

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 22987/08 STJ

SENTENCIA Nº: 121

PROCESADOS: SALLES NICOLÁS ARMANDO – NAVARRO JONATHAN
NICOLÁS

DELITO: ROBO SIMPLE

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 03-09-08

FIRMANTES: BALLADINI – SODERO NIEVAS – VIVAS DE VÁSQUEZ
(SUBROGANTE) EN ABSTENCIÓN

///MA, de septiembre de 2008.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Alberto Ítalo Balladini, Víctor Hugo Soderó Nievas y María del Carmen Vivas de Vásquez -por subrogancia-, con la presidencia del primero y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “NAVARRO, Jonathan Nicolás; SALLES, Nicolás Armando s/Robo en poblado y en banda s/Casación” (Expte.Nº 22987/08 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal (texto consolidado), con el planteo de la siguiente:- - - -

- - -

CUESTIÓN

----- ¿Es procedente el recurso deducido?- - - - -

VOTACIÓN

El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - -

-----1.- Mediante Sentencia Nº 122, del 13 de noviembre de 2007, la Cámara Primera en lo Criminal de General Roca condenó a Nicolás Armando Salles y a Jonathan Nicolás Navarro, como coautores del delito de robo agravado por ser cometido en poblado y en banda (art. 167 inc. 2º C.P.), a la pena de tres años de prisión de cumplimiento en suspenso.- -

-----2.- Contra lo decidido, la defensa dedujo recurso de casación, que fue declarado inadmisibile por el a quo, lo que motivó su queja ante este Superior Tribunal, que le hizo lugar mediante Auto Interlocutorio N° 15, del 6 de mayo de 2008. El expediente principal quedó entonces por diez días en la Oficina para su examen por parte de los interesados.- ///2.-- A fs. 214/234 se agrega el dictamen de la señora Procuradora General, por lo que, realizada la audiencia prevista en los arts. 435 y 438 del código adjetivo, los autos han quedado en condiciones para su tratamiento definitivo.- - - - -

-----3.- La casacionista sostiene que se dan por probados de modo indebido extremos de los hechos reprochados. En este sentido, afirma que la sentencia es parcial y violatoria de los principios de la lógica y la sana crítica racional, pues tiene por acreditada la existencia del elemento “banda”, que califica a la figura básica, según el contenido del acta de procedimiento obrante a fs. 1/2 de las presentes actuaciones, la que no habría sido redargüida de falsedad. Por el contrario, alega -en coincidencia con el voto de la minoría- que de la prueba producida en la audiencia de debate -testimonios de los funcionarios policiales actuantes en el procedimiento y del dueño del estéreo sustraído- no puede concluirse que se hayan advertido tres personas actuando en el hecho. Expresa que debe preferirse el testimonio en debate del Subcomisario Héctor Heriberto Pérez, quien pese al tiempo transcurrido pudo brindar y recordar detalles del hecho y siempre refirió la existencia segura de sólo dos personas, por lo que la duda en relación con la tercera -que motivó la necesidad de una nueva audiencia para que declarara dicho testigo- debe favorecer a los imputados. Agrega que tampoco fue acreditada la participación y el rol que habría tenido en el hecho el menor B. -sobreseído en la etapa instructoria por su minoría de edad-, en tanto sólo consta la detención de éste en///3.- cercanías del lugar junto a los otros dos, pero no existe elemento alguno que lo vincule con el apoderamiento. Cita doctrina legal en abono de su postura y solicita que se conceda el recurso y que este Cuerpo case la sentencia.- - -

-----4.- La señora Procuradora General dictamina que el recurso de casación debe ser resuelto de modo favorable. En este orden de ideas, argumenta que al pretender justificar la participación del tercer integrante de la hipotética “banda”, la mayoría incurre en vicios de razonamiento, con implicancia en la subsunción del hecho acusado. Aduce además que el Subcomisario Héctor H. Pérez se encontraba bien ubicado en relación con el lugar del hecho y expresó haber visto a dos personas, no obstante lo cual se lo interrogó en confrontación con las constancias de fs. 1 y fs. 1/2 hasta lograr que

admitiera que pudo haberse confundido. Al respecto, señala que al funcionario se lo inquirió y se le repreguntó a modo de “medio careo”, pues el acta de procedimiento no había sido suscripta por él ni había asentado el encabezamiento del resolutivo prevencional de fs. 1. De hecho, el funcionario que había asentado el dato que nos ocupa era el Sgto. Eustaquio Quiroga, quien ante el Tribunal dijo no recordar el procedimiento, pero Pérez sí lo hizo, de modo nítido y detallado. Expresado esto, la señora Procuradora sostiene que el juzgador ha forzado la prueba, sin atender a la conclusión de este último: “cuando yo llegué tenían a dos demorados”. Luego suma que la valoración del testimonio del damnificado incurre en idénticos yerros metodológicos, puesto que la afirmación atribuida a éste en cuanto al número de los partícipes no era el resultado de su ///4.- percepción visual directa, sino una deducción acerca de lo ocurrido. Asimismo, no entiende cómo su relato pudo haber sido considerado como producto de su “buena memoria y portadora de detalles esenciales”, cuando debió dársele lectura de lo actuado a fs. 4, atento a que lo comenzó de modo desordenado y falto de memoria. A ello suma que no advierte prueba que lo corrobore.- - - - -

- -

----- Posteriormente la señora Procuradora General hace una reseña del trámite a cargo del Juez de Instrucción en lo vinculado con el menor no punible B. -quien al momento de los hechos contaba con catorce años de edad-, que entiende carente de tino. A ello suma que, al resolver la situación procesal del menor, el magistrado no efectuó el más mínimo despliegue probatorio para acreditar su intervención en el hecho ni le informó acerca del hecho enrostrado ni le proveyó asistencia técnica ni tuitiva para su declaración de fs. 46, de lo que resulta que éste ni siquiera tuvo las garantías procesales de los otros involucrados. Señala graves falencias en la etapa del plenario y puntualiza que cualquier medida que se adopte no puede sino ser la consecuencia de la comisión de un delito, pues rige el derecho penal de acto. En este sentido, expresa que la disposición judicial de un niño que no cometió delito pero se encuentra en “situación irregular” es una especie de medida de seguridad predelictual. Cita doctrina y jurisprudencia referida a la temática y concluye que la ausencia de certeza respecto de la comisión del delito por parte del menor inimputable no podía trasladarse como pieza conviccional integradora de una sentencia que resuelve en ///5.- sentido contrario.- - - - -

- - - -

----- En consecuencia, entiende que la sentencia es arbitraria y estima oportuno que este Cuerpo sienta doctrina legal en lo referido a la situación del menor B. Asimismo,

considera que se han incumplido de modo grosero los tiempos procesales.- - - - -

-----5.- Respecto de la prueba de la materialidad de los hechos y su autoría poco puedo agregar a lo sostenido por la señora Procuradora General, a cuyo dictamen remito en esta temática.- - - - -

----- En efecto, la defensa sostiene -en lo sustancial- que los hechos cometidos deben ser subsumidos en el delito de robo simple, toda vez que no se encuentra acreditada la participación del tercero -un menor de apellido B., que contaba con catorce años de edad cuando sucedieron los hechos, por lo que fue sobreseído en la etapa instructoria.-

----- El punto ya era motivo de controversia desde el debate oral, tal como se evidencia en los alegatos de la defensa y del Ministerio Público Fiscal, y la Cámara Criminal -por mayoría- resolvió que se encontraba acreditada dicha participación, según las actuaciones prevencionales labradas desde el comienzo de la investigación (ver fs. 1/3).- - -

----- Ahora bien, éstas se iniciaron en el marco de la resolución del Oficial Subinspector de la Comisaría Tercera de General Roca, quien dispuso que una comisión policial se constituyera en el lugar del hecho que habría sido comunicado al comando radioeléctrico por el Oficial Principal Héctor Pérez, “quien informaba que en calle Tucumán y Sarmiento de esta ciudad, tres personas sexo ///6.- masculino habían sustraído un stereo de un vehículo y se daban a la fuga por calle Tucumán hacia el cardinal oeste, aportando las características de los autores...” (ver fs. 1).- - - - -

----- En conformidad con el acta de procedimientos siguiente a tal disposición, la policía detuvo en la esquina sureste de la intersección de las calles mencionadas a tres personas, uno de los cuales era J.A.B., de catorce años de edad.- - - - -

----- El Oficial Principal Héctor Pérez, quien primero habría alertado por radio acerca de lo sucedido, declaró en la audiencia de debate y sostuvo que lo que recordaba era la participación de dos sujetos, de lo que dio detalles, pero no recordaba al tercero (B.).- - -

----- En concreto y luego de ser interrogado por las partes en relación con un primer relato desarrollado en el debate y la discrepancia con lo consignado respecto de su comunicación radial, expuso que “... cuando él llega vió dos en el asfalto, que eran el más alto y el más bajo, que eran los dos que había visto”, y luego afirmó: “eso del

tercero no lo recuerda hoy... Puede que haya mencionado a un tercero, fue todo tan rápido me concentré en el alto y el bajo que cometieron el hecho...”.- - - - -

----- La mayoría consideró acreditados los hechos por medio de prueba compuesta de declaraciones testimoniales y el acta de procedimiento, y señaló: “la falta de memoria de este empleado policial [en referencia al Sgto. Eustaquio Quiroga, encargado de la comision mencionada] no priva de certeza ni de validez al acta de fs. 1/2/2vta. que lleva su firma por ///7.- tratarse de un instrumento público, por lo que la existencia material de los hechos que el oficial público que lo otorga, hubiese anunciado como cumplidos por él mismo o en su presencia, se presume y esa presunción sólo será desvirtuada cuando exista una redargución de falsedad planteada en regla, por vía de acción o de incidente, y con la intervención del oficial público autorizante (art. 993 C.C. y ley 1965, art. 17...”.- - - - -

----- En el acta se había dejado constancia de que “cuando transitaban por la calle Tucumán hacia el este para dar con los sujetos en cuestión, divisaron en la esquina sureste de Tucumán y España a tres personas que concordaban con las características aportadas,

uno de los cuales al percatarse de la presencia policial se separó de los restantes, pero de inmediato los tres fueron detenidos, constatándose que el que trataba de separarse del resto llevaba entre sus prendas el stereo. Los tres dieron sus identidades y al momento de estar introduciendo los detenidos en el móvil se hizo presente el oficial Perez y el damnificado que reconoció el elemento incautado...”.- - - - -

----- Así, dicho empleado policial nada recordaba, pero la certeza se obtuvo del acta que instrumentó lo actuado, a lo que se agregó lo sostenido por Rodolfo Alberto Artola - víctima del hecho-, cuya declaración la mayoría consideró de incuestionable eficacia convictiva y le permitió concluir que “admitió que aquel día pudo establecer que los tres individuos que viera cerca de su rodado eran los mismos que la policía después detuvo en la esquina de España y Tucumán” (ver fs. 175).- - - - -

///8.-- Así, no hay más prueba de cargo: sólo el acta de procedimientos y la declaración de la víctima.- - - - -

----- En oposición a ello también hay prueba de descargo; en primer lugar, la del único testigo presencial de los hechos, el Subcomisario Héctor H. Pérez, quien sostuvo haber visto a dos personas sobre calle Sarmiento y relató cómo sucedieron los hechos, mencionando siempre a dos jóvenes que, efectuado el apoderamiento, corrieron unos metros y siguieron caminando por calle Tucumán. Tal testigo fue quien dio aviso radial

al Comando y a la víctima, cuando ésta acababa de advertir que le habían sustraído el estéreo de su auto.- - -

----- También es relevante como descargo lo sostenido a fs. 46 en su declaración informativa por J.A.B. -manifestación cuya consideración es omitida por la mayoría-, quien sostuvo que “ese día yo salí de Chacal, un pool que está ubicado entre calle Tucumán entre Av. Roca y España, salí solo, a los pibes que agarró la policía no los conozco. Que ese día yo venía más atrás, al pasar por ahí me subieron al patrullero y a los pibes los subieron al celular, que uno de los chicos es de pelo largo, y al otro no lo conozco...”.- -

----- Asimismo, es un dato que no puedo dejar de considerar el hecho de que en el debate la víctima no pudo identificar a los imputados y que su declaración se dio en el marco de circunstancias de tiempo y lugar -también procesales- que deben ser examinadas con detenimiento.- - - - -

----- Atento a la prueba reseñada supra, entiendo que la prevalencia dada por el voto mayoritario al contenido del instrumento público de fs.1/2 por sobre la declaración del único testigo del hecho se aparta de la doctrina legal del ///9.- precedente “INFANTE” de este Superior Tribunal de Justicia (Se. 49/02).- - - - -

----- En este fallo, mutatis mutandis se dijo que “... el juzgador -al interpretar que el acta de procedimiento de mención, los croquis ilustrativos y el acta de secuestro poseen la más plena validez contra la presunción de inocencia del enjuiciado por no haber sido objetadas o redargüidas de falsedad (fs. 184)- confunde dos planos de análisis: a) el de la validez formal del acta, y b) el de la valoración de su contenido como elemento de prueba dentro del contexto del debate.- - - - -

----- “Además, si bien en el sistema legal de apreciación de la prueba -de las libres convicciones o sana crítica racional- no es posible establecer a priori algún tipo de prelación probatoria entre diferentes medidas probatorias, en todo caso, atento a la estructura oral de nuestro código de procedimientos y a la necesidad de que la decisión encuentre fundamento principal en la prueba producida en debate oral -única susceptible de contradicción-, si existe un orden de prelación, debería ser el inverso al propiciado por el juzgador. \’Pero de todos modos, si un testigo contradijera en el debate aquello que ha afirmado en su declaración anterior («yo no vi la requisita, sino que me mostraron posteriormente aquello que supuestamente habrían encontrado»), ello ya de por sí tornaría casi imposible para cualquier tribunal de juicio arribar a alguna certeza sobre el desarrollo de los hechos, con prescindencia del valor que, en abstracto, le otorgue a las

actas de la instrucción, salvo que existan otros medios de prueba que permitan la ///10.- reconstrucción histórica en el sentido referido por el acta\ (Fabricio Guariglia, \Admisión del recurso de casación y cuestiones de hecho en una sentencia de la cámara nacional de casación penal: otra batalla perdida\, en Nueva Doctrina Penal, A/1996, págs. 213/214).- - - - -

----- “En concreto, las actas que instrumentan actos irreproducibles de la etapa instructoria, pese a no ser redargüidas de falsedad, pueden ser atacadas en su poder convictivo por la existencia de prueba brindada en el debate oral que se oponga a su contenido”.- - - - -

----- Establecido así el orden de prelación convictivo entre la prueba instrumental que da contenido a determinado hecho ocurrido en la etapa instructoria y la otra testimonial que, dada en el debate oral y sujeta a la contradicción de las partes, recrea el mismo hecho natural, corresponde decir que no puede preferirse el encabezamiento en un “visto” por el que se dispone la realización de una comisión policial, cuando éste da cuenta de la recepción de un llamado telefónico en el que se informa de la participación de tres personas en un hecho, cuando en el debate uno de los que realiza la comunicación aclara que en el hecho intervinieron sólo dos y da un detalle circunstanciado de lo ocurrido, por lo que la discordancia entre las dos versiones no puede atribuirse a olvido alguno, ni tampoco a mendacidad o interés en favorecer a los imputados.- - - - -

----- Ello así más aun dado que lo realmente dicho en tal comunicación tampoco pudo ser contrastado con quien recibió el llamado, ni puede pretenderse de ello más precisión que la de un rápido anoticiamiento de un hecho delictivo que ///11.- terminaba de ocurrir.- - - - -

----- Tal como lo sostiene la señora Procuradora General en su dictamen, no resultan oponibles a los dichos del Subcomisario Héctor H. Pérez las manifestaciones de la víctima Rodolfo Alberto Artola, pues éste sólo afirmó que los tres jóvenes que se cruzaron en su camino cuando se dirigía a su auto eran los mismos que momentos después resultaron detenidos, pues aun si esto fuera así no se advierte de qué modo ello permitiría atribuirle algún grado de participación al menor B. en un hecho común.- - -

- - -

----- En este orden de ideas, ante el claro relato de lo sucedido efectuado por el mencionado Pérez (dos personas paradas cerca del coche, uno se arrimó y no vio qué le dio, pero sí vio que medio cuerpo se metió adentro del auto y sacó algo y se lo entregó

al sujeto más chico, y luego corrieron unos metros y siguieron caminando por calle Tucumán -fs. 170-) y dilucidado que esos dos son quienes resultaron condenados, cabe preguntarse qué hizo ese tercero, qué acción típica se le atribuye además -eventualmente- de ser visto caminando junto a los coautores después de consumado el hecho, y cómo se la acredita.- - - -

----- Asimismo, no puedo aceptar que se concluya en la “incuestionable... eficacia convictiva” del testimonio de Rodolfo Alberto Artola, cuando parte de lo declarado en el debate debió ser suplido por lo sostenido en sede prevencional, lo que supone la necesidad de ayudar al testigo o de demostrar contradicciones o variaciones entre las declaraciones.- - - - -

----- A ello se suma que del acta de debate de fs. 154 nada ///12.- surge en cuanto al tenor de dicha lectura ni queda constancia de la incorporación por lectura de la declaración de fs. 4 y vta. (ver fs. 158 in fine); en rigor, ésta ni siquiera podía ser incorporada dado que no se trata de una declaración en la que se hayan observado las formalidades de la instrucción, pues no fue formulada ni ratificada ante el señor Juez de Instrucción.- - - - -

----- Tal eficacia también debe ser cuestionada a partir de las propias aclaraciones del testigo (“eso ocurrió tres años atrás y si eran los chicos que estaban en la Sala, \eran muy jóvenes, de noche y con unas copas encima, no está para recordar las caras de las personas\” -ver fs. 169-), en la medida en que es de común comprensión y de tratamiento en la literatura más básica sobre el tema que el “... valor de la percepción es función de las condiciones subjetivas y objetivas en que ha tenido lugar...” (Gorphe, La crítica del testimonio, pág. 246), por lo que no podían obviarse las dificultades apuntadas.- - - - -

----- Incluso debían considerarse las dificultades provenientes de la propia secuencia en que ocurrieron los hechos, toda vez que se trata de valorar la correspondencia entre lo visto por el testigo antes de la sustracción y lo observado después, al momento de la detención, por lo que no se advierte la atención que pudo haberle dispensado al actuar de B., cuando ni siquiera sospechaba de lo que había ocurrido y en las circunstancias apuntadas.- - - - -

-----6.- En este orden de ideas, la sentencia cuestionada es absurda en su logicidad -por violación del principio de razón suficiente- en la determinación del número de///13.- coautores o partícipes del hecho reprochado, toda vez que conforme las razones que anteceden no ha podido demostrarse la intervención del menor J.A.B., quien aparecía

sindicado como el tercero de los participantes.- - - - -

-----7.- En consecuencia, el hecho debe ser subsumido en la figura simple del art. 164 del Código Penal -robo simple-, con remisión del expediente a la Cámara Criminal para que con la misma integración adecue la pena a la nueva calificación a la que se arriba.- - - - -

-----8.- Arribado a este punto es dable aclarar que, atento a la reseña del dictamen de la Procuración General, además de lo referido al punto desarrollado, ésta solicita al Superior Tribunal que dicte doctrina legal en lo vinculado con la exigencia al Juez de Instrucción para que compruebe los hechos en los que intervienen menores, aun cuando sea evidente su sobreseimiento por inimputabilidad, conforme los arts. 305 y 307 inc. 3º del Código Procesal Penal y el art. 1º de la Ley 22278.- - - - -

----- Sin desatender las observaciones efectuadas por la titular de los Ministerios Públicos -de hecho, el desarrollo de mi voto es ampliamente concordante con su dictamen-, considero que por regla general la intervención necesaria del Superior Tribunal está dada por los agravios que habilitan su jurisdicción y que cabe una discreta y especial mensuración de los supuestos en que es aconsejable un apartamiento de dicha regla, pues de lo contrario la función de este Cuerpo, aun con fines loables, podría verse exorbitada de sus estrictos límites constitucionales, en desmedro de un adecuado servicio de justicia.- - - - - //14.-- En el sub examine no advierto la manifiesta gravedad que admita tal intervención de oficio, pues la normativa respecto de la necesidad de acreditar los hechos cometidos por los menores no se encuentra controvertida.- -

----- El señor Juez de Instrucción, sin perjuicio de advertir que la situación procesal del menor J.A.B. finalizaría en su sobreseimiento por inimputabilidad, atento a que contaba con catorce años al momento de los hechos, se ocupó de la prueba de los hechos, todo lo que tuvo tratamiento en el Auto Interlocutorio N° 213, del 31 de mayo de 2005 y culminó también con el procesamiento de Jonathan Nicolás Navarro y Nicolás Armando Salles como supuestos autores del delito de robo en poblado y en banda, en los términos del art. 167 inc. 2º del Código Penal.- - - - -

----- Podría sostenerse que no realizó un mérito acabado de la prueba resultante del sumario o de la declaración del menor B., pero esto no amerita una especial intervención de este Tribunal, más aun dado el grado de convicción necesario para el dictado de dicho auto, que no requiere certidumbre apodíctica acerca de la comisión del hecho ilícito ni de la participación de los procesados en su producción. Inclusive, lo

actuado por el Juez de Instrucción fue controlado en grado de apelación por la Cámara Segunda en lo Criminal de Gral Roca, que confirmó lo resuelto.- - - - -

----- Asimismo, la decisión de sobreseimiento por inimputabilidad del menor -no tenía dieciséis años de edad al momento de los hechos- es previa a toda otra consideración y no puede tener consecuencias jurídicas perjudiciales para él.- - - - -

///15.-- La doctrina legal respecto de la necesaria representación del menor y su derecho a ser oído -lo que involucra las temáticas referidas a una tutela judicial adecuada y efectiva, la asistencia de un letrado que lo represente de modo promiscuo, necesario y complementario, la interpretación restrictiva de toda decisión que limite su libertad, la necesidad de fundamentar conforme los criterios de prevención especial cualquier imposición de pena, etc.- se encuentra establecida en las Sentencias 175/06, 206/06, 101/07, 62/08, 88/08 de este Cuerpo, entre muchas otras, si bien todas posteriores a la fecha del dictado del Auto Interlocutorio N° 213/05, en que se decidió el sobreseimiento de J.A.B.- - - - -

-----9.- Por las razones que anteceden, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación deducido a fs. 192/198 de las presentes actuaciones, casar la sentencia en los subpuntos I a IV de su parte resolutive y condenar a Nicolás Armando Salles y a Jonathan Nicolás Navarro, de circunstancias personales obrantes en autos, como coautores del delito de robo simple (art. 164 C.P.) y remitir el expediente al a quo para que, con la misma integración, imponga la pena correspondiente a la nueva calificación a la que se arriba. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - -

----- Adhiero a lo sostenido por el doctor Alberto Ítalo Balladini hasta el punto 7 de su voto inclusive, así como a la solución propuesta en el punto 9.- - - - -

----- Por mi parte, sostengo que, si bien de acuerdo con lo que surge a fs. 60 de este expediente el magistrado a cargo ///16.- de la investigación de los hechos tomó nota de que el menor J.A.B. se encontraba sometido a un incidente de disposición en el Juzgado de Instrucción N° 2 de General Roca, por lo que decidió oficiarle a efectos de que se adjuntara en copia lo actuado, de modo que no realizó medida alguna restringiendo los derechos del menor, entiendo que es oportuno precisar algunos conceptos en torno a la responsabilidad del Estado en relación con los menores que son sobreseídos por los hechos reprochados dada su inimputabilidad, pese a que la demostración material de aquéllos los tiene como intervinientes, con el grado de convicción que exige la etapa procesal respectiva.- - - -

----- Así, “cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (Fallos 324:122; causa L. 1153. XXXVIII ‘Lischitz...’ del 15 de junio de 2004...)” (Fallos 327: 5215).-----

----- En este orden de ideas, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 37 inc. b) sostiene que ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo en conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.-----

----- Asimismo, su art. 40 subpunto 3 establece que los///17.- Estados Parte reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes 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 su reintegración y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. Los Estados Parte deben asimismo adoptar medidas para tratar a los niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.-----

----- El subpunto 4 del mismo artículo reza que se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y suspensión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que ese tratamiento guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.-----

----- Por su parte, la Ley 22278 -ADLA 1980 C, 2573- en su art. 1º (conforme sustitución Ley 22803 -ADLA 1983 B, 1354) dispone que no es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad, y que si existiere imputación contra él, la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito,///18.- tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las

condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. En caso necesario, pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable, y si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente de él por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.- - - -

----- También el art. 3º de tal ley establece la serie de medidas que puede utilizar el juez en el incidente para procurar la protección integral del menor.- - - - -

----- Como se advierte, la normativa supra citada trata -en lo que interesa- de los menores que al momento de la comisión del ilícito no han cumplido los dieciséis años, que se declaran “no punibles”, lo que resulta por tanto una causa de inimputabilidad creada por ley. Aun en tales supuestos el juzgador no puede prescindir de la comprobación del hecho que se les atribuye, pues éste es presupuesto, siempre, de las medidas tutelares que establece la ley.- - -

----- Así, “no basta la mera acreditación de la inimputabilidad sino que se vuelve imperativa la verificación de la existencia del episodio ilícito que se le adjudica al incapaz. Coetáneamente a ello, el Magistrado deberá coleccionar todos los elementos que le permitan determinar si el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro moral o material, o si presentare ///19.- problemas de conducta, información sobre la personalidad, su núcleo familiar, medio social, educación, cultura, ocupación, etc...” (Archival y Mendaña, “Notas al nuevo régimen penal de los menores”, ADLA 1980 C, 2573).- -

----- Es del todo evidente que las medidas que puede adoptar el magistrado instructor en el incidente son siempre restrictivas de la libertad del menor -art. 11 Ley Nº 4109, BOP Nº 4438, que entiende por privación de libertad toda forma de detención, encarcelamiento o internación de una niña, niño o adolescente en una institución pública o privada por orden de cualquier autoridad de la que no se permita a la niña, niño o adolescente salir por su voluntad- y fuertemente intrusivas, tal lo que evidencian las medidas socioeducativas que puede decidir el juez de instrucción para el art. 4º de la Ley 22278 -ver art. 64 Ley Nº 4109.-

----- Ello es así aun en el marco de las recomendaciones que ha formulado la Organización de las Naciones Unidas en diversos documentos, entre los que cabe enumerar la Resolución 40/33 de la Asamblea General -“Reglas de Beijing”- para la administración de justicia de menores delincuentes y para aquéllos que pueden ser

procesados por realizar cualquier acto concreto que no sea punible (subpunto 3.1.), y que procura extender el alcance de los principios contenidos en las Reglas a todos los menores comprendidos en los procedimientos relativos a la atención del menor y a su bienestar (subpunto 3.2.).- - - - -

----- También es dable mencionar la Resolución 45/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas -“Directrices de Riad”-, que hace centro en los programas preventivos para el ///20.- bienestar de los jóvenes desde su primera infancia y establece que sólo “deberá recluirse a los jóvenes en instituciones como último recurso y por el período mínimo necesario y deberá darse máxima importancia a los propios intereses del joven. Los criterios para autorizar una intervención oficial de esta índole deberán definirse estrictamente y limitarse a las situaciones siguientes: a) cuando el niño o joven haya sufrido lesiones físicas causadas por los padres o tutores; b) cuando el niño o joven haya sido víctima de malos tratos sexuales, físicos o emocionales por parte de los padres o tutores; c) cuando el niño o joven haya sido descuidado abandonado o explotado por los padres o tutores; d) cuando el niño o joven se vea amenazado por un peligro físico o moral debido al comportamiento de los padres o tutores; y e) cuando se haya manifestado en el propio comportamiento del niño o del joven un grave peligro físico o psicológico para el niño o el 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”.- - - - -

----- A tenor de lo expuesto y considerando las medidas intrusivas que puede disponer el juez de instrucción, aun con las restricciones apuntadas, considero que no acreditada la participación del menor en el hecho, o resuelto su sobreseimiento por inimputabilidad, no resulta admisible la continuidad de sus potestades preventivas y, por tanto, tampoco la de las medidas que pudieran estar ejerciendo sobre aquél para procurar su protección integral, que ///21.- siempre son incidentales de lo ocurrido en el principal, puesto que aquéllas finalizan con la declaración de sobreseimiento mencionada.- - - - -

--

----- En este orden de ideas y tal como ha aceptado este Cuerpo al reseñar el fallo “GRAMAJO” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (del 05-09-06, G.560.XL), las medidas tutelares que restringen la libertad, por reunir todas las características de una pena, son una pena, por lo que no se advierten los fundamentos normativos que permitirían su aplicación a quien resultó sobreseído.- - - - -

----- Así, los menores son sujetos de derecho (ver Maier, “Los niños como titulares del

derecho al debido proceso”, Revista Justicia y Derechos del Niño N° 2, UNICEF, pág. 17) y las medias restrictivas de la libertad que puede adoptar el juez de instrucción luego del sobreseimiento del menor contradicen las reglas del debido proceso y el principio de inocencia, puesto que ninguna de ellas es admisible luego de un pronunciamiento que niega la responsabilidad de éste en los hechos de la acusación.- - -

- - - - -

----- Tal es lo que surge con toda claridad del precedente “MALDONADO” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (del 07-12-05, M. 1022. XXXIX), pues los menores cuentan -como mínimo, pues son personas en desarrollo- con iguales garantías que los mayores (art. 18 tercer párrafo C.Prov.), de modo tal que establecida su no-punibilidad cesa la intervención de la justicia penal, pues ya no hay conflicto con ella.- - - - -

- - - - -

----- El niño, en caso de encontrarse en estado de abandono, falto de asistencia, en peligro moral o material o de///22.- presentar problemas de conducta, etc., todo lo que pudo determinarse en el sumario judicial, deja de ser imputado de un delito para ser un niño desamparado, por lo que se encuentra sujeto a la Ley 26061 -Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes- y, en lo pertinente, a la ya mencionada Ley 4109.- - - - -

----- Atento a tales normativas, las potestades tutelares del juez de instrucción son reemplazadas por la asunción de responsabilidad del Estado para establecer, controlar y garantizar el cumplimiento de políticas públicas para afirmar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La Ley 26061 crea un sistema con medidas para su protección integral, que surgen del órgano administrativo local, cuando se encuentre violentado o amenazado algunos de sus derechos.- - - - -

----- De acuerdo con la Constitución Provincial en sus arts. 31, 32, 33 y 34, que en el capítulo de derechos sociales consagra la protección de la familia, la igualdad de derechos, el amparo de la niñez y la formación de la juventud -todo plenamente aplicable al sentido de mi voto- y la legislación nacional mencionada, la Ley provincial 4109 también dispone el deber del Estado de promover políticas públicas de protección integral del menor, “las que conforman en su conjunto la política social provincial de promoción y protección de estos derechos...” (art. 35), con la adopción para ello de diferentes medidas, en cuyo marco es deber del poder judicial ordenar sólo las establecidas en los incs. e, f, g y h del art. 39, y crea la autoridad de aplicación, con sus organismos de atención.- - - - - //23.-- De tal modo, del modelo tutelar o de la

situación irregular se ha pasado al que surge de la doctrina de la protección integral, en la que el menor es un sujeto de pleno derecho y el juez deja de comportarse como “un buen padre de familia” para pasar a realizar tareas propiamente jurisdiccionales y de control del respeto de garantías constitucionales, tal como lo dispone el art. 40 de la Ley 4109, con la cual la provincia de Río Negro ha entrado de lleno en el cambio de paradigma.- - - - -

----- En consecuencia, de acuerdo con el desarrollo de mi voto, la intervención del juez penal se encuentra restringida en la medida en que se mantenga la acusación por la comisión de hechos ilícitos de menores inimputables y cesa con el dictado del sobreseimiento, oportunidad en que, constatados prima facie los supuestos de los arts. 1 y 2 de la Ley 22278/22803 -admito su vaguedad y ambigüedad-, mediante resolución fundada debe remitirse copia de las actuaciones correspondientes al poder administrador atento a la Ley 4109.- - - - -

----- En un sentido concordante, véase el considerando quinto de la Resolución N° 199/08 de la Procuración General de la provincia de Río Negro, que propicia que como instrucciones al Ministerio Público de la Defensa del Menor que “tal como lo norman los arts. 33 y cc. de la ley 26061 y sus similares 42, 45 y 62 de la ley 4109, una vez culminado el proceso penal del inimputable por razón de la edad, el Magistrado debe proceder a remitir los antecedentes al Organismo técnico proteccional, si de los mismos es dable colegir que el niño, niña o adolescente se encuentra en ///24.- estado de riesgo o vulnerabilidad. Ello a fin de que el órgano administrativo tome la intervención correspondiente, adaptando el caso a los programas que viabilicen la satisfacción de las medidas de protección de derechos, conforme el art. 39 incs. a, b, c, y d de la ley 4109”.- - - - -

----- Se arriba así a una “desjudicialización de las cuestiones relacionadas con \‘las medidas de protección integral de derechos\’ que, según lo normado por los arts. 32 y 33, deberán desarrollarse en el ámbito administrativo local. El objetivo de esta transformación estaría vinculado con la necesidad de preservar a los jueces en funciones de carácter puramente técnico, apartándolos de toda cuestión relacionada con la tutela. En su consecuencia, los problemas vinculados a la satisfacción de los derechos básicos de los niños no constituyen ya problemas atendibles por la justicia de menores o la justicia penal sino por el poder administrador nacional, provincial y municipal, destinados la promoción, prevención, asistencia, protección, resguardo y reestablecimiento de los derechos de los niños” (Crivelli, “¿Es posible desarmar el

modelo tutelar? Derivaciones inesperadas de la declaración de inconstitucionalidad del régimen penal de menores de la provincia de Mendoza”).- - -

----- El adecuado control judicial tiene correlato con las normas que regulan la actuación del juez del fuero especializado de familia -Ley 3934-, que tiene como atribuciones de oficio o a pedido de parte “... la inclusión de los menores en los programas dependientes del Poder Ejecutivo que eviten la internación, siendo esta un último ///25.- recurso a considerar...” (art. 8º a), aplicando un procedimiento sumario en las causas de suspensión, privación y restitución de la patria potestad y lo referente a su ejercicio; lo mismo que la designación, suspensión y remoción de tutor y lo referente a la tutela, la tenencia y el régimen de visitas (art. 25). Asimismo, el art. 30 de la misma ley establece que los juzgados de familia y sucesiones conocen en forma exclusiva sobre las temáticas que involucran varios de los aspectos aquí tratados en cuanto a la problemática de los menores.- - - - -

----- Para finalizar, en cuanto a las características de la intervención estatal, cabe recordar que ésta es supletoria de la patria potestad y responde, además, a las características de ser una intervención transitoria, puntual y excepcional, ya que “no puede ir más allá para no tener injerencia arbitraria e ilegal en la vida privada o en la familia de un niño (art. 16, Convención de los Derechos del Niño)”, conforme sostiene Jäggli en Menores en riesgo social (pág. 25), en tanto también hay un interés familiar que es necesario proteger (Capparelli, “La protección jurídica de la familia en el derecho penal”, ED 19-08-08, pág. 1).- - -

----- En este orden de ideas, los arts. 39, 40 y 41 de la Ley nacional N° 26061 mencionada supra regulan las medidas excepcionales de protección de los derechos de la infancia y de la adolescencia, poniendo fin a la doctrina de la “situación irregular”, con el diseño de un sistema de protección integral que debe ser exigible en sede administrativa y la intervención del Poder Judicial sólo se corresponde con el control de legalidad de las medidas ///26.- tomadas por la administración respecto de las situaciones excepcionales en que debe evaluarse la necesidad de separar al niño de su grupo familiar.- - - - -

----- El “control de legalidad pretende satisfacer la doctrina de la Corte Suprema adoptada en el fallo Fernández Arias sobre el control judicial suficiente de los actos administrativos y los estándares constitucionales contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que integra el bloque de constitucionalidad federal” (conf. Silvina M. Basso, “Ley 26061: las medidas

excepcionales de protección de derechos y los procesos de protección de persona”, en La Ley Doctrina Judicial, del 12-03-08, pág. 672, quien agrega que la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción es la encargada del control de legalidad de la medida excepcional). ASÍ VOTO.- - - - - La señora Juez subrogante doctora María del Carmen Vivas de Vásquez dijo: - - - - -

----- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación respecto de los agravios deducidos en el recurso de casación y la solución que debe darse al caso, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Hacer lugar al recurso de casación deducido a fs.

----- 192/198 de las presentes actuaciones por la señora Defensora General doctora Mariana Serra.- - - - - ///27.-Segundo: Casar la Sentencia N° 122/07 de la Cámara Primera

----- en lo Criminal de General Roca en los subpuntos I a IV de su parte resolutive y condenar a Nicolás Armando Salles y a Jonathan Nicolás Navarro, de circunstancias personales obrantes en autos, como coautores del delito de robo simple (art. 164 C.P.).-

- - - - - Tercero: Remitir el expediente al Tribunal de origen para

----- que, con la misma integración, imponga la pena correspondiente a la nueva calificación a la que se arriba.- Cuarto: Registrar, notificar y, oportunamente, devolver.

Mª DEL CARMEN VIVAS DE VÁSQUEZ

JUEZ SUBROGANTE

En abstención

(art.39 L.O.)

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 8

SENTENCIA: 121

FOLIOS: 1638/1664

SECRETARÍA: 2