

"Z. J. E. y G., H. S. s/ Recurso extraordinario
de inaplicabilidad de ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Cámara de Apelaciones y Garantías del Departamento Judicial San Nicolás hizo lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la Defensora Oficial especializada y confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N° 1 del Departamento Judicial de Zárate Campana que había condenado a J. E. Z. a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional, manteniendo dicha sanción pero modificando la pena en relación a H. S. G., la que quedó establecida en cinco años de prisión de efectivo cumplimiento; en ambos casos por resultar coautores del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo en concurso real con robo calificado agravado por el uso de arma de fuego apta para el disparo y por el uso de arma (fs. 76/82).

II. Contra esa resolución la Defensora General del Departamento Judicial Zárate Campana interpuso, en lo que aquí interesa destacar, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 103/107 vta.).

Indica la recurrente, en primer término, que la defensa viene planteando desde el recurso de apelación que, practicado el juicio de cesura en relación a ambos jóvenes, el Fiscal sólo se limitó a pedir pena respecto a ambos imputados, sin brindar fundamento alguno en sustento de dicha petición.

Sostiene que el Juzgado debió nulificar tal proceder y disponer la absolución de sus asistidos, como lógica consecuencia, ante la imposibilidad de retrotraer el proceso a etapas anteriores legalmente cumplidas, en virtud de la

existencia de un vicio insalvable en la acusación.

Aduce que, teniendo en cuenta la plena vigencia del principio republicano que exige la fundamentación de cualquier acto de gobierno y siendo que por imperio del art. 56 del C.P.P. para el Ministerio Público Fiscal esto es una obligación expresa, la omisión fiscal concreta una flagrante violación al principio de legalidad, así como al principio acusatorio.

Esgrime que al afirmar el fallo en crisis que las exigencias de fundamentación del Fiscal vendrían cubiertas por el alegato fiscal y su fundamentación expresada previo al auto de responsabilidad declarada, se niega el plus de protección que constitucionalmente tiene la niñez, que diferencia en todos los casos en el proceso el momento en el que se discute la responsabilidad del joven (juicio de responsabilidad), de aquél en el que sólo se discute la necesidad de imposición de pena (juicio de necesidad de pena).

Insiste con la arbitrariedad del fallo de la alzada, por considerarlo dictado en violación a la ley ritual (art. 56, CPP) y a los principios de legalidad, debido proceso, defensa en juicio y republicano de gobierno, así como a las garantías de especialidad e interés superior del niño.

En segundo lugar critica la decisión que confirmó la imposición de pena a los jóvenes Z. y G.

Se agravia respecto de la sentencia que confirma la necesidad de aplicación de una pena de tres años de prisión de ejecución condicional a Z., brindando los mismos motivos por los cuales la defensa solicitó la no imposición de castigo en atención al progreso del joven, su edad, su inmadurez emocional y que

siempre había estado a derecho.

Entiende que la sentencia algo debió decir para justificar la decisión de condena desde el punto de vista del interés superior del niño y la finalidad del sistema de protección integral.

Asimismo, entiende que la decisión de confirmar respecto del mencionado imputado el plazo de cumplimiento de las reglas de conducta del art. 27 *bis* del C.P. durante tres años luce prolongado y se debería adecuar dicho lapso a la reducción aplicada para el caso del art. 4 de la ley 22.278.

En lo que respecta al joven G. advierte el mismo vicio de falta de fundamentación en la necesidad de aplicación de una pena de cinco años y a la modalidad de cumplimiento seleccionada.

Sin perjuicio de ello, señala la Defensora que esa parte esgrimió también que G. debía haber tenido la misma respuesta que había recibido Z., tanto en el monto como en el modo de ejecución, más aún cuando el Fiscal había solicitado al respecto la imposición del mínimo legal y no había expresado ninguna valoración negativa.

A raíz de ello entiende que, respecto del monto de pena impuesto a G., se configuró una violación al debido proceso, la defensa en juicio y a la prohibición de *reformatio in pejus*.

III. La Cámara de Apelaciones y Garantías interviniente declaró inadmisibile el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto (v. fs. 108/109), decisión que fue anulada por esa Suprema Corte (v. fs. 111/112 *bis*), concediéndose finalmente el remedio (v. fs. 124/128) y confiriéndose traslado a esta

Procuración General en los términos del art. 487 del C.P.P. (fs. 149).

IV. En mi opinión el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Defensora General en favor de J. E. Z. y H. S. G. no puede ser acogido favorablemente en esta sede.

En primer lugar he de mencionar 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), toda vez que esa doctrina 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).

Con ese marco de referencia, advierto en primer lugar que la impugnante reproduce las críticas que formulara ante la instancia de revisión ordinaria, técnica ineficaz para acceder a esta sede por el carril seleccionado, en la medida que deja sin rebatir los argumentos desplegados por la Cámara revisora para rechazar el remedio intentado en esa instancia.

En este sentido, tiene dicho esa Suprema Corte que es insuficiente el recurso de inaplicabilidad de ley en el que el impugnante reedita los mismos agravios -con los mismos argumentos- que formulara en su presentación ante la instancia previa, pues traduce una técnica inidónea y conduce, sin más, a la desestimación del recurso intentado (cfr. P. 117.616 sent. de 29/12/2014; P. 128.196,

sent. de 6/9/2017; P. 123.249 sent. de 27/12/2017, entre otras).

No obstante ello, es dable destacar que el agravio relacionado con la falta de fundamentación de la solicitud de pena por parte del Ministerio Público (art. 56, CPP), es un embate de neto corte procesal y por ende ajeno a la competencia de esta instancia extraordinaria (art. 494 CPP), en particular cuando no se demuestra la existencia de una efectiva afectación de las garantías constitucionales involucradas.

La recurrente pretende construir su agravio a partir de la falta de fundamentación del requerimiento fiscal, en particular en lo que concierne a la necesidad de imponer pena y al monto correspondiente, mas su reclamo no encuentra aval suficiente en las constancias de la causa que dan cuenta de la existencia de una expresa formulación de la pretensión de la acusadora en este aspecto, que pudo ser objetada y resistida por la defensa, sin desmedro alguno para el ejercicio del derecho de defensa de sus asistidos.

En efecto, se indicó en el razonado acuerdo de la alzada que:
"...en primer lugar, que el fiscal interviniente solicitó en un inicio una pena de doce años de prisión, requiriendo que se tuviera en cuenta la excesiva agresión en la comisión de los hechos. Frente a ello y sin pronunciarse sobre la sanción a imponer, en oportunidad de dictar el auto de responsabilidad, el magistrado a cargo adelantó que consideraría no sólo aquel motivo de agravación sino también, respecto de G., su situación económica familiar, extremo este último sobre que se disconformó la defensa y que fuera dejado sin efecto por este Tribunal (...) Sin embargo, celebrada la audiencia para definir la pena, el fiscal interpretó que se habían dejado sin efecto todas las agravante y sostuvo que solicitaría par ambos imputados 'atento la recalificación de la causa

efectuado por la Cámara' la pena mínima a imponer 'sin perjuicio de las facultades que la ley fonal otorga al juez para la valoración y reducción forme al art. 4°...' (fs.77/78). Se remitió así la alzada a lo manifestado por el Fiscal en la audiencia oportunamente celebrada al efecto, oportunidad en el que se requirió la imposición de pena invocando especialmente razones de orden retributivo (v. fs. 21 del presente legajo).

Además, ahondó en su explicación la Cámara revisora, haciendo hincapié en lo establecido en el artículo 56 tercer párrafo del ritual, que impone al Ministerio Público Fiscal formular motivadamente sus requerimientos, indicando que en el caso del pedido de pena tal exigencia se encuentra cumplida con los alegatos en los que, con desarrollo argumental, se solicita el dictado del auto de responsabilidad y consecuente pena (fs.78 vta.).

La recurrente insiste con sus dogmáticas afirmaciones en torno a las reglas del debido proceso, al acusatorio y al régimen republicano, mas no se ocupa adecuadamente de estas concretas remisiones a las constancias del legajo que ponen en evidencia que el Fiscal formuló su requerimiento y lo fundó en razones que, compartidas o no, pudieron ser conocidas y resistidas por la defensa.

Sin perjuicio de ello y aun cuando la cuestión aparezca zanjada por la existencia de una adecuada fundamentación del requerimiento del Fiscal al momento de solicitar la imposición de pena para ambos imputados, considero oportuno señalar que tampoco lleva razón la recurrente en cuanto sostiene que el *a quo* debería haber asumido un oficio control sobre la suficiencia de los términos en los que la acusadora formulara su pretensión, para "reencausar" la solicitud de esa parte, pues lejos de bregar por la aplicación del principio acusatorio un procedimiento de esa índole

atentaría, de algún modo, contra la plena aplicación del mentado principio.

En un proceso de partes, las deficiencias en que pudiera incurrir alguna de ellas al fundar sus requerimientos -extremo que, insisto, no concurre en el caso-, puede ser denunciada e incluso aprovechada por la contraparte para imponer su pretensión opuesta, pero en modo alguno puede ser reencausada, suplida o enmendada por el órgano jurisdiccional.

Solo resta señalar que la denuncia de violación al principio de legalidad que formula la impugnante tampoco puede ser atendida, pues la parte no consigue relacionar los presupuestos de dicho principio ni sus fundamentos con las concretas circunstancias de la causa, y por ende dicha crítica deviene insuficiente (art. 495, CPP).

El segundo de los motivos de agravio, en el que se objeta en particular la imposición de una pena de prisión de ejecución condicional a Z. y una de efectivo cumplimiento a G., tampoco puede ser atendido.

En lo que respecta al imputado Z., como bien lo señaló la Cámara revisora, el Fiscal había solicitado la imposición del mínimo legal previsto en el tipo penal correspondiente, esto es seis años y ocho meses de prisión, y el magistrado de mérito decidió aplicarle una pena de tres años de prisión de ejecución condicional, con cumplimiento de reglas de conducta por el mismo plazo legal, teniendo para ello en cuenta todas las circunstancias atenuantes (conflictividad familiar, escasos recursos materiales y afectivos) alegadas por la defensa y la actitud positiva asumida por el joven con posterioridad al dictado del auto de responsabilidad.

No se advierte, en consecuencia, la existencia de vicio alguno

que descalifique a la decisión adoptada en primera instancia o a su confirmación por parte de la alzada, pues es evidente que se consignaron los motivos que llevaran a al juez de grado a apartarse de la solicitud del Fiscal e imponer una sanción de ejecución condicional, teniendo en cuenta el interés superior del niño (art. 3.1, CIDN), como así también lo dispuesto por los arts. 37 inc. b y 40 de la citada Convención y la regla 17 de las Reglas de Beijing.

También aparece dotada de la fundamentación correspondiente la decisión de la Cámara revisora en cuanto desestima la propuesta de la recurrente de adecuar el plazo de las reglas de cumplimiento (art. 27 *bis* del CP), aplicando la reducción del art. 4 de la ley 22.278, pues se consignó que dicha petición no encuentra fundamento alguno ni en la jurisprudencia, ni en la legislación común, ni en la específica del fuero en la que se pueda asentar (v. fs. 79 y vta.).

La recurrente no se ocupa de rebatir este argumento, que aparece ajustado a lo dispuesto por el art. 4 de la ley 22.278 que habilita tres alternativas concretas al juzgador -aplicar la sanción prevista para el delito en cuestión, fijar una pena reducida en la forma prevista para la tentativa, o bien absolver- (cfr. P. 114.698, sent. de 16/10/2013 y P. 126.627, sent. de 10/5/2017, entre otras), entre las que no se encuentra la de reducir el plazo de aplicación de las condiciones del art. 27 *bis* del Código Penal.

El reclamo formulado ante esta sede, reeditando el rechazado por el *a quo*, aparece así como meramente dogmático y a todas luces insuficiente (art. 495 CPP).

En lo que respecta al imputado G., he de señalar que el *a quo* se expidió expresamente respecto de la faena llevada adelante por el Juez de

Responsabilidad Penal Juvenil al momento de fundamentar la necesidad de imposición de pena al mencionado, sosteniendo que: *"...como ya lo advirtiera el juzgador, la comisión posterior de un nuevo delito de igual naturaleza al que aquí se juzga resulta claro indicio de la necesidad de pena, incluso de su aplicación de efectivo cumplimiento..."* (fs. 80/vta.).

En cuanto a los embates dirigidos a criticar la determinación de pena efectuada por el *a quo*, dicho órgano sostuvo que: *"...atento a la calificación legal enrostrada, que no fuera modificada, habiéndose acreditado la existencia y responsabilidad de G. en dos hechos de robo con uso de arma y reduciendo la escala penal en la forma prevista para la tentativa, entiendo justa y equitativa la imposición de una pena de cinco años de prisión de efectivo cumplimiento y accesorias legales..."* (fs. 81).

Frente a estos concretos fundamentos, la recurrente se limita en su presentación ante esta sede a invocar la normativa convencional y legal mencionada y a reseñar la doctrina judicial que estima aplicable, mas no dirige una crítica concreta al pronunciamiento atacado, limitándose a manifestar su disconformidad con la decisión adoptada, de modo tal que no dota de sustento alguno a la denuncia de arbitrariedad que formula.

En este sentido, ha señalado esa Suprema Corte que: *"[s]i el órgano revisor estimó -en coincidencia con la instancia previa- que la gravedad y la modalidad de la ejecución de los delitos cometidos por los jóvenes hacían necesaria la imposición de pena, aun frente a la evaluación favorable del tratamiento (desde lo psicológico, su proyecto futuro, la inserción escolar y laboral, así como el afianzamiento*

de los vínculos familiares), a fin de continuar el abordaje desde lo institucional sobre el respeto por los derechos de terceros, el reconocimiento de ciertos límites por el joven propios de la vida en comunidad, siendo que en dicha instancia de institucionalización había logrado evidentemente avanzar -a la luz de los informes ponderados- en esos objetivos, entonces no puede compartirse la afirmación del recurrente de que la Alzada no consideró si acaso había alternativas a la condena dictada, que quedaron descartadas al fundar positivamente la necesidad de pena. El contrario parecer de la parte no es suficiente para demostrar la arbitrariedad alegada con sustento en la falta de debido tratamiento" (cfr. P. 112.623, sent. de 6/8/2014).

En segundo lugar, no prospera el agravio de la recurrente en el que se agravia de la pena impuesta al joven G. indicando que la fiscalía había solicitado a su respecto la imposición del mínimo legal pues, como se indicara *supra*, el requerimiento del Fiscal aludía, claramente, al mínimo legal aplicable al margen de la reducción facultativa de la escala en los términos previstos para la tentativa previsto en el art. 4 de la ley 22.278.

Por último, tampoco es atendible el agravio relacionado con la violación a la prohibición de *reformatio in pejus*.

En relación a ello he de destacar que la Cámara revisora se refirió a los genéricos criterios de la extensión del daño causado y el peligro de lesión para los bienes jurídicos en juego (arts. 40 y 41, CP) al analizar el monto de pena impuesto a G., para motivar una modificación *in mellius* de la decisión adoptada en primera instancia, disminuyendo en dos años la sanción impuesta en origen.

Resulta aplicable, en consecuencia, la doctrina de esa

Suprema Corte que indica que es improcedente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que se denuncia la violación de la prohibición de la *reformatio in pejus* cuando la apertura de la instancia revisora por parte de la defensa condujo, en definitiva, a una disminución de la sanción impuesta por el juez de grado (cfr. P. 127.694, sent. de 22/2/2017).

Descartadas las objeciones vinculadas a principios constitucionales, la queja aparece, también en este punto, como una mera manifestación de disconformidad de la impugnante con el monto de pena impuesto a su defendido, técnica recursiva manifiestamente ineficaz (doct. art. 495, CPP)

V. Por lo expuesto, considero que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la Defensora General del Departamento Judicial Zárate-Campana en la causa de referencia.

La Plata, 24 de agosto de 2018.

Firmado: Julio M. Conte-Grand. Procurador General.