

San Isidro, 22 de junio de 2012.

AUTOS Y VISTOS: Para resolver el recurso de apelación deducido por la Defensa Oficial;

Y CONSIDERANDO:

El Sr. Juez Stepaniuc dijo: I. Viene el presente incidente a conocimiento de esta Alzada en virtud del recurso de apelación deducido por la Defensa Oficial, contra la resolución adoptada en audiencia oral -conforme surge del archivo de audio adjunto en CD- por la Sra. Juez titular del Juzgado de Garantías del joven nro. 2 deptal., Dra. Patricia Mabel Klentak, mediante la que, en lo que aquí interesa, rechazó el pedido para que se declarara la inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 13634 y dictó la medida de seguridad en el marco de dicha norma con relación al joven Diego Facundo Suárez, por el delito de robo calificado por el uso de arma de fuego (art. 166 inc. 2 párrafo segundo del Código Penal), con carácter excepcional, por el tiempo más breve posible y como medida de *ultima ratio* -sujeta a revisión en un plazo abierto al momento que la Defensa lo considere pertinente- medida que se efectivizará en un centro o sector especializado para jóvenes no punibles en relación a su edad, solicitando la reincorporación en el circuito escolar y todos los diagnósticos necesarios, debiendo incorporar al joven en los tratamientos para adicciones y/u otros que correspondan después del diagnóstico respectivo.

La Sra. Defensora Oficial, Dra. Guillermina Cherei, dedujo recurso de apelación mediante el escrito que luce a fs. 5/12vta.. Los motivos de agravio indicados por la letrada son los siguientes. En primer lugar pretende que se declare la inconstitucionalidad del art. 64 de la ley provincial 13634. Entiende que la medida restrictiva de libertad allí prevista es contraria a las normas internacionales que establecen los derechos para jóvenes y niños (arts. 18 CN; 12, 37 y 40 CDN; 7 y 8 CADH; 9, 10, 14 y 15 PDCP). Destaca que la restricción de la libertad de jóvenes sólo puede responder a la punibilidad establecida en las normas de fondo, es decir para aquellos que hayan cumplido los 16 años de edad. Sostiene que los instrumentos internacionales no prevén la imposición de medidas de seguridad, y que resulta contrario a la ley aplicar una medida tal con el fin de proteger al sujeto por sus condiciones personales. Señala que el interés superior de un niño no puede traer como consecuencia la restricción de su libertad ambulatoria; con esa línea insiste y alega que en razón de la inimputabilidad legal del joven no puede imponerse pena y, por ende, tampoco puede aplicarse una medida restrictiva propia de un proceso penal.

En otro orden, cuestiona que el "a quo" haya considerado la gravedad del hecho que originó las actuaciones. Con citas de jurisprudencia departamental, sostiene que la presente causa no reviste gravedad, y por ello también solicitó que se deje sin efecto la medida impuesta la joven Suárez.

Por otra parte, la recurrente cuestiona los fundamentos que llevaron a la Sra. Juez a imponer la medida de seguridad; sostiene que bajo el pretexto de velar por los intereses del joven no punible no se busca la verdad procesal.

También la Defensa se queja de la valoración realizada por la Sra. Juez respecto de los informes agregados hasta el momento vinculados a la contención familiar que puede recibir Suárez. Destacó que la tía del nombrado manifestó la intención de colaborar y hacerse cargo del joven. En ese sentido, entiende que no se encuentra justificada la medida de seguridad adoptada.

Por último, reclama la nulidad de la decisión impugnada, en razón de entender que el Ministerio Público no ha fundamentado la necesidad de aplicar la medida, como así también, entiende que se violentó la Defensa en juicio, por haber sido valorados elementos de prueba -filmaciones- a las que la Defensa no tuvo acceso y que el Fiscal no hizo conocer.

II. El recurso de apelación fue deducido tempestivamente por la defensa, conforme el derecho que posee, con indicación de los motivos de agravio y sus fundamentos. Corresponde declarar su admisibilidad (arts. 59 ley 13634; 421, 424, 439, 442 y ccdtes. del Código Procesal Penal).

III. a) El planteo de inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 13634.

La ley nacional 22278 en su artículo 1, con relación a los menores no punibles que carguen con una imputación de

delito establece que la autoridad judicial "...en caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable...", para luego disponer definitivamente por auto fundado el destino del menor.

Por otra parte, la ley 13634 de esta Provincia que regula el fuero de responsabilidad juvenil, en sus artículos 63 a 65 establece las normas aplicables a los niños inimputables por su edad, de las cuales surge que sin perjuicio del cierre del proceso penal, cuando se advirtiere alguna vulneración de derechos del joven se analizará la aplicación de medidas conforme la ley 13298. Y que, en casos de extrema gravedad que aconsejen la restricción de la libertad del niño inimputable, a requerimiento del Fiscal el Juez de Garantías podrá dictar una medida de seguridad restrictiva de la libertad ambulatoria, en los términos previstos por la legislación de fondo.

Entiendo que la legislación de fondo es aquel artículo 1 de la ley 22278 y que la Sra. Juez garante ha impuesto una medida de seguridad restrictiva de la libertad de dicha naturaleza respecto de Suárez, para luego de obtenidos los informes necesarios decidir en definitiva su destino.

Del análisis de las normas mencionadas, en mi opinión, es claro que la restricción que pueda imponerse a un joven con dicho marco legal no importa una pena de las previstas por el Código Penal. La medida que puede imponerse, tiene en cuenta el interés superior del joven, respecto de quien se debe verificar vulneración de sus derechos fundamentales

tales como desarrollo familiar armónico y acceso a la educación entre muchos otros, ante la imputación de la presunta participación en un ilícito, como ocurre en el caso.

Vale destacar en ese sentido que la C.S.J.N. ha sostenido la constitucionalidad del art. 1 de la ley 22278 (G. 147. XLIV. RECURSO DE HECHO García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537) y en dicha oportunidad ha señalado: "12).....Por otra parte, específicamente, en relación a los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido la edad mínima, el Comité de los Derechos del Niño, ha reconocido, recientemente, que si bien no pueden ser formalmente acusados ni considerárselos responsables en un procedimiento penal, "si es necesario, procederá adoptar medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños" (Observación General N° 10/2007, "Derechos del niños en la Justicia de menores", del 25 de abril de 2007, párr. 31). En efecto, es función también de los magistrados competentes en la materia, adoptar dichas medidas, agotando todas las variables que permitan orientarse, prioritariamente, hacia servicios sustitutivos de la internación que puedan ser dispuestos, según las circunstancias particulares de cada niño, teniendo como horizonte su interés superior. Ello, con el fin de evitar la estigmatización y no solamente porque resultan más beneficiosas para el menor, sino también para la seguridad pública, por la criminalización que, a la postre, puede provocar la institucionalización y el consiguiente

condicionamiento negativo. Obviamente, que en el ejercicio de dicho rol, les corresponde controlar, no sólo su procedencia en cada caso, sino también, periódicamente, si las circunstancias que las motivaron han cambiado, tanto como, la vigencia de su necesidad y razonabilidad".

Desde esa óptica, no advierto la conculcación de las normas de jerarquía constitucional que indicó la recurrente. He de señalar, en ese sentido, que a mi criterio la Defensa no ha explicado de manera suficiente y concreta por qué la norma prevista en el artículo 64 de la ley 13634 conculca los derechos y garantías establecidos por los arts. 18 de la CN, 12, 37 y 40 de la CDN, 7 y 8 de la CADH, y 9, 10, 14 y 15 PDCP.

Vale recordar que la declaración de invalidez de una norma por considerarla encontrada con la Constitución Nacional, es una decisión extrema del ejercicio de la jurisdicción. En tal sentido, voy a tomar palabras del Excmo. Tribunal de Casación de esta Provincia, las que a su vez son concordantes con jurisprudencia inveterada del máximo Tribunal de la Nación. Así se ha dicho que: *"La validez constitucional de las normas debe ser presumida, implicando que una declaración en contrario ha de tenerse como "ultima ratio" de la labor judicial, concepción que no significa en modo alguno condicionar la tarea judicial a la rectificación de las normas inválidas, sino que instaura la exigencia de que la discordancia entre los principios fundamentales de la Carta Magna y las cláusulas normativas atacadas, ha de ser manifiesta"*. (Causa Nro. 1990 Sala III

(registro de Presidencia Nro. 9761), caratulada "R., S. E. s/recurso de casación" 23/06/2005).

Por todo ello, entiendo que el agravio no puede tener acogida.

b) La gravedad del hecho y la medida impuesta.

En la resolución de la incidencia registrada ante esta Sala como causa nro. 73862/IIa. "Coceres,Leandro s/abuso sexual" del 26 de noviembre de 2010, para interpretar el concepto de causa grave que el art. 43 de la ley 13634 prevé para el dictado de la prisión preventiva a jóvenes imputados punibles, entendí que para fijar un criterio claro acerca de la gravedad de los delitos, y por ende, de las causas en que se investigan y resultan imputados menores, parece razonable establecer como medida de dicho extremo la escala de pena aplicable para los ilícitos. En ese marco, entendí justo que deben ser considerados como graves aquellos procesos seguidos en orden a delitos que si se trataría de imputados mayores de edad los debe un Tribunal o Juez en lo Criminal, es decir los que tienen prevista para el delito consumado pena privativa de libertad cuya escala excede los seis años.

Ahora bien, el concepto de extrema gravedad que prescribe el art. 64 de la ley 13634 como requisito para restringir la libertad de un menor no punible, lleva a un análisis similar en el que debe considerarse el hecho enrostrado y su calificación legal, que junto con las circunstancias personales, familiares y sociales del joven, se deben tener en cuenta para decidir la procedencia de aquella restricción y su forma.

Con ese marco, la calificación y la materialidad ilícita -no cuestionadas por la Defensa durante la audiencia realizada en la instancia anterior conforme surge del archivo de audio- sin dudas indican la gravedad de la acción endilgada a Suárez que originó la intervención del fuero de responsabilidad juvenil. En efecto, no obstante la inimputabilidad legal del joven, se le enrostra la participación en un hecho encuadrado en la figura de robo calificado por el uso de arma de fuego (art. 166 inc. 2 párrafo segundo del Código Penal). El archivo de audio de la audiencia realizada da cuenta que la acción consistió en la irrupción en un comercio con la presencia de terceros, con la intención de sustraer distintos bienes mediante la intimidación con un arma de fuego; y que con el arma en cuestión se produjo un disparo no deliberado que ocasionó lesiones al propio Suárez.

Lo expuesto ilustra de manera suficiente que se trata de un caso en el que existió riesgo cierto para la integridad física y la vida de las ocasionales víctimas, además de haber ocurrido lesión en la persona de quien llevó adelante el accionar ilícito, extremos sobre los que la parte recurrente no ha realizado consideración, y que a mi entender, justifican razonablemente la medida de seguridad requerida por el Ministerio Público Fiscal.

Cabe destacar, que de la audiencia realizada surge claramente el ilícito al que se vincula a Suárez y los elementos de prueba considerados para tenerlo "prima facie" acreditado, extremos que la Defensa no ha cuestionado. Por ende, no es cierto que no se haya pretendido saber la

verdad del hecho. En otras palabras, la imputación del ilícito en la que se funda la medida impuesta, fue hasta el momento dilucidada con un grado de certeza razonable y suficiente para adoptar la resolución impugnada.

Asimismo, en concordancia con lo señalado por la Sra. Juez de Garantías, el informe que luce a fs. 48/49 del legajo principal, no resulta suficiente a esta altura, para considerar que el ámbito familiar del joven Suárez pueda brindar la contención suficiente para lograr los fines establecidos con la medida (procurar la reincorporación en el circuito escolar, tratamientos para adicciones y/u otros que correspondan después del diagnóstico respectivo), criterio que no se desvirtúa por la voluntad expresada por una tía del causante para brindar colaboración.

Por último, considero que corresponde el rechazo del agravio mediante el que la recurrente señala que el Sr. Fiscal no ha fundamentado su requerimiento. La queja, además de no haber sido planteada durante la audiencia caracterizada por la contradicción ante el órgano de origen, fue realizada en esta instancia como una simple afirmación que, a mi entender, no se condice con la actuación del Sr. Fiscal durante dicha audiencia -según archivo de audio adjunto-, en la que expresó de manera suficiente y fundada su pretensión.

Tampoco puede tener acogida el planteo de la Defensora, mediante el que alega que se ha violentado la defensa en juicio por parte del Fiscal, al no hacer conocer éste las filmaciones agregadas a la pesquisa. Nótese en primer lugar, que según surge del archivo de audio, la

recurrente durante la audiencia realizada ante el "a quo" no cuestionó la materialidad ilícita endilgada a su asistido, y además, el Sr. Fiscal mencionó las filmaciones durante su intervención. Entonces, resulta llamativo que se afirme que dicha prueba no se hizo conocer, cuando la Defensa pudo realizar las objeciones correspondientes y/o pedir observar las imágenes correspondientes.

En definitiva, y por todo lo expuesto, postulo confirmar la decisión impugnada en todos sus términos en cuanto fuera materia de recurso (arts. 1 ley nacional 22278; art. 64 ley provincial 13634; 434, 447 y ccdtes. del Código Procesal Penal).-

El Sr. Juez Pitlevnik dijo: Adhiero mi voto al del Colega preopinante, Dr. Stepaniuc, por los mismos motivos y fundamentos. Me permito agregar:

a) Conforme ya lo señalara en anteriores pronunciamientos (causa 70.130/IIIda., "Incidente de apelación en favor de ALARCON, Javier Aníbal", entre otras), la medida de seguridad dispuesta respecto de Diego Facundo Suárez no contradice normativa constitucional alguna y resulta adecuada a los antecedentes de la causa.-

El art. 1ro. de la ley 22.278 habilita al juez interviniente a disponer del niño y del adolescente, para la comprobación del delito, para tomar conocimiento del niño y de su familia y para ordenar los estudios y peritaciones pertinentes. Luego de ello, habilita también a su internación si se tratare de un menor abandonado, falto de asistencia, en peligro moral o material o con graves problemas de conducta.-

Dicha normativa encuentra un marco constitucional en el artículo 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que postula el compromiso de los estados para asegurar la protección y el cuidado de los niños previendo la intervención de instituciones, servicios y establecimientos encargados de ello.-

El artículo 20 contempla la privación del medio familiar cuando así lo exija el interés superior del niño; y el artículo 25 prevé el derecho de los niños internados por autoridades competentes por razones de atención, protección o tratamiento.-

Las Directrices de Riad, adoptadas y proclamadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/112, el 14 de diciembre de 1990, postulan el carácter extraordinario de la reclusión de jóvenes en instituciones y entre las situaciones que la justificarían se prevé el caso en que "se haya manifestado en el propio comportamiento del niño o del joven mismo y ni los padres o tutores, ni el propio joven ni los servicios comunitarios no residenciales puedan hacer frente a dicho peligro por otro medio que no sea la reclusión en una institución" (art. 46).-

La opinión consultiva 12/202 del 28/8/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que "el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal" (nro. 77) y que "hay niños

expuestos a graves riesgos o daños que no pueden valerse por sí mismos, resolver los problemas que les aquejan o encauzar adecuadamente su propia vida, sea porque carecen absolutamente de un medio familiar favorable, que apoye su desarrollo, sea porque presentan insuficiencias educativas, alteraciones de la salud o desviaciones de comportamiento que requieren la intervención oportuna y esmerada de instituciones debidamente dotadas y personal competente para resolver estos problemas y mitigar sus consecuencias".-

Finalmente en la opinión nro. 5 sostuvo que "debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal".-

El art. 36 inc. 2 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, impone al Estado el cuidado preventivo y supletorio en situaciones de desamparo de los niños.-

Con dicho marco jurídico se advierte que la regulación del art. 64 de la ley 13.634, que remite a los términos de la legislación de fondo para la procedencia de una medida de seguridad, no sólo encuentra apoyatura en el art. 1 de la ley 22.278, sino que además, la medida tiene basamento constitucional como ya se señalara.-

Toda discusión que en torno a la constitucionalidad de la medida de seguridad mediante internación provisoria de jóvenes no punibles, ha sido zanjada por el máximo Tribunal de la Nación en el caso "García Mendez" del 2 de diciembre

de 2008. Allí, luego del dictado del fallo "Gramajo" que reclama la esmerada Defensa, el último interprete de la constitucionalidad de las leyes revocó la inconstitucionalidad del art. 1 de la ley 22.278 que había sido decretada por una sala de la Casación Nacional.-

b) También corresponde rechazar el agravio defensorista sobre la gravedad de la causa.-

Sin perjuicio de señalar que la gravedad de una causa a los efectos de determinar una medida de coerción (art. 43 de la ley 13.634), tiene un fin totalmente distinto a la medida de seguridad que se puede imponer a un joven no punible (art. 64 de la ley 13.634), no lo es menos que dicha gravedad es un parámetro a tener en cuenta, es decir, la naturaleza de la acción que habría llevado adelante la persona sobre quien recae la medida.-

En ese sentido, discrepo con la esmerada defensora sobre tal gravedad. La Dra. Cherei, con cita de la causa nro. 71.278/IIIda. de fecha 8 de abril de 2009, reclama que no puede considerarse grave la presente causa.-

Conforme el criterio establecido en reiteradas oportunidades y que fuera citado por la parte, afirmé que puede decirse que los delitos que en el sistema de la ley 13.634 requieren, por su gravedad, el juzgamiento por un Tribunal colegiado, son aquellos cuyas escalas penales superan en su mínimo la pena de cinco años o en su máximo la de quince años de pena privativa de libertad, y esto con independencia de que no todos los delitos con esas características habiliten ese tratamiento especial, sino sólo los taxativamente enumerados en su artículo 27.-

Por ello, se cuenta con una base segura para decidir a qué se refiere la ley 13.634 cuando hace referencia a "causas graves" en su artículo 43, ya sin una enumeración taxativa como las que contiene el art. 27 de la misma ley: **sólo pueden entenderse como tales las causas que se refieran a delitos con pena mínima no inferior de cinco, o pena máxima no inferior de quince años de prisión o reclusión.-**

En autos, Suárez se encuentra con una medida de seguridad por una imputación de un robo calificado por el uso de arma de fuego (art. 166 inc. 2do. segundo párrafo del C. Penal), cuya escala penal va desde los seis (6) años y ocho (8) meses a los veinte (20) años de prisión, por lo que aún aplicándose las pautas del art. 43 de la ley 13.634 se está ante un caso grave.-

Cierto es que la juez de grado, según el audio acompañado, refirió que se trataba de un robo agravado por la utilización de arma de fuego en grado de tentativa, calificación que tomó como base la Defensa para apelar. Además, se advierte que del acta respectiva (ver fs. 1/3 vta.) se consigno la figura consumada, pero se citó el art. 42 del sustantiva. Luego de escuchar el audio, no puedo más que señalar que, más allá de lo que la investigación en el futuro pueda determinar, la mención de la tentativa parece tratarse de un error material. La jueza estuvo de acuerdo con el pedido Fiscal, al cual se remitió y en el cual no se calificaba al hecho como tentado. Tampoco la Juez realizó ninguna mención en cuanto a por qué estaría modificando dicho encuadre. Por otra parte, la Defensa tampoco

cuestionó el ítem en la audiencia ni dio tratamiento en su apelación. Tanto de la lectura del expediente principal, como de escuchar la audiencia en la instancia anterior, se puede afirmar que se habría tratado de un error en la consignación de la calificación legal.-

Vale reiterar que en los casos de internaciones provisorias de menores inimputables (art. 64 de la ley 13.634), la gravedad del hecho es tan sólo una pauta a tener en cuenta, pues la finalidad de la medida no tiene que ver con la sujeción al proceso, sino con la protección de los derechos de Suárez.-

En este caso, coincido con mi colega, Dr. Stepaniuc, en cuanto se ha valorado correctamente la falta de escolaridad de Suárez, la utilización de un arma de fuego con la cual se autolesionó el pie derecho en el hecho y la circunstancia de que el hecho imputado ocurrió a dos cuadras de su domicilio.-

Agrego a ello que, conforme la audiencia celebrada en esta instancia (art. 60 de la ley 13.634), Suárez se encuentra en un régimen abierto y que él mismo afirmó encontrarse bien, recibir visitas de su familiares y haber reiniciado sus estudios que antes del hecho había abandonado.-

Entonces, en esos términos, con independencia de aquello que se tramite en el expediente para que la medida de seguridad sea por el período de tiempo más breve posible, -conforme la propia Jueza del fuero minoril lo ha establecido en su resolución- lo cierto es que, por el

momento, se ajusta a las necesidades de Diego Facundo Suárez, por lo que corresponde su homologación.-

Por ello el Tribunal RESUELVE:

I.DECLARAR ADMISIBLE el recurso de apelación deducido en la presente incidencia por la Defensa Oficial (arts. 59 ley 13634; 421, 424, 439, 442 y ccdtes. del Código Procesal Penal).

II.CONFIRMAR la resolución adoptada en audiencia oral -conforme surge del archivo de audio adjunto en CD- por la Sra. Juez titular del Juzgado de Garantías del joven nro. 2 deptal., Dra. Patricia Mabel Klentak, mediante la que rechazó el pedido para que se declarara la inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 13634 y dictó la medida de seguridad en el marco de dicha norma con relación al joven Diego Facundo Suárez, por el delito de robo calificado por el uso de arma de fuego (art. 166 inc. 2 párrafo segundo del Código Penal), con carácter excepcional, por el tiempo más breve posible y como medida de *ultima ratio* -sujeta a revisión en un plazo abierto al momento que la Defensa lo considere pertinente- medida que se efectivizará en un centro o sector especializado para jóvenes no punibles en relación a su edad, solicitando la reincorporación en el circuito escolar y todos los diagnósticos necesarios, debiendo incorporar al joven en los tratamientos para adicciones y/u otros que correspondan después del diagnóstico respectivo (arts. 1 ley nacional 22278; art. 64 ley provincial 13634; 434, 447 y ccdtes. del Código Procesal Penal).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

FDO: Juan E Stepaniuc- Leonardo G. Pitlevnik

Ante mí: Viviana A Vega