En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los nueve días del mes de agosto del año dos mil dieciocho, los Señores Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, Dres. Alejandro Gustavo Defranco, Adrián Roberto Barrios y Omar Florencio Minatta, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados "**R., F. y otros s/robo en poblado y en banda - Trelew" (Carpeta 7140 5565 Ofiju Tw - Legajo 69.523 OUMPF Tw) e Incidente de Menor responsable nro. 1177,** con motivo de la impugnación interpuesta por el Defensor Público, Dr. J. M. S., en representación de M. H. U., contra la sentencia nro. 1200/18 dictada en fecha 21/05/18 por la Dra. Ivana González, quien, en el marco del citado incidente, le impusiera una pena de un año y tres meses de prisión, conforme a su declaración de coautor penal y materialmente responsable del delito de robo doblemente agravado por el uso de arma de utilería, y en poblado y en banda en carácter tentado, (arts. 42,45, 166, inc. 2, 1er y último párrafo del C.P.) en los autos principales, mediante Sentencia nro. 1268/17 de fecha 19/05/17.

La Defensa Pública en representación del imputado M. H. U., tanto en su presentación escrita como en el transcurso de la audiencia de impugnación (art. 385 del C.P.P.) celebrada el día 26/07/18 en la sede de este tribunal, fundó sus agravios en la falta de fundamentación respecto de la necesidad de imponer a su asistido una pena de cumplimiento efectivo, cuando el mismo carece de antecedentes condenatorios al igual que sus consortes de causas, quienes sí fueron condenados con penas de cumplimiento condicional.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Dr. Omar Florencio Minatta, Dr. Alejandro Gustavo Defranco y, Dr. Roberto Adrián Barrios.

El Juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. Se queja la defensa porque su pupilo es condenado a una pena de prisión sin especificar la modalidad de cumplimiento, sosteniendo que debió haberse aplicado la condenación condicional por darse todos los requisitos del artículo 26 del Código penal, agregando como un argumento más que sus consortes de causa mayores de edad fueron condenados por el mismo hecho en forma condicional.

Adelanto que lleva entera razón el defensor por innumerables razones de fondo y forma que pasamos a analizar.

2- En primer lugar corresponde recordar que las omisiones de las formas causadas por el Estado -en este caso la omisión de la jueza indicada en el agravio- jamás pueden perjudicar al imputado, por lo que habrá que sanear directamente el acto de oficio sin retrotraer el procedimiento a la etapa anterior, tal como con prístina claridad lo dispone nuestro artículo 162 del C.P.P. que regula el punto en materia de invalidez de los actos procesales. Esto es así porque nos encontramos claramente ante un acto procesal viciado que perjudica al imputado, punto que debemos resolver sin que lo pida expresamente la defensa, ya que el sistema adversarial penal lo que prohíbe en forma expresa es que los jueces realicen cualquier acto que implique impulsar la persecución penal, por lo que nunca podrán ir más allá de lo peticionado por el fiscal, prohibición que no funciona cuando el juez decide a favor de una garantía del imputado, punto en el que precisamente el adversarial penal se diferencia del adversarial o dispositivo civil en el que no es concebible que el tribunal de oficio decida a favor del demandado.

3. En este camino, tenemos una sentencia de prisión de un año y seis meses contra un menor sin especificar si es de cumplimiento condicional o de efectivo cumplimiento, por lo que habrá que interpretar cuál de estas dos opciones se corresponde mejor con la respuesta punitiva estatal, la que pasamos a construir.

En favor del encierro efectivo no puede arrimarse ninguna causal, ya por la circunstancia de que habría una flagrante desigualdad y desproporción con sus consortes de

causa, pues éstos mayores fueron condenados en suspenso, lo que está indicando claramente que se está interpretando que la culpabilidad del menor por el mismo injusto es considerablemente mayor que la de los dos adultos, lo cual es incorrecto desde el punto de vista jurídico- penal porque se presume -sin admitir prueba en contraque los menores imputables tienen una culpabilidad disminuida respecto de los adultos que justifica, por otra parte, un régimen especial de trato que nunca puede ser más represivo que el aplicable a los adultos por el mismo hecho.

4. Asimismo, no debemos olvidar aquí todos y cada uno de los principios constitucionales propios y especiales del régimen penal aplicable a los menores que surgen de la Convención Internacional de los derechos del niño y demás instrumentos internacionales reglamentados en forma detallada por leyes nacionales y provinciales que ponen infinidad de obstáculos que deben sortearse en forma fundada - y verificarse en pruebas aportadas y alegadas por la acusación- para aplicar la máxima sanción penal a los menores, como es la privación de libertad, prevista como de extrema necesidad y como *ultima ratio* en toda la normativa citada, principio elemental harto conocido que me exime de dar más detalles al punto.

5. En definitiva, postulo sanear en esta instancia el acto viciado mediante una de las alternativas ofrecidas por nuestro artículo 162, en este caso cumpliendo con el acto omitido, y conforme lo manda tanto el principio de culpabilidad como el de *ultima ratio* respecto de enviar a prisión a un menor, deberá disponerse el cumplimiento condicional del monto impuesto debiendo la causa regresar a origen para que en la respectiva audiencia se debatan las reglas de conducta conforme a la modalidad de cumplimiento condiciona dispuesta.

En punto a las costas y honorarios de la Defensa, deben ser diferidos hasta tanto no sean establecidos los correspondientes a la instancia de mérito.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Que vienen estos folios a este Tribunal a propósito del recurso ordinario interpuesto por el Sr. Defensor de M. H. U., abogado J. M. S., quien se agravia

de la resolución de la Jueza Ivana María González, quién, en fecha 21 de mayo de 2018, condenó al nombrado a la pena de un año y tres meses de prisión, luego que se lo hubiera declarado autor material y responsable.

2.- El punto central del agravio del apelante radicó en el hecho que se condenó a su asistido pero sin precisarse si la sanción era de ejecución condicional o de efectivo cumplimiento. Alerta el Defensor acerca que *"dada la ausencia de toda mención a la condicionalidad del art. 26 C.P., se trata de una pena de efectivo cumplimiento..."*.

Pero, estima el letrado, que en el caso correspondería la condicionalidad de la pena, por la falta de antecedentes, tal como fueron condenados dos de los consortes de causa (mayores de edad) y por ello, se trata a su cliente en peor situación que a aquéllos.

3.- Que de la doctrina emergente del fallo de la C.S.J.N. **"Squilario, Adrián..."**, del 8 de agosto de 2006, surge con claridad que *"...si bien los jueces de la mayoría del fallo de casación argumentaron que sólo la aplicación de la condenación condicional debía ser fundada por ser la excepción a la pena de encierro (art. 26 del Código Penal), no es menos cierto que la opción inversa, en casos donde aquella hipótesis podría ser aplicada, también debe serlo, puesto que de otro modo estaría privando a quien la sufre la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable. En tales circunstancias, los condenados se verían impedidos de ejercer una adecuada defensa en juicio ante la imposibilidad de refutar decisiones basadas en criterios discrecionales de los magistrados que la disponen..."*.

4.- En el caso venido a resolver, es cierto que, aunque no fue solicitado por la Defensa -lo que es necesario destacar-, ha omitido la magistrado interviniente expedirse sobre la condicionalidad o no de la pena impuesta contra el joven U., situación que tiñe a la sentencia de defectuosa.

Resulta de toda evidencia que, tratándose de una primera condena a pena de prisión menor a tres años, ante la posibilidad que la misma sea dejada en suspenso, es

obligación del magistrado de especificar el modo de cumplimiento expresamente y, en caso de decidir acerca del efectivo encierro, dar las razones por las cuales prefiere tal modalidad.

Asimismo, tal como advierte el distinguido colega Dr. Minatta en su sufragio, las omisiones de los órganos jurisdiccionales no pueden perjudicar al imputado, razón por la cual resulta oportuno recurrir a la posibilidad que brinda el art. 162 del rito, en clave de cumplir el acto omitido, lo que obliga, a la sazón, a expedirse sobre la conveniencia o no del efectivo cumplimiento de la sanción impuesta.

5.- Que más allá de la referencia de la Jueza González a la *"necesidad de aplicar pena"*, lo cierto es que no necesariamente sancionar implica que la misma sea de efectivo encierro cuando existe la alternativa que sea dejada en suspenso, conforme el art. 26 del código de fondo.

Analizadas las constancias tenidas en cuenta para resolver, no se advierte razón alguna que haga necesario que el joven U. cumpla efectivamente la pena impuesta, no solo por los efectos contrarios a la socialización (que se pretende desde el discurso como justificación externa de la pena) que causan los encierros durante tiempos cortos -un año y tres meses en el caso-, sino también, como advirtió el Sr. Defensor, por la notable desproporción de respuesta punitiva entre el recurrente y sus consortes de causa que, por no tener antecedentes, pudieron acceder al derecho de cumplir su condena en libertad -sujetos a condiciones conforme el art. 27 bis, obviamente-.

6.- Por el contrario, existen mayores razones de peso para decidir acerca de la condicionalidad de la sanción impuesta, atento la falta de antecedentes, la proporción en la respuesta punitiva con sus consortes, la menor culpabilidad de la que se presume gozan los niños y adolescentes por poseer una personalidad aún en desarrollo -admitido incluso por el art. 4, de la ley 22.803, que permite la disminución del reproche- y, desde el plano convencional, la obligación asumida por el Estado acerca de recurrir a la pena de jóvenes como *ultima ratio*, por el

menor tiempo posible y apelando, en la medida de lo posible, a alternativas a la prisionización (Convención de los Derechos del Niño y Reglas de Beijing, entre otras).

7.- Por todo ello, voto por el saneamiento del acto inválido a través del cumplimiento expreso de la determinación de la forma condicional del cumplimiento de la pena impuesta, remitiendo estos folios a la instancia de grado para que en audiencia se dispongan las condiciones a que quedará sometido el joven de conformidad con las pautas del art. 27 bis.

En materia de costas y honorarios, hago propio el diferimiento que postula el vocal que lidera este acuerdo, por así corresponder.

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Se ha de hacer constar que en la audiencia de impugnación, no ha concurrido ningún representante del Ministerio Público Fiscal.

2. Como ya se dicho en reiteradas ocasiones, la competencia de las instancias revisoras originadas consiste en verificar si las razones de una resolución jurisdiccional impugnada, se encuentra debida y racionalmente fundada.

En el presente caso, la defensa impugnó la pena impuesta a su cliente, y requirió que ésta Cámara Penal modifique el pronunciamiento de la juez penal Ivana González, resolviendo la aplicación del art. 26 del código penal, dada la ausencia de toda mención a ella en la sentencia.

3. Analicemos los antecedentes del caso.

M. H. U. era menor de edad al momento del hecho, y el Juez penal José García, el 19 de mayo de 2017 después de realizarse el procedimiento de juicio abreviado, declaró la responsabilidad del nombrado, con plazo de realización de medidas socioeducativas, tal cual establece la ley específica.

Vencido dicho plazo, la juez González dictó el 21 de mayo de 2018 la sentencia condenatoria registrada bajo el número 1200/2018, determinando la pena de un año y tres meses de prisión, sin especificar la modalidad de su cumplimiento.

4. Digno es destacar que dicho fallo posee una sólida fundamentación sobre la necesidad de imponer una pena a quien fuera menor al momento del hecho, tras el fracaso de las medidas socioeducativas que fueran incumplidas por el pretenso durante el plazo judicial estipulado en el fallo de responsabilidad. Ello no ha sido motivo de apelación.

Por otro lado se constata que la sentencia no especifica la modalidad de cumplimiento de la condena, como afirma quien se agravia; mas tras la revisión de la audiencia del 15 de mayo del corriente año, en donde fuera sustanciada la cesura, lo que también se constata es que la defensa no requirió modalidad de cumplimiento especifico sobre la pena que en forma subsidiaria requirió sea impuesta.

Tras la escucha del soporte digital de audio de la audiencia, en el tramo que parte del minuto 46 al 1.04, no se identifica un solo punto del que pueda deducirse que el defensor interesó a la juez penal, en dictar una sentencia en dicho sentido.

Ello así, podemos a priori concluir que válidamente la juez penal no se expidió sobre una variable que no le fuera requerida.

Sin embargo, sin dejar de destacar que el artículo 26 del código de fondo establece que la condicionalidad de la forma de cumplimiento de la condena, en casos de primer condena, y de pena no superior a tres años es una facultad de los tribunales, siguiendo la lógica que sugiere el pretenso, no controvertida por la fiscalía atenta su inasistencia a ésta instancia, hay una razón radical que me determinan a votar por hacer lugar al recurso.

Se debe considerar que dos de los cuatro coautores, (F. R. y L. P.) habrían sido condenados a la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo, porque tenían condenas firmes anteriores; mas los otros dos (R. L. y F. R.) habrían sido condenados a la pena de tres años de prisión en suspenso, de conformidad con el art. 26 del código penal.

Si se confirmara el fallo de la juez González que, recordemos, condenó a M. H. U. a un año y tres meses de prisión, se colocaría al joven en una situación más gravosa

que la de sus consortes de causa, F. R. y R. L., ambos sin antecedentes al igual que U. y mayores de edad. Esta es la única razón por la que me inclinaré por votar dando la razón de quien impugna.

5. A más abundar, la prisión condicional valorada como un beneficio, por supuestosiempre más benigna que una prisión efectiva, puede ser revocada ante el incumplimiento de las reglas deconducta que se impongan. U. de seguro sabe de ello,puesto que su mal desempeño en las medidas socioeducativas le valió la imposición de la pena que se revisa, y que pesará en sus antecedentes. Volver a persistir en nuevos incumplimientosa mandas legales,repercutirá inmediatamente en una mayor restricción a su libertad.

Esta advertencia legal/judicial, debería de persuadir al imputado para someterse a la razón, cumplir acabadamente las conductas que les impongan, y valorar la chance que solo por ser joven, la sociedad y la ley les concede.

4. Por todo lo dicho, voto por hacer lugar al recurso, modificando el resolutorio impugnado en lo que a la modalidad de la pena se refiere, que deberá ejecutarse en forma condicionalidad, reenviando este legajo al juez penal que corresponda a efectos de sustanciarse debidamente todas las cuestiones pertinentes a las reglas de conductas que se han de imponer.(art. 26 y 27 bis del Cód. Penal).

En orden a las costas imponer y honorarios a regular, hago propia la propuesta efectuada por el vocal que lidera el acuerdo.

Así lo voto.

De conformidad con los votos precedentes, por unanimidad esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa Pública en representación de M. H. U., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) Determinar que la pena de un año y tres meses de prisión, impuesta en la sentencia nro. 1200/18 del

21/05/18, lo es en la modalidad de ejecución condicional (art. 26 del C.P.);

3) Reenviar los presentes a la Oficina Judicial para que, mediante el Magistrado que corresponda, se fije audiencia con las partes, a los fines de discutir las reglas de conducta a observar por el condenado M. H. U. por el plazo que se disponga (art. 27 bis del C.P.);

4) Diferir la imposición de costas y regulación de honorarios hasta el momento en que se fijen los correspondientes a la instancia de mérito; y

5) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Alejandro Gustavo Defranco

Roberto Adrián Barrios Omar Florencio Minatta

Registrada con el Nro. 73/2018 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

Carlos Enrique Pedelaborde
Secretario de Cámara