de derechos.

En tercer lugar, cuestiona que se haya declarado extemporáneo el planteo vinculado a la inconstitucionalidad del art. 27 del C.P., por vulnerar en concreto los principios constitucionales de proporcionalidad y de subsidiariedad en la materia.

Alega que esa Suprema Corte resulta obligada a conocer de la cuestión atento la entidad federal del planteo conforme los arts. 31 de la CN, 434, 435 y 480 del C.P.P. bonaerense, mencionando los precedentes "Casal", "Autolatina" y "Coria" del Alto Tribunal Federal.

IV. El recurso no puede ser acogido favorablemente.

Ello así pues considero, en primer lugar, que la decisión atacada no puede ser tachada de arbitrariedad en los términos propuestos por la impugnante. Es dable destacar que la sentencia arbitraria no es aquella que contenga un error o equivocación cualquiera (Fallos: 308:2263; 314:1404; 318:892) sino, la que padece de omisiones y desaciertos de gravedad extrema, que la descalifican como pronunciamiento judicial válido (Fallos: 294:376; 308:641; 310:1707; 314:1404 y 1888; 315:449;

318:495; 324:1721). De ahí que el recurso extraordinario por arbitrariedad reviste carácter excepcional y no tiene por objeto abrir una tercera instancia ordinaria donde puedan discutirse decisiones que se estimen equivocadas (Fallos: 295:420 y 618; 302:1564; 304:375 y 267; 306:94; 262 y 391; 307:1037 y 1368; 308:641 y 2263; 310:676 y 2277; 315:575; 320:1546; 323:2879 y 3139).

Ha sostenido el Máximo Tribunal de la Nación que el que deduce el remedio federal bajo el cauce de la arbitrariedad debe esgrimir acabados y suficientes argumentos que permitan analizar circunstanciadamente el alcance de aquella apelación por vía del caso excepcional de arbitrariedad (arg. doctr. causa P. 420.XL. "Procurador General de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires s/inconstitucionalidad arts. ley 12607", sent. del 21/9/2004), sin que tales recaudos se encuentre abastecidos en la especie.

En efecto, la alzada departamental comenzó su faena exponiendo que luego de que adquiriera firmeza el auto de responsabilidad, el día 15/07/2014 al joven se le impuso una pena de tres años de prisión de ejecución condicional, con las reglas de conducta que prevé el art. 27 bis del C.P. por el término de dos años; que siendo ya mayor de edad cometió un nuevo delito el 15/12/2014, por el que fue condenado el 21/01/2015 a la pena de cinco meses de prisión de ejecución condicional más la imposición de reglas de conducta por el lapso de dos años, sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, añadiendo que la magistrada de grado procedió a revocar la condicionalidad de la primera pena impuesta (v. fs. 31 y vta.).

Seguidamente, mencionó que el art. 27 del C.P. era sumamente claro respecto de que quien fuera condenado a una pena condicional y antes de que pasen

cuatro años cometiera un nuevo ilícito, sufriría la pena impuesta en la primera condena y debía revocarse la sanción condicional, sin que exista excepción alguna basada en la minoría de edad del joven; y que la razón de tal instituto es "la ocasionalidad delictiva", siendo que la comisión de un nuevo ilícito es la condición objetiva necesaria, tal como sucede en autos (v. fs. 31 vta./32).

Asimismo, expuso los fundamentos por los cuales el planteo vinculado con la petición de inconstitucionalidad del art. 27 del C.P. resultaba extemporáneo ya que no había sido introducido ante la jueza de primera instancia, habiendo contado con la oportunidad para ello (v. fs. 32 vta./33 vta.).

Por otro lado, abordó la temática relacionada con la denegación de remisión solicitada y manifestó que las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokyo) "*...contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardas mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de prisión*", y que en "*...el Ap. 9.2 d) de las mismas se prevé la remisión, entre medidas que pueden tener lugar con posterioridad a la sentencia (...) Que los principios contenidos en dichas reglas revisten el carácter de orientativos y la remisión en la forma antes señalada, esto es con posterioridad al dictado de una sentencia, no ha sido adoptada por nuestra legislación (...) Sólo ha sido receptada legalmente en el artículo 40 de la Ley 13.634, la remisión como alternativa a la judicialización en los procesos, que parte de lo dispuesto en el art. 11 de las Reglas de Beijing (...) Ello faculta al Ministerio Público Fiscal, en función del principio de oportunidad, a hacer uso de la opción de no iniciar la persecución penal o en su defecto abandonar la ya iniciada,*

cuando se estime la conveniencia de ello en aras del futuro del menor, y con su consentimiento, para evitar el sistema penal juvenil cuando la permanencia en ellos pueda causar al adolescente un daño mayor. Surge de la idea de materializar la intervención penal mínima" (v. fs. 33 vta./34).

De igual modo, expresó que *"...como se anticipara, esos principios se pueden concretar en una primera etapa y a través de mecanismos de desjudicialización del conflicto y como un dique de contención para el avance del proceso hacia una sentencia, por lo cual ello no puede tener lugar en este proceso en el cual medió el dictado de una sentencia condenatoria, por lo cual resulta inoportuno (...) Tampoco opera en el caso lo dispuesto por el artículo 84 de la ley 13.634 que invoca el recurrente, en cuanto en el mismo se alude al cese de medidas impuestas a un joven, supuesto que es distinto al presente, en el que como ya señalara, se impuso una pena" (v. fs. 34).*

Finalmente, el juzgador expuso que el fallo del Tribunal de Casación citado por la parte se refería a un supuesto disímil al de autos, atento que allí la cuestión se refería a las medidas de libertad anticipada que se pueden obtener en la etapa de ejecución de la pena; en tanto que respecto de la sentencia de la propia alzada también traída por el quejoso sostuvo que *"...más allá que el párrafo que referencia el mismo, no resultaba dirimente para la resolución de la cuestión -unificación de penas- que fuera objeto de tratamiento en aquél, lo cierto es que se impone al presente reexaminar dicha apreciación, en lo que cabe señalar, como se anticipara en párrafos precedentes, que el instituto de la remisión no está previsto, con posterioridad al dictado de una sentencia, por lo cual el mismo no tiene cabida en nuestro régimen legal" (v. fs. 34 y vta.).*

Ahora bien, respecto del planteo vinculado a la denuncia de errónea aplicación de la Regla 11 de Beijing, debo decir que si bien es cierto que la remisión allí dispuesta forma parte del *corpus iuris* internacional en la materia, el recurrente no logra evidenciar que tal instituto resulte de obligatoria aplicación en el caso a remolque de los principios de subsidiariedad, mínima intervención, proporcionalidad de la pena e interés superior del niño que menciona.

En efecto, en primer término advierto que el impugnante incurre en una contradicción al afirmar que el joven se estaba esforzando en cumplir las reglas de conducta impuestas en el proceso juvenil a partir del día 15/07/2014, pues de autos surge que habiendo alcanzado la mayoría de edad cometió un nuevo ilícito el 15/12/2014, por el que fue condenado el 21/01/2015.

Asimismo, estimo que la defensa no rebate debidamente lo expuesto por el sentenciante en relación a que de las Reglas de Tokyo que señala surge que si bien la remisión puede tener lugar con posterioridad a la sentencia ello no ha sido adoptado por nuestra legislación, la cual sí recepta en el art. 40 de la ley 13.634 la remisión como alternativa a la judicialización en los procesos, que parte de lo dispuesto en el art. 11 de las Reglas de Beijing, facultando al Fiscal a no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, lo cual no se aplica al presente donde ya se dictó la responsabilidad penal del joven y se le impuso pena.

Tampoco incide para la resolución del caso lo dicho por la parte respecto de que el acusado ya transitó más de la mitad del plazo previsto para las reglas del art. 27 bis del C.P. en el fuero penal juvenil ni que también se le impusieran nuevas reglas de conducta en la condena como mayor, pues éstas son consecuencia de haber

cometido otro delito.

De igual modo, debo decir que el reclamo deviene insuficiente, en tanto se encuentra desprovisto de desarrollos argumentales que permitan desentrañar que el pronunciamiento resulte arbitrario o contrario a los principios rectores del fuero que menciona, no logrando establecer que lo resuelto en autos no responda al juego armónico de las disposiciones legales de orden local e internacional, razón por la cual entiendo que la defensa sólo opone opiniones subjetivas contrarias a las del juzgador.

Y como es sabido, el mero disenso, o la señalización de pareceres diversos no importan un medio de cuestionamiento idóneo, desde el ángulo de la técnica del carril impetrado (P. 102.516, sent. de 20/8/2008; P.101.759, sent. de 18/11/2009; P. 104.310, sent. de 25/9/2009; P. 110.668, sent. de 22/12/2010; P. 117.860, sent. de 19/3/2014; P. 117.680, sent. de 26/3/2014). Media, pues, insuficiencia (arg. doct. art. 495, CPP).

En definitiva, a mi modo de ver el impugnante no demuestra la violación a los principios que cita como vulnerados o que la sentencia carezca de fundamentación suficiente en el punto, lo cual la pone a salvo de la tacha de arbitrariedad intentada.

En lo que concierne al segundo embate recuerdo que el juzgador manifestó que tal como lo dispone el art. 27 del C.P., ante la comisión de un nuevo ilícito antes del transcurso de cuatro años se debe revocar la condena condicional anterior, añadiendo que no existe excepción basada en la minoría de edad y que la razón surge de la "ocasionalidad delictiva".

La defensa alega que ello vulnera los principios de legalidad y

pro homine, por un lado, y los principios de subsidiariedad y mínima intervención, por otro, más no se ocupa de vincular debidamente las generalidades que expone con los fundamentos dados por el sentenciante y con las circunstancias del caso, incurriendo en insuficiencia (doct. art. 495, CPP).

Sin perjuicio de ello, debo señalar que el criterio adoptado por la alzada se funda en una interpretación de la ley penal ceñida a su formulación literal y que se ajusta, en definitiva, a la *télesis* de la norma en cuestión, sin que la parte demuestre vulneración alguna a los principios de legalidad y *pro homine* al respecto. Añado que al hacer hincapié en que la remisión petitionada es el mejor criterio de oportunidad, hace depender su agravio del resultado del primer planteo que, como ya dijera, no puede tener acogida favorable.

En definitiva, debo decir que la inteligencia determinada por el tribunal intermedio no desborda el marco de las interpretaciones posibles, y la parte no logra evidenciar que la consideración taxativa de lo dispuesto en el art. 27 del C.P. resulte arbitraria o contraria a los principios constitucionales que denuncia como transgredidos.

Finalmente, y en lo que atañe al embate donde se cuestiona la declaración de extemporaneidad del agravio vinculado con la inconstitucionalidad del art. 27 del C.P., donde la quejosa alega que esa Suprema Corte resulta obligada a conocer de la cuestión atento la entidad federal del planteo, estimo que el mismo no puede prosperar.

Tal como lo dijera el órgano revisor, si la parte tuvo la oportunidad de introducirlo antes de que se expida la magistrada de primera instancia y

no lo hizo, el embate resultaba novedoso al deducirse en forma originaria en el recurso de apelación, cosa que igualmente acontece en la presente instancia extraordinaria.

Asimismo, la defensa no tiene en cuenta los numerosos precedentes del Alto Tribunal Federal que indican que el planteo de la cuestión federal que habilita el acceso a la instancia extraordinaria debe realizarse "*en la primera oportunidad posible y previsible que brinde el procedimiento*" (doctrina del art. 15 de la ley 48, CSJN, Fallos: 259:169; 263:353; 266:275, entre otros citados por "Sagüés, Néstor P. Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario. Tomo II, 4ta edición, Astrea, Buenos Aires, 2002, pag. 324"), sin establecer distinciones al respecto entre las distintas instancias locales que debe transitar un proceso antes de llegar a la apelación extraordinaria federal.

Estimo, en consecuencia, que el reclamo no puede ser atendido.

V. Por todo lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto.

La Plata, 1 de junio de 2018.

Firmado Subprocurador General

Juan A. De Oliveira