



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Causa N° SI-30249-2016.
Libro Interlocutorios XXIX
Registro N°30391.....

~~SI-30249-2016~~
S/ EXIMICION DE PRISION

San Isidro, 8 de noviembre de 2016

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver en el presente legajo el recurso de apelación deducido a fs. 10/13 que fuera concedido a fs. 15.

Practicado el correspondiente sorteo de ley, resultó que debía observarse el siguiente orden de votación: Jueces Celia Margarita Vazquez, Carlos Fabián Blanco y, para el caso de disidencia, Gustavo Adrián Herbel (conf. art. 440 del CPP).

Y CONSIDERANDO:

La Juez Celia Margarita Vazquez dijo:

I.- A fs. 7/8vta. el Sr. Juez titular del Juzgado de Garantías del Joven N° 1 de Pilar resolvió no hacer lugar a los pedidos de eximición de prisión y de falta de acción incoados por la Defensa Oficial en favor de

Para así resolver, el *a quo* estimó que la calificación legal que "*prima facie*" correspondía a la conducta atribuida a - abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra su hermano (arts. 119 3er párrafo e inc. B del 4to párrafo del C.P.)- impedía, producto de la escala penal prevista



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Gabriela Madisa Gamelin

GABRIELA MADISA GAMELIN
Secretaria de Ejecución y Garantías
Excmo. Cámara de Apelaciones y Garantías
en lo Penal - Depto. Judicial San Isidro



SI-30249-2016

S/ EXIMICIÓN DE PRISIÓN"

para dicho delito, la subsunción de la situación del encausado en los supuestos previstos en los incisos 1º, 2º y 3º del art. 169 C.P.P. Agregó que se verificaba peligro procesal atento a la magnitud de la pena que se esperaba como resultado del procedimiento, toda vez que se trata de un hecho sumamente grave, el cual se habría producido en varias oportunidades aprovechando la situación de convivencia y, aunado a ello, afirmó que tampoco, a esta altura, el caso encuadraba en el supuesto del art. 170 del rito (excarcelación extraordinaria). Luego de ello se pronunció respecto al pedido de falta de acción, decidiendo no hacer lugar al mismo por entender que el caso en trato, se encuentra abarcado por lo previsto en el art. 72 in fine del C.P. el cual prevé que en el supuesto de que existan intereses contrapuestos entre el menor víctima del delito y sus padres, tutor o guardador el fiscal podrá actuar de oficio.

Por último en atención al pedido de detención efectuado por la fiscalía, decidió que trataría este una vez firme la decisión respecto de la solicitud de eximición de prisión.

Contra dicha decisión interpone recurso de apelación la Dra.

... a fs. 10/13. Allí sostuvo que no se ha comprobado "...la existencia de riesgos procesales que puedan fundar la medida y la no aplicación



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

SI-30249-2016
S/ EXIMICION DE PRISIÓN"

de una menos gravosa..". La defensa hizo especial énfasis en señalar que no existen elementos que permitan tener por justificada la sospecha de autoría que pesa sobre su defendido, hace mención a que solo existen como elementos de cargo las manifestaciones de la madre de la presunta víctima realizadas al momento de efectuar la denuncia y que el a quo no valoró "... que del informe médico no se advierte que lesiones de reciente data, que acrediten los extremos invocados por la Acusadora Pública...".

En ese norte sostiene la carencia de riesgos procesales, para ello remarca que el imputado siempre ha estado a derecho habiendo cumplido con la citación recibida compareciendo ante la sede policial. Afirma también que el imputado reside actualmente junto a su abuela en la

Finalmente se agravia de la decisión del a quo de no hacer lugar al pedido de falta de acción, entiende la Sra. Defensora Oficial que no existen los intereses contrapuestos alegados ya que fue la madre de ambos menores la que formulo la denuncia así como también resulta necesario el dictamen del Asesor de Menores.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Gabriela...

GABRIELA...
Secretaria de...
Excmo. Camara de...
en lo Penal Depto. Jcial. San Isidro



SI-30249-2016

S/ EXIMICION DE PRISION"

Por todo ello, peticionó que se revoque el auto apelado y se conceda la eximición de prisión a favor de su ahijado procesal.

II.- El recurso de apelación interpuesto por la Dra. *[redacted]*, debe ser declarado admisible, ya que fue presentado en legal tiempo y forma, por persona habilitada y contra una resolución expresamente prevista como recurrible (arts. 188, 421, 439, 441 y 442 del C.P.P.).

III.- Entiendo, como dice Daniel Pastor, que "El programa procesal penal de la Constitución estatal impone... la reglamentación básica de las medidas de coerción procesal que puede utilizar el derecho procesal penal y regula, específicamente, la finalidad de esas medidas, los requisitos necesarios para su procedencia y los límites de su ejercicio" (Pastor, Daniel; El encarcelamiento preventivo en "El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación"; AAVV, J.B.J. Maier, comp., del Puerto, 1993, pág. 46).

La línea fundamental de esa reglamentación es la consideración del imputado como inocente durante el proceso, como consecuencia de la necesaria realización de un juicio previo para la imposición de una pena. Esta condición, a su vez, impone la regla de la libertad del imputado durante la tramitación del juicio penal (arg. art. 18 CN). Ello aparece fundado también en el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

SI-30249-2016

S/ EXIMICION DE PRISION

art. 14 CN, que consagra el derecho de todo habitante a gozar de su **libertad** personal.

“Esto significa que en el programa procesal penal de la CN el punto de partida para el tratamiento de este tema es la vigencia de la garantía de toda persona perseguida penalmente a ver y vivir su proceso penal en libertad” (Pastor, cit. pág., 46). Según la CN, entonces, la ley reglamentaria del proceso penal debe establecer la libertad como regla y el encarcelamiento preventivo sólo puede funcionar como excepción (cfr. Pastor, cit., pág. 47).

Por ello dice Julio Maier, que “en el derecho material, la coerción representa la sanción o la reacción del derecho frente a una acción u omisión antijurídica... en Derecho Procesal, en cambio, la coerción no involucra reacción ante nada, sino que debe significar únicamente, la protección de los fines que el procedimiento persigue, subordinados a la actuación eficaz de la ley sustantiva” (Tratado de Derecho procesal penal, Hammurabi, t. 1b, pág. 288).

Esta claro que los jueces debemos aplicar la Constitución como ley suprema (art. 21, ley 48), y por ello debe interpretarse sobre la base de todo lo expuesto las normas que regulan las medidas de coerción en el ámbito local.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Flamini



SI-30249-2016

3/ EXIMICION DE PRISION"

En cada caso debe justificarse el derecho del estado a encarcelar al imputado, por tanto, aun cuando se dé una de las pautas establecidas por el legislador, de todos modos debe verificarse si no existen circunstancias que demuestren que el imputado no intentará eludir la acción de la justicia. De lo contrario se haría excepción a la regla de la libertad, constitucionalmente establecida, con argumentos arbitrarios.

Tal interpretación alcanza tanto a las pautas que regulan la prisión preventiva, como su contracara, el régimen de excarcelación y a la eximición de prisión, solución a la que concurre la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. En todos los casos, deberá asignarse a las normas que regulan el régimen de encarcelamiento o de libertad durante el proceso el alcance que las haga constitucionalmente admisibles, por ejemplo considerándolas, fundadamente, presunciones vencibles y no límites inderrotables.

En el caso, el Juez deniega la eximición de prisión de por no encuadrar su caso en ninguno de los tres primeros supuestos contenidos en el art. 169 del CPP, en función del art. 186 del mismo cuerpo legal, puesto que al encartado se le endilga el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

SI-30249-2016

"/ EXIMICION DE PRISIÓN"

por ser cometido contra su hermano (arts. 119 3er párrafo e inc. B del 4to párrafo del C.P.)-, cuya escala penal en abstracto resulta ser de 8 a 20 años de prisión.

Si bien aquella norma no habilita la excarcelación, ello no significa que "a contrario" deba denegarse la libertad en casos en los que el tope de la escala penal del delito imputado supera los ocho años, o la condena resultará de efectivo cumplimiento, toda vez que las disposiciones de coerción procesal (arts. 144 a 200 del CPP) han de ser interpretadas en forma sistemática y acorde a los pactos supranacionales, la Constitución Nacional y el art. 21 de la Constitución Provincial teniendo como norte que sólo los peligros procesales no neutralizables mediante medidas menos cruentas habilitan la denegatoria.

Así, los incisos 1ro. y 3ro. del artículo 169 CPP sólo consagran dos supuestos permisivos; ~~nada~~ dicen acerca de las consecuencias que deben seguirse cuando los requisitos que ellos reclaman no concurren.

Y si la subsunción de la situación en examen bajo alguno de los supuestos de los primeros incisos del artículo 169 fracasa, deberá consultarse a la regla contenida en el artículo 170 CPP que establece que "en los casos que conforme a las previsiones de los incisos 1) y 2) del artículo anterior [el 169] no

AJ



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Hammuzen

SECRETARÍA DE APUNTAMIENTO Y CONTROL
EXCMA. CÁMARA DE APUNTAMIENTO Y CONTROL
EN LO PENAL - DEPTO. JUD. - B.A. 1916



SI-30249-2016

"S. EXIMICION DE PRISIÓN"

correspondiere la excarcelación, podrá ser concedida de oficio o a pedido de parte cuando por la objetiva valoración del o de los hechos atribuidos, de las condiciones personales del imputado y de otras ~~circunstancias~~ que se consideren relevantes, se pudiera presumir que el mismo no procurará eludir u obstaculizar la investigación ni burlar la acción de la justicia".

Por ello, como he sostenido reiteradas veces en precedentes de esta Sala Tercera, aunque una ley procesal esté redactada de tal forma que la posibilidad de fuga se encuentre siempre presente cuando el hecho penal es amenazado por una escala penal "grave", esta presunción no puede ser tratada como si fuera "juris et de jure". Y tal es lo que ocurre aquí ya que, en los casos en los que no concurre ninguno de los supuestos del artículo 169 y la pena supera la escala de los ocho años, o la pena resultaría de efectivo cumplimiento, corresponde verificar, de todos modos, si existe alguno de los peligros procesales que el programa constitucional admite para encarcelar a una persona antes del juicio (arts. 18 CN y 21 CPBA y arts. 148 y 171 del CPP).

Entonces, ante la imposibilidad de subsumir un caso en las previsiones de los incisos 1ro y 2do. del artículo 169 CPP, debe verificarse aun si concurre



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

SI-30249-2016
S/ EXIMICION DE PRISION"

algún elemento adicional que justifique el encierro cautelar, pues de otra forma deberá proceder la excarcelación que prevé el artículo 170 CPP.

Una interpretación literal y sistemática -como dije- del conjunto de disposiciones del título VI así lo exige y no se opone a ello que el artículo 170 CPP se titule "excarcelación extraordinaria" aunque, en principio, y en atención al uso coloquial del término, ello parecería aludir a situaciones poco frecuentes.

Sin perjuicio del nombre escogido por el legislador, la norma es clara en cuanto a sus exigencias y no puede concluirse razonablemente que por su denominación no resulte de aplicación cuando se verifican los extremos que reclama.

En cualquier caso, la relación entre la regla principal y la subsidiaria sigue existiendo, por lo que más allá del contexto histórico en que se acuñó el par excarcelación ordinaria-extraordinaria, la denominación sigue siendo ilustrativa acerca del modo en que operan las reglas. En principio operan las reglas del artículo 169 CPP, y frente a la imposibilidad de subsumir allí un caso, corresponde verificarse la eventual aplicación del instituto del artículo 170 CPP.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Gabriela Marisa...

GABRIELA MARISA...
Secretaría de la Sala IV
Excm. Cámara de Apelación y Guarnidos
en lo Penal - Depto. Jcjal. San Isidro



SI-30249-2016

S/ EXIMICION DE PRISIÓN"

Resultaría entonces contrario a la Constitución cualquier norma o interpretación legal que prescinda de esa verificación, la cual viene impuesta asimismo por el art. 21 de la Constitución Provincial, en cuanto dispone que "... podrá ser excarcelada o eximida de prisión, la persona que diere caución o fianza suficiente. La ley determinará... la forma y oportunidad de acordar la libertad provisional...", siendo que la reglamentación está dada por el juego de los arts. 169, 170 y 171 según se explicó.

De momento y con los elementos a esta altura arrimados, disiento parcialmente con el temperamento adoptado por el Juez Dr. Ribeiro Cardadeiro en cuanto estima inviable la concesión de la eximición de prisión solicitada.

En primer lugar debo decir que comparto lo expresado por el juez a quo respecto a la capacidad de la fiscal para instar la acción penal a tenor de lo establecido por el art. 72 in fine del C.P., esto dado que la denunciante resulta ser la madre tanto del imputado como de la víctima, resultando evidente la existencia de intereses contrapuestos debiendo estarse a la salvaguarda del interés superior del niño - en este caso el menor víctima-.

Al respecto se expidió la Sala IV de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en la causa n°43/13 "C., L. s/Archivo" el día 19/02/2013 "...dicha



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



SI-30249-2016
S/ EXIMICION DE PRISIÓN"

previsión reconoce su fundamento en la necesidad de cubrir aquellos casos en los que los menores son víctimas de abusos sexuales dentro del seno familiar, como aquellas ocasiones en que la madre tolera y no insta la acción penal sabiendo que otro integrante del grupo familiar, el padrastro o su nueva pareja abusan reiteradamente de una de sus hijas o hijos menores, y encubre el hecho para no agravar la situación familiar [...] Si bien las víctimas menores de edad no están autorizadas legalmente a expresar su voluntad, tampoco pueden quedar inermes ante un posible ilícito de graves características como podría ser el probable abuso sexual. Sin perjuicio de tratarse de un delito dependiente de instancia privada que pudo haber ofendido a los menores en su esfera más íntima y secreta y que por ello la ley estima prudente dejar librado a criterio de quien las representa legalmente la decisión de realizar la denuncia respectiva o de no hacerla, el requisito de la instancia de la acción para que el Estado ejerce su pretensión punitiva no puede convertirse en un escollo que conduzca al olvido o a la indiferencia de todo cuanto manifestaran, decidieran y no consintieran hasta ahora las madres de las damnificadas, porque el interés superior de las menores debe situarse por encima de las exigencias procesales [...] En consecuencia se disipa el impedimento procesal dispuesto en el art. 72



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Hamudyn

SECRETARÍA MARISA GAMBETTI
Secretaría de la Sala Tercera
Tribunal de Apelaciones de la Sala Tercera
Código Postal 1201
Calle Florida 1099 y 1100



SI-30249-2016

[S/ EXIMICION DE PRISIÓN"

en cuanto valla la formación de causa para el supuesto consignado en su inc. 1 y se faculta al Ministerio Público Fiscal a actuar de oficio cuando existieron intereses gravemente contrapuestos entre los representantes legales y el menor".

Ahora bien el hecho atribuido a *[redacted]* viene subsumido jurídicamente como constitutivo del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por ser cometido contra su hermano.

Resulta de suma relevancia para el caso el hecho de que el imputado es menor de edad y por ende debe prestarse especial atención a la normativa específica al respecto.

En la actualidad el sistema penal juvenil se rige por la Convención de los Derechos del Niño, los restantes pactos internacionales que integran el bloque constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la C. Nac. (C.A.DH; P.I.D.P.C; P.I.D.E.S.C.), que junto a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores privados de Libertad, y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

SI-30249-2006

S/ EXIMICION DE PRISION

constituyen el nuevo paradigma normativo en la materia, a la luz del cual debe ser interpretada la legislación nacional y provincial.

Ahora bien, el artículo 4 de la ley 22.278 establece los requisitos para la imposición de sanción respecto de un menor a quien se acuse de un delito, cometido entre los 16 a los 18 años de edad, cuya pena exceda los 2 años de prisión, en los siguientes términos:

"1) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.

2) Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad.

3) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Una vez cumplidos estos requisitos, 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"

44



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Gabriela M. ... MOLIN

GABRIELA M. ... MOLIN
Secretaría de la Sala Tercera
Excmo. Cámara de Apelación y Garantías
en lo Penal - Depto. Judicial San Isidro



SI-30249-2016

S/ EXIMICION DE PRISIÓN"

Conforme a lo dicho antes, para interpretar el contenido de esa disposición corresponde comenzar por la Convención de los derechos del niño, en cuyo artículo 40 inciso 1º establece que: "...los Estados partes reconocen el derecho de todo niño... a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes [penales] a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño de que éste asuma una función constructiva en la sociedad"; y en el inc. 2: "Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales,... garantizarán, en particular...iii) que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial, en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico...y a sus padres o representantes legales". Como el art. 37 inciso b): "Los Estados partes velarán por que:...Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará sólo como medida de último recurso y durante el período más



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

SI-30249-2016

S/ EXIMICION DE PRISION"

breve que proceda...".

El primer principio subrayado -promover la reintegración social de modo constructivo- constituye, en la etapa que cursa este proceso, nada más ni nada menos que el fin de toda pena privativa de libertad, que los restantes pactos de derechos humanos han reconocido. Así el art. 5.6 de la CADH declara tal: *"la reforma y readaptación social de los condenados"*, mientras el 10.3 del PIDCP asigna dicha finalidad al tratamiento en que consiste el régimen penitenciario.

Por otra parte, el análisis no puede prescindir de los objetivos de la justicia de menores establecidos en la regla 5.1 de Beijing, siendo el principal fomentar el *"bienestar del menor"*, cuanto que toda respuesta ha de ser *"proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito"*. Tanto es así que el documento internacional insiste en subrayarlos, al indicar los principios rectores de la sentencia y resolución, que *"[l]as restricciones a la libertad personal...se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible"*; (regla 17.1inc. b) *"[s]ólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta adecuada"* (inc. c); *"[e]n el*

45



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Flamini

GABRIELA MARCELA FLAMINI
Secretaria de la Sala IV
Excmo. Cámara de Apelación y Garantías
en lo Penal - Depto. J. San Isidro



SI-30249-2016

S/ EXIMICION DE PRISION"

examen de todos los casos se considerará primordial el bienestar del menor" (inc. d); y la posibilidad de "*suspender el proceso en cualquier momento*" (regla 17.4), característica inherente -según el comentario anexo a la regla- al tratamiento dado a los menores que se diferencia del correspondiente a los adultos, frente a circunstancias que lo aconsejen. Todo ello en función del principio contenido en el art. 3.1 de la CDN a que "*[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen...los tribunales...una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*".

Tanto es así que la regla 16.1, para facilitar la adopción de una decisión justa prevé que antes de la resolución definitiva se efectúe "*una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en las que se hubiere cometido el delito*"

Resulta relevante al respecto que el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General nº 10 sobre "Los derechos del niño en la justicia de menores", dada en el 44º período de sesiones (15 de enero a 2 de febrero de 2007), subrayó la consideración primordial del "interés superior del niño" en las decisiones de la justicia de menores y las diferencia con los adultos que justifican un trato diverso. Así "*...que los tradicionales objetivos de la justicia*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

SI-30249-2016
S/ EXIMICION DE PRISIÓN"

penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes..." (Capítulo III, párrafo 10). Y al considerar la decisión a adoptarse respecto del menor resalta "...[l]a aplicación de un método estrictamente punitivo no está en armonía con los principios básicos de la justicia de menores enunciados en el párrafo 1 del artículo 40 de la Convención...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, y se tomarán en consideración las necesidades de orden público y las sanciones. En el caso de los menores, siempre prevalecerá sobre estas consideraciones la necesidad de salvaguardar el bienestar y el interés superior del niño y de fomentar su reintegración social."(Cap. IV, par. 71).

A la luz de aquella normativa supra nacional la Corte Suprema Nacional sostuvo: "cuando se trata de hechos cometidos por menores, ..., en caso de que el tribunal decida aplicar efectivamente una pena, aún debe decidir acerca de la aplicabilidad de la escala de la tentativa. En consecuencia, ya no es suficiente con la mera enunciación de la tipicidad de la conducta para resolver cuál es la pena aplicable. Un hecho ya no es igual a otro, sino que es necesario graduar el

H60



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Hamuzan
Código Penal - Depto. de Justicia
Código Penal - Depto. de Justicia



SI-30249-2016

S/ EXIMICION DE PRISIÓN"

ilícito y la culpabilidad correspondiente".(consid.14) "...existe en la normativa de la ley 22.278 un aspecto que no aparece en el Código Penal: la facultad y el deber del juez de ponderar la 'necesidad de la pena'...ta 'necesidad de la pena' a que hace referencia el régimen de la ley 22.278 en modo alguno puede ser equiparado a 'gravedad del hecho' o a 'peligrosidad' como parece entenderlo el a quo. Antes bien, la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a 'la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad" (artículo. 40, inciso. 1º)' (cons. 22); y "...que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (artículo. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inciso 3º, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho mas



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

SI-30249-2016
S/ EXIMICION DE PRISIÓN"

constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento."

"Que, partiendo de la premisa elemental,..., 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..., lo contrario implicaría arribar a un segundo paradigma equivocado..., pues..., 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 os Niños, párr.54) (consid. 32)". "...estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario,...su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los

A7



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Gamulin

GABRIELA MARISA GAMULIN
Secretaría de la Sala Tercera
Excmo. Cámara de Apelación y Garantías
Penal - Depto. J. San Isidro



SI-30249-2016

S/ EXIMICION DE PRISIÓN"

tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica." (consid.34)

"...asimismo, no se puede perder de vista para ~~la~~ solución del sub lite la significación del principio de culpabilidad, el cual, por cierto, ya formaba parte del texto constitucional con anterioridad a 1994...en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto del adulto." (Cons. 37).

Debe tenerse en consideración al momento de determinar su monto

"...en el caso de los menores, la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos, o



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

SI-30249-2016
S/ EXIMICION DE PRISION

bien, la posibilidad de haber actuado impulsivamente o a instancias de sus compañeros, o cualquier otro elemento que pudiera afectar la culpabilidad adquieren una significación distinta, que no puede dejar de ser examinada al momento de determinar la pena." (Cons. 16) (Causa "Maldonado", M. 1022 XXXIX, CSJN, 7 de diciembre de 2005, lo resaltado no es del texto).

Por su parte el art. 58 de la ley que rige el Fuero dispone que la sanción impuesta por la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: 1) la respuesta que se de al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y gravedad del mismo, sino también a la particular situación y necesidades del niño, 2) las restricciones a la libertad personal del niño sólo se impondrán luego de un cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible, 3) en el examen de los casos se considerará como un factor rector el interés superior del niño.

Conforme lo expuesto, cumplidos los recaudos de los incs. 1 a 3 del art. 4 de la ley 22.278, corresponde al juez ponderar primero si es necesario aplicar una sanción en función de los principios supra indicados, sólo si no la considera innecesaria proceder a su reducción en la forma prevista para la tentativa, y reservar únicamente para supuestos excepcionales debidamente fundados la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Gamulin
GABRIELA MARISA GAMULIN
Secretaria de Sala Tercera
Excm. Cámara de Apelación y Garantías
en lo Penal - Depto. Jcial. San Isidro



SI-30249-2016
S/ EXIMICION DE PRISIÓN"

correspondiente a las escalas previstas en las figuras penales, siempre que se la estime posible en este tipo de proceso (obsérvese los criterios divergentes entre los miembros del Alto Tribunal en el mencionado precedente).

En atención a lo expuesto la pena prevista para el mismo, a mi criterio, parte de un mínimo de 4 años de prisión y su máximo, alcanza los 13 años y 4 meses de la misma clase de pena (art. 119 3er párrafo e inc. B del 4to párrafo del C.P.), lo cual excluye la procedencia de la excarcelación del referido art. 169 del CPP tanto a la luz de su inc. 2º como del 3º (art. 186 del CPP).

A su vez, a los efectos de los supuestos contenidos en el art. 170 del CPP, si bien obra en la causa un informe socio ambiental (fs 41/42 de los autos principales) el cual fue realizado en el domicilio familiar, el mismo no resulta de la complejidad necesaria para el caso, toda vez que en la vivienda habitarían ambos menores y su madre y el informe poco releva respecto de la dinámica familiar y la relación entre los hermanos, lo que resulta de suma importancia en atención al tipo de hechos investigados en la presente causa.

Debo decir que en la audiencia celebrada ante este tribunal el día 06 de octubre pasado, la madre refirió que si bien luego del hecho el imputado fue a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

SI-30249-2016
S/ EXIMICION DE PRISIÓN"

vivir a lo de su abuela, actualmente esta viviendo en la casa familiar -la que habita junto a su madre y sus dos hermanos- a fin de no perder el año escolar.

En base a lo expuesto entiendo que resulta vital para el tratamiento del instituto solicitado: I) la realización de un informe amplio e interdisciplinario efectuado por el Cuerpo Técnico Auxiliar que de cuenta de la relación entre los distintos miembros del grupo familiar - haciendo especial énfasis en la relación entre los hermanos- y II) la confección de un nuevo informe socioambiental mas amplio y detallado.

No obstante ello, en atención al delito investigado y a como se habrían desarrollado los hechos, considero necesario que el juez indague que alternativas puede ofrecer el grupo familiar para que ambos menores no convivan.

En atención a lo expuesto, entiendo que corresponde revocar el auto apelado debiendo el juez a quo resolver nuevamente una vez que cuente con información mas detallada a fin de evaluar la conveniencia o no del instituto solicitado.

Es mi voto (arts. 168 CPBA, y 106 del CPP).

El Juez Carlos Fabián Blanco dijo:

49



Flamurán



SECRETARÍA DE JUSTICIA
SECRETARÍA DE DEFENSA
SECRETARÍA DE PROTECCIÓN Y GARANTÍAS
Tribunal Penal - Depto. Judicial San Isidro

SI-30249-2016
S/ EXIMICION DE PRISIÓN"

Adhiero al voto de mi colega preopinante con el siguiente alcance.

En primer lugar en lo atinente a la capacidad de la fiscal para instar la acción penal, **le de compartir** los argumentos vertidos por mi colega pues, entiendo, **que nos encontramos** ante un supuesto en el cual la Sra. Agente Fiscal **se encuentra** legitimada para actuar a tenor de lo establecido por el art. 72 in fine del C.P.

En efecto, no puede desconocerse que nos encontramos en un caso en el que **la progenitora** de los dos menores posee intereses contrapuestos, que le **impiden velar** por la protección de ambos a la vez.

En cuanto a la denegatoria del instituto solicitado debo decir que el juez a quo **resolvió** sin contar con información suficiente para ello, es por eso que **adhiero** a la propuesta efectuada por la Dra. Vazquez, ya que a mi entender, **resulta** necesaria la realización de nuevos y detallados informes - informe socioambiental e informe interdisciplinario a cargo del Cuerpo Técnico Auxiliar-, así como también deviene de suma importancia conocer las alternativas existentes para que ambos menores no convivan.

Una vez practicadas estas diligencias deberá el a quo evaluar, nuevamente, la conveniencia o no del instituto solicitado.

Sra.
tivos
ció
de f
ción
evan
rafo
86
eridc
ruél
o,
FABI
ma. C
s en
. Jud
BRIF
Sec
ma. C
n C

