



Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FSA 5349/2016/TO1/5/CFC2

REGISTRO N° 1422/19.4

///nos Aires, 10 de julio de 2019.

AUTOS Y VISTOS

Para resolver en la presente causa Nro. FSA 5349/2016/TO1/5/CFC2 seguida a F.M.M. acerca del recurso de casación interpuesto a fs. 1/13 vta. por su defensor público oficial.

Y CONSIDERANDO

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, resolvió en lo que aquí interesa, con fecha 10 de noviembre de 2017 en la causa n° 5349/2016 de su registro interno: **"I. CONDENAR a [F.M.M.], de las demás condiciones personales consignadas, por ser autora responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, a la PENA DE DOS AÑOS de prisión cuya ejecución queda en suspenso y multa de DOSCIENTOS pesos, y las costas del juicio, -arts. 5° inc. "c" de la ley 23.737, 26, 29 inc. 3° y 45 del C.P. y arts. 403, 530 y 531 del CPPN-. II. IMPONER a [F.M.M.], las reglas de conducta del art. 27 bis del CP, por el término de dos años: 1) Fijar domicilio y avisar con un término no mayor a 24 horas en caso de mudarse. 2) Someterse al cuidado de un patronato, 3) Abstenerse de concurrir a determinados lugares vinculados con cualquier actividad relacionada con estupefacientes, 4) Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas, 5) Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado con su capacidad, 6) acreditar al Tribunal la gestión de obtención de la documentación personal de su hijo [I.M.], 7) Gestionar ante el ANSES la asignación universal por hijo, 8) Incorporarse a un servicio de día o internación en una institución de contención y tratamiento para adictos con supervisión judicial, 9) Gestionar ante la**

Fecha de firma: 10/07/2019

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CÁMARA DE CASACION

Firmado por: GUSTAVO M. HORNOS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado(ante mi) por: MARIA JOSEFINA GUARDO, PROSECRETARIA DE CAMARA



#32979666#237331553#20190710145223417

Dirección de ordenamiento territorial de un espacio territorial propio por canje, venta o permuta para promover su alejamiento del barrio Bajo Éxodo y 10) Gestionar su ingreso al programa provincial de acceso laboral de acuerdo con sus potencialidades y destrezas para lograr emprendimientos legales y evitar conflictos permanentes con la ley. Respecto de los puntos 7, 8, 9 y 10 deberá presentar las acreditaciones correspondientes ante este Tribunal en el plazo de 20 días hábiles. III. DAR INTERVENCIÓN a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia y al Defensor de Menores de la Provincia de Jujuy, en relación a su hijo menor [I.M.] (...)” (cfr. fs. 83/89).

II. Que contra dicha resolución, el señor Público Oficial, doctor Matías F. Gutiérrez Perea, en representación de F.M.M., interpuso recurso de casación (fs. 1/13 vta.), el que fue concedido (fs. 46) y mantenido ante esta instancia (fs. 53).

III. Que el recurrente adujo que la sentencia resulta recurrible en casación, en tanto refirió que se trata de un decisorio de carácter definitivo (art. 457 del C.P.P.N.) y fundó su recurso en los términos del art. 456, incs. 1 y 2 del C.P.P.N.

Comenzó su presentación señalando que su asistida alcanzó la edad de 18 años una vez iniciado el proceso, y que dentro de ese límite etario se mantuvo por el período de un año sin que se haya tomado media alternativa alguna, a fin de otorgar el tratamiento adecuado conforme a su situación particular. Al respecto indicó que la omisión de imponer un tratamiento tutelar no puede ser imputada al hecho de que F.M.M. haya alcanzado la edad de 18 años, y que ello tampoco puede ser suplantado por un informe amplio para determinar la conducta de la encartada.

Indicó que la norma establece que el tratamiento debería cumplirse en cuanto fuera posible a los fines de evitar la punición, la que se torna





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FSA 5349/2016/TO1/5/CFC2

innecesaria ante la amplia disponibilidad de tratamientos alternativos; y que en materia de minoridad y dentro del marco de especialidad que la rige, debe tenerse en cuenta la agilidad del juzgador al momento de tomar decisiones cruciales para el destino de la adolescente sometida a proceso, sobre todo cuando se tratan de medidas alternativas a la punición.

Manifestó que la sustitución de un tratamiento por un amplio informe, contradice toda expectativa de recuperación de la adolescente en miras a su reinserción social, y refirió que del contenido de la resolución en crisis, surge que el *a quo* realizó una transcripción literal del informe confeccionado por el personal de la Policía de la Provincia de Jujuy, sin hacer valoración alguna respecto a la situación personal de F.M.M., ni del hostil entorno en el que se encuentra inmersa.

Alegó que el Tribunal *a quo*, previo a imponer la pena, debió haber hecho lugar a lo propuesto por la Defensa respecto de que se aplique un tratamiento tutelar a F.M.M., entendido éste como integrado por medidas alternativas destinadas a la recuperación y reinserción de la encausada, tales como acompañamiento psicológico o psiquiátrico, imposición de determinadas obligaciones, asistencia a establecimientos educativos o de capacitación en oficios, entre otras posibilidades. Con relación a ello, agregó que el Ministerio Público Fiscal acompañó el referido pedido en la audiencia de *visu* de fecha 02 de agosto de 2017, pero que no hizo uso del principio de oportunidad procesal al haber abandonado dicha postura en la audiencia de fecha 10 de noviembre de 2017, en la que solicitó la pena de 4 años de prisión para su asistida.

Manifestó que el *a quo* se apartó de manera arbitraria de la normativa internacional que rige en materia de menores y adolescentes, y en especial de la Convención sobre los Derechos del Niño que refiere



sobre la protección del Interés Superior del Niño, mediante el cual se establece que toda decisión que se adopte debe ser orientada a lograr el cuidado necesario para obtener el bienestar integral del menor, al optar por condenar a su asistida a la pena de dos años de prisión de ejecución condicional.

Sostuvo que el Estado debió haber adoptado y agotado todas las medidas previas necesarias para procurar la pronta reinserción de F.M.M. sobre la base de un tratamiento que instituya la educación correctiva como una prioridad, y brindar así contención y apoyo suficiente a través de sus organismos y postergar la respuesta punitiva.

Le solicitó a esta instancia que al momento de resolver tuviera en cuenta las particularidades del régimen integral para jóvenes infractores a la ley penal, y, de conformidad con las medidas tutelares alternativas, se resuelva por imponer a F.M.M. el tratamiento más adecuado y eficaz en miras a su recuperación.

Cuestionó que el informe efectuado por la Policía de la Provincia de Jujuy es pasible de numerosas observaciones con relación a las circunstancias personales de su asistida y que no fueron tenidas en cuenta por el juzgador, y requirió que en el caso concreto se tuviera en cuenta la edad de F.M.M., que tenía 17 años al momento del hecho, a lo que se suman factores familiares y sociales que incidieron notoriamente en el desarrollo de su corta vida y su personalidad, especialmente los antecedentes de consumo que registra, y el hecho de ser madre soltera a temprana edad, circunstancias que ponen de manifiesto su inmadurez emocional, lo que demanda políticas de contención y apoyo por parte del Estado, no punitivas.

Concluyó su presentación señalado que el Tribunal *a quo* y el representante del Ministerio Público Fiscal realizaron erróneamente una interpretación conjunta de las circunstancias que





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FSA 5349/2016/TO1/5/CFC2

rodearon la causa, mezclando conceptos referentes al contenido del informe, que deberían haber sido valoradas aisladamente, y sólo a fin de determinar la conveniencia de la imposición de un tratamiento tutelar, con las situaciones vinculadas a la causa en sí, lo que derivó en el grave perjuicio ocasionado a F.M.M., con la aplicación arbitraria de la pena que vulneró así el sistema protectorio que gira en torno al principio del Interés Superior del Niño.

Finalizó su presentación solicitando que se case la resolución recurrida, y se anulen tanto la pena como las reglas de conductas impuestas y se ordene la aplicación de un tratamiento tutelar, entendido éste como medidas socio-educativas a fin de obtener la recuperación y reinserción social de su asistida, de conformidad con lo establecido en el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

IV. Que en la oportunidad prevista por los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N., se presentaron a fs. 55/64 la señora Defensora Pública Coadyuvante, doctora M. Cecilia Palmiero, y a fs. 65/67 el señor Fiscal General, doctor Javier Augusto De Luca, quienes presentaron nuevos aspectos a ser considerados en el análisis recursivo.

La señora Defensora Pública Coadyuvante compartió los agravios expuestos por el recurrente y efectuó algunas nuevas consideraciones. Así, sostuvo que en la decisión recurrida se aplicó erróneamente la ley sustantiva, específicamente el art. 4 de la ley 22.278, y que se vulneró el principio rector del respeto del "interés superior" de su asistida, y cuestionó por arbitrario el resolutorio puesto en crisis.

Alegó que en el caso el *a quo* reiteró los elementos exigidos para tener por configurado el delito y así sostuvo que el merecimiento de la pena se fundaba en la naturaleza, modalidad y características del hecho, pautas prohibidas en el propio régimen de menores, vulnerando además la prohibición de doble



valoración por integrar ya el tipo penal en cuestión y omitiendo apreciar las circunstancias particulares de su asistida como ser la forma en la que estaba integrado su grupo primario, la falta de contención allí recibida, su maternidad cuando contaba con solo un poco más de quince años de edad, entre otros.

Sostuvo que se declaró responsable a F.M.M. por acciones que eran propias del actuar de una persona en pleno desarrollo y que transitaba una franja etaria en la que es esperable que se desarrollara así. Que en cuanto a lo subjetivo y personal tenía un padre violento y fallecido, una madre abandonada, tres hermanos con problemas vinculados a los estupefacientes, su propia progenitora y padrastro también privados de la libertad por cuestiones vinculadas a la infracción a la ley 23.737, a los 18 años ya tenía un hijo de dos años de edad que fue abandonado por su padre biológico, y su nueva pareja también está privado de su libertad.

Señaló que el tratamiento tutelar requerido por la norma nunca fue aplicado en relación a su asistida, que cuando inició el proceso contaba con 16 años, y que fue suplido por un amplio informe del que sólo surge lo que condujo a que a F.M.M. se le iniciara un proceso penal que necesariamente debió concluir con su absolución, tal como lo prevé el régimen penal de menores, pues su asistida nunca contó con la asistencia, ayuda, medios, ni algún otro tipo de tratamiento. A ello agregó que en el caso particular los magistrados del *a quo* no exteriorizaron su impresión directa recogida conforme lo dispone el art. 4 de la ley 22.278.

Finalizó su presentación solicitando que se haga lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa y se dé favorable acogida a los planteos efectuados en la presentación, que se revoque la decisión recurrida y que se resuelva dictando la absolución de su asistida.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FSA 5349/2016/TO1/5/CFC2

Por su parte, el representante del Ministerio Público Fiscal sostuvo que el Tribunal *a quo* dio por satisfechos, en el caso, todos los requisitos legales establecidos en el art. 4 de la ley 22.278, pero que la evaluación sobre la conveniencia de aplicar la pena se efectuó omitiendo el requisito que esa misma norma contempla en relación a que la imposición de una pena se encuentra supeditada a la aplicación previa de un "tratamiento tutelar", lo que en el caso no aconteció. Al respecto entendió que el amplio informe efectuado en autos no supe la exigencia de la ley 22.278, lo que resulta imperioso enmendar.

Solicitó que al momento de resolver, esta Alzada haga lugar al recurso de casación interpuesto.

V. Que superada la etapa prevista en el art. 465, último párrafo y en el art. 468 del C.P.P.N., quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas (cfr. 70). Radicados los autos en esta Sala IV, por verificarse un supuesto previsto en el art. 30 bis, 2º párrafo, inc. 5º del C.P.P.N. (cfr. ley 27.384), fue desinsaculado, por sorteo, para resolver, el señor juez Gustavo M. Hornos (cfr. fs. 52).

VI. El recurso resulta formalmente admisible a la luz de los arts. 438, 456, 457, 459 y 463 del C.P.P.N.

Ahora bien, ya he tenido oportunidad de señalar que no puede afirmarse que el acuerdo celebrado entre el imputado y el representante del Ministerio Público Fiscal, homologado por el magistrado, prive de interés jurídico al nombrado en primer término para recurrir esa decisión jurisdiccional, ya que no debe perderse de vista que esa resolución acogiendo el avenimiento de las partes debe siempre adecuarse al principio constitucional de legalidad, que en caso ser violado, habilita a quien demuestre el antes referido interés, a intentar su reparación mediante la vía prevista por el art. 456 del C.P.P.N. (cfr. causa Nro. 1865 "Acostupa Juárez,



Javier Mariano y otros s/recurso de queja", Reg. Nro. 2363, rta. el 29/12/99; causa Nro. 3719, "Luzardo, Walter Fabián s/recurso de casación", Reg. Nro. 5100, rta. 14/08/2003).

Asimismo, la sentencia dictada en el procedimiento abreviado debe satisfacer las exigencias previstas en los arts. 399 y 404 del C.P.P.N., fundarse en las pruebas recibidas durante la instrucción y, en su caso, en la conformidad del imputado (art. 431 bis, inc. 5° C.P.P.N.).

En efecto, con la adopción del procedimiento reglado por el art. 431 bis del C.P.P.N. se omite solamente la realización del juicio oral, conservando, en cambio, plena vigencia la garantía de acceso a una instancia de revisión establecida en el art. 8.2, inc. h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional).

Corresponde entonces examinar los agravios presentados en el recurso de casación interpuesto.

VII. Previo a ingresar al tratamiento de la cuestión planteada por el impugnante, corresponde efectuar algunas consideraciones relativas a las circunstancias que surgen de las constancias de la presente causa en lo relativo al objeto de la presente impugnación.

Las partes intervinientes en este proceso, la Fiscal General Subrogante y el Defensor Público Oficial de la imputada acordaron solicitar el juicio abreviado en autos; entonces, la imputada manifestó su conformidad respecto a los hechos que se le atribuyeron en el requerimiento de elevación a juicio, admitió su personal responsabilidad, como así también la calificación legal que el señor Fiscal General consideró adecuada respecto a la conducta atribuida - tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5, inc. "c" de la ley 23.737).

El Tribunal *a quo* admitió la prosecución del





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FSA 5349/2016/TO1/5/CFC2

trámite por dicho procedimiento y realizó, el día 2 de agosto de 2017, la audiencia de *visu* prevista en el artículo 431 bis, inc. 3, del C.P.P.N., donde las partes acordaron la subsunción de la conducta atribuida a la imputada en autos conforme al tipo penal previsto en el art. 5, inc. "c", de la ley 23.737.

En dicha oportunidad procesal, la señora Fiscal de juicio tuvo en consideración que al momento de los hechos F.M.M. era menor de edad, ya que entonces tenía 17 años, y por aplicación de la ley 22.278 pidió su declaración de responsabilidad penal y, debido a que no estaban dados los recaudos excluyentes del art. 8 de la referida ley, pidió que se sometiera a la nombrada al tratamiento tutelar que se considerara oportuno por el plazo de un año, con la finalidad de dar cumplimiento a las prescripciones del inc. 3, del art 4 de la citada ley. Asimismo, se le hizo saber a la encausada que, valoradas las modalidades del hecho y sus antecedentes, el Ministerio Público Fiscal solicitaría su absolución en el caso de que de dicho tratamiento surgiera que es innecesario aplicarle una sanción.

Al momento de resolver, el Tribunal Oral Federal de Jujuy recordó que la causa tuvo lugar durante el año 2016, a lo largo del cuál F.M.M. tuvo la condición de minoría de edad, ya que cumplió los 18 años de edad el 27 de mayo de 2017. En dicha oportunidad refirió el *a quo* que no se encontraban acreditadas las condiciones necesarias para aplicar la pena conforme lo estipula el art. 4 de la ley 22.278. En tal sentido indicó que F.M.M. cumplió los 18 años de edad, pero que no fue declarada su responsabilidad penal ni se había dispuesto respecto de ella un tratamiento tutelelar.

Sobre éste último aspecto, refirió que más allá de que las partes hubieran solicitado la aplicación a F.M.M. de un tratamiento tutelar por el término de un año, y de que en la audiencia de *visu* la



defensa solicitara que se fijara una nueva audiencia para establecer el contenido del referido tratamiento tutelar, el art. 8 de la ley 22.278 estipula que en los casos en los que un menor haya cumplido ya los dieciocho años de edad, no procede su tratamiento tutelar, pudiendo suplirse por un amplio informe respecto de la conducta del imputado, por lo que en consecuencia ordenó su implementación.

A los fines de producir el referido informe, se solicitó el prontuario policial de F.M.M., y se requirió a la Policía de la Provincia de Jujuy que produzca, a través de su Servicio de Asistentes Sociales, un amplio informe socio ambiental respecto de las condiciones de vida de la encausada, que incluyera la indagación acerca del concepto que merece en el vecindario que habita, que implica un relevamiento de su contexto de vida en su domicilio e informes recabados en el vecindario respecto de sus actividades, ocupaciones y medios de vida.

Por ello, el Tribunal *a quo*, concluyó, en lo que a F.M.M. respecta: *"tener por reconocida y por acreditada su participación en los hechos investigados, y declarar su responsabilidad penal en carácter de autora del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, y tener presente la conformidad expresada respecto de la calificación jurídica solicitada en el requerimiento de elevación de la causa a juicio. Ordenándose asimismo producir un amplio informe respecto de la conducta de la imputada [F.M.M.]. Por último, se fija una audiencia para dentro de dos meses, para la consideración de los informes que se produzcan y en su caso, la conveniencia de aplicar una pena, audiencia que se llevará a cabo el 8 de noviembre a horas 17"* (cfr. fs. 39 vta.).

El 30 de agosto de 2017, el *a quo* resolvió declarar la responsabilidad penal de F.M.M., en carácter de autora responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FSA 5349/2016/TO1/5/CFC2

5, inc. "c", de la ley 23.737), y ordenó la producción de un amplio informe respecto de la conducta de la imputada (art. 8, segundo párrafo de la ley 22.278).

Posteriormente se efectuó la audiencia correspondiente para la consideración de los informes producidos y la evaluación de la conveniencia de la aplicación de una pena. En dicha oportunidad el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó, en función de lo estipulado los arts. 4 y 8, segunda parte, de la ley 22.278, que se aplicara a F.M.M. la pena de 4 años de prisión, multa de \$ 225, por ser autora penalmente responsable del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

Para fundar dicho quantum punitivo tuvo en cuenta el informe producido por la Policía de la Provincia de Jujuy y consideró *"la edad de la encartada (18 años), que tiene un hijo de dos años de edad, su situación de desempleo, su conducta inestable que la lleva a mudar de domicilio, encontrándose a veces con su tía [REDACTED] [REDACTED] y otras, en su casa del barrio El Éxodo. Refirió que dos vecinos consideraron que la imputada y su entorno siguen vendiendo estupefacientes, que su madre relató que varios días [F.M.M.] abandona a su hijo menor que queda sometido a variados riesgos"* y valoró que *"la joven no internalizó la norma, que sigue en el ámbito de venta de drogas, a tal punto que durante el allanamiento del 3 de diciembre de 2016 en el barrio Éxodo, se encontraba en el lugar, en una causa con próxima fecha de juicio"* (cfr. fs. 14 vta.).

Por su parte, la defensa consideró que no se le había aplicado a la encausada el tratamiento tutelar que corresponde según la ley, sino que el tribunal ordenó un informe, el que entendió contiene muchas circunstancias que no son ciertas con relación a la conducta de su asistida. Entendió que *"en realidad el informe no se refiere a la conducta de [F.M.M.], y que no se señala en el mismo como que ella vendiera droga. No obstante las críticas realizadas,*



estima que se pueden adoptar las observaciones generales del punto 11. Dijo que el tribunal no puede imponer pena sin haber aplicado tratamiento tutelar a su pupila, pero que comparte las propuestas de la asistente social que elaboró el informe. Pide un régimen tutelar y no pena, refiriéndose concretamente al punto 11 del informe, que tiene propuestas concretas para el caso. En especial, dijo que no habría inconveniente en que su pupila realizara un tratamiento para sus adicciones" (cfr. fs. 14 vta./15).

Al momento de resolver la conveniencia de aplicar una pena en autos, en fecha 10 de noviembre de 2017, el *a quo*, tuvo en consideración las disposiciones de la ley 22.278 en cuanto en su art. 2 establece la punibilidad del delito

Así, luego de efectuar un pormenorizado detalle de las condiciones personales, familiares y ambientales que rodean a la encausada el sentenciante dispuso condenar a la encausada a la pena de dos años de prisión en suspenso y le impuso una serie reglas de conducta por el término de dos años.

VIII. Ahora bien, en primer término corresponde señalar que el juicio abreviado celebrado por las partes resulta, en todos sus puntos, claro y conciso en relación a su contenido y sus consecuencias futuras, y que fue refrendado tanto por el Fiscal, el señor juez y el secretario interviniente; como por el imputado y su defensor.

El acuerdo fue celebrado por sujetos que prestaron un consentimiento expreso cuyo contenido de ninguna manera puede entenderse como oscuro o que pueda llevar a la confusión de alguna de las partes en el aspecto en cuestión.

Se trató en el caso de un acuerdo consentido y sin vicios, celebrado libremente por sus partes, que fue ratificado por la imputada y cuyo contenido y consecuencias, en cuanto a su alcance, fueron expresamente informados y descriptos por el señor





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FSA 5349/2016/TO1/5/CFC2

fiscal y el *a quo*, en presencia de F.M.M. y su defensor, y en estas condiciones fue ratificado.

Corresponde entonces ingresar al tratamiento del agravio por el que se cuestionó la sentencia pronunciada en lo relativo a la pena finalmente dispuesta en autos. Es que, como se dijo, la defensa cuestionó que se haya impuesto la pena a la encausada basándose simplemente en el informe efectuado por la Policía de la Provincia de Jujuy, y sin que se hubiera efectuado el tratamiento tutelar que refiere el art. 4 de la ley 22.278; contrariamente a lo que se había pactado en sustento del juicio abreviado presentado.

Cabe señalar que el art. 4 de la mencionada ley establece que la imposición de pena respecto del menor estará supeditada a que concurren determinados requisitos, a saber: a) que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal, conforme a las normas procesales; b) que haya cumplido dieciocho años de edad; c) que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad (que actualmente, mediante la ley N° 26.579 se ha fijado en los dieciocho años).

Por otro lado, indica que una vez cumplidos dichos recaudos, 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 no fuera necesario aplicarle una sanción, lo absolverá; siempre y cuando se respete el principio que prevé que un joven debe ser encarcelado sólo como "última ratio", y se demuestre que el devenir de su comportamiento no hacía viable otra alternativa que la condena.

Conviene recordar en este punto que la reprochabilidad del menor por los hechos cometidos y el resultado del tratamiento tutelar al que fue sometido, han sido reconocidos por nuestro Máximo



Tribunal como parámetros válidos a fin de evaluar una eventual respuesta estatal (cfr. "Maldonado", Fallos 328:4343).

Así las cosas, en el caso que nos ocupa, el Tribunal optó por prescindir del tratamiento tutelar requerido tanto por la defensa como por el Ministerio Público Fiscal al momento de celebrar el acuerdo de juicio abreviado, y lo reemplazó por un amplio informe efectuado por la Policía de la Provincia de Jujuy, conforme lo estipula el art. 8 de la ley 22.278, para evaluar la situación F.M.M. y determinar la necesidad de la aplicación de pena. Así, tuvo en cuenta determinados elementos objetivos y subjetivos que rigen la materia, como ser, el menoscabo al bien jurídico en autos, la situación familiar de la encausada, su baja instrucción, la joven edad -era menor al momento que cometió el delito investigado-, la situación económica precaria, la falta de expectativas de trabajo y de mejorar en su vida, entre otras circunstancias.

Cabe resaltar que el *a quo*, al así resolver, sorteó uno de los aspectos consensuados en el juicio abreviado, esto es el tratamiento tutelar (estipulado en el art. 4 de la ley 22.278) respecto de la encausada a cuyo resultado el Ministerio Público Fiscal sometió su decisión respecto a la ponderación y solicitud de pena o absolución que le correspondería finalmente a F.M.M.; lo cual, se reitera, fue consentido por la imputada y su defensa.

La circunstancia de que el requisito previsto por la norma y solicitado por las partes fuera reemplazado por un amplio informe, no fue cuestionada por el señor fiscal de juicio; quien no tradujo la falta de un tratamiento tutelar con relación a F.M.M., en un impedimento para solicitar la imposición de una pena en autos, en tanto se conformó en este aspecto con el amplio informe ordenado por el *a quo* y estipulado en el art. 8 de la ley 22.278. Así, entendió que no correspondía la absolución y solicitó





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FSA 5349/2016/TO1/5/CFC2

una pena de cuatro años de prisión para la encausada, manteniendo formalmente la acusación en esos términos.

Durante el término de oficina, el doctor Javier Augusto de Luca, representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, a fs. 65/67, solicitó que se haga lugar al recurso de casación de la defensa. Consideró que el Tribunal *a quo* dio por satisfechos, en el caso, todos los requisitos legales establecidos en el art. 4 de la ley 22.278, pero que la evaluación sobre la conveniencia de aplicar la pena se efectuó omitiendo el requisito que esa misma norma contempla en relación a que la imposición de una pena se encuentra supeditada a la aplicación previa de un "tratamiento tutelar", lo que consideró una exigencia para el caso, y cuya omisión resulta imperioso enmendar, en tanto no puede ser reemplazado por el informe efectuado en autos.

Sentado cuanto precede y teniendo en cuenta lo dictaminado por el señor Fiscal General ante esta instancia, advierto que corresponde hacer extensiva al ámbito recursivo la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativa a la falta de acusación (cfr. "García", Fallos 317:2043, "Tarifeño", Fallos 325:2019 y "Cattonar", Fallos 318:1234), pues si la posición acusatoria y valorativa de la prueba del juicio asegura el contradictorio y habilita la potestad de juzgar, de la misma manera debe interpretarse que si el Fiscal General ante esta Cámara -en tanto superior jerárquico del Fiscal de Juicio- declina la pretensión acusatoria (en este caso considera arbitraria la imposición de una pena respecto de F.M.M. y en esta oportunidad) allanándose a la pretensión de la defensa, el juzgador en la etapa recursiva no puede suplantarle en su rol sin romper el juego de equilibrio entre las partes (cfr. mi voto en causa Nr. 14.284 "López, Miguel Ángel s/ rec. de casación", Reg. Nro. 1488.12, rta. 30/08/2012).

Es que, he sostenido en reiteradas oportunidades que las formas sustanciales del juicio



requieren de acusación, defensa, prueba y sentencia, dictada por los jueces naturales, dotando así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal, reconociendo de esta manera el carácter acusatorio que debe iluminar la legislación procesal penal, en respeto de la garantía de debido proceso legal (art. 18 C.N.).

Esta postura resulta congruente, además, con el principio de unidad de actuación del Ministerio Público Fiscal, y encuentra sustento en razones constitucionales, así como en la defensa del interés público (art. 120 de la C.N y arts. 1 y 25 y 28 de la ley 24.946). Asimismo se enrola, sin dificultad, en la doctrina del fallo "MEOQUI, Atilio Roberto s/recurso de casación", en lo relativo al trascendente asunto de las posibilidades recursivas del Ministerio Público Fiscal conforme a los principios de unidad y coherencia, de la que se desprende que la opinión de los Fiscales de Primera Instancia no ha de prevalecer sobre la opinión de los Fiscales Generales (de esta Sala IV, causa nro. 3654, Reg. Nro. 4933.4, rta. el 30/5/03, con cita de la C.S.J.N. en los autos "Recurso de hecho deducido por Gustavo M. Hornos (Fiscal ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Federal de la Capital Federal) en la causa "Canda, Alejandro Guido s/extradición" -causa n° 23.665-, Fallos 315:2965).

En definitiva, las formas sustanciales del juicio relativas a acusación, defensa, prueba y sentencia deben ser coherentemente respetadas a lo largo de todas las etapas del proceso, concretamente, en el caso, en el procedimiento recursivo (art. 18 de la C.N. y Tratados de Derechos Humanos concordantes).

A la luz de lo expuesto y dado que, como dije al inicio, el señor Fiscal General ante esta Cámara, con sustento en las consideraciones ya referidas, ha retirado la acusación realizada por el Fiscal de la instancia anterior, en tanto entendió que la acusación





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL - SALA 4
FSA 5349/2016/TO1/5/CFC2

se encontraba mal formulada toda vez que la determinación de la pena no se supeditó al resultado del tratamiento tutelar estipulado en el art. 4 de la ley 22.278, y que el informe amplio del art. 8 de la referida ley no suple en el caso la exigencia señalada.

Corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa y declarar la nulidad de la sentencia.

IX. Por lo expuesto **RESUELVO: HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto a fs. 1/13 por la defensa pública oficial de F.M.M., **ANULAR** la resolución recurrida sin costas en esta instancia en virtud de haberse efectuado un razonable ejercicio del derecho al recurso, y **REMITIR** al Tribunal de origen a sus efectos (arts. 471, 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N. y 8.2.h de la C.A.D.H).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (Acordada N° 5/19, C.S.J.N.) y remítase la causa al Tribunal *a quo*, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS





Ministerio Público de la Nación

Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

Dictamen N°12.242

“ *por infracción ley 23.737*”

CN° FSA 5349/2016/TO1/5/CFC2

Sala IV

Excma. Cámara:

Javier Augusto De Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, a cargo de la Fiscalía Nro. 4, en los autos N° FSA 5349/2016/TO1/5/CFC2 del registro de la Sala IV, caratulados: “ *por infracción ley 23.737*”, me presento y digo:

I-

Que vengo por el presente en legal tiempo y forma a emitir la opinión de este Ministerio Público, sobre el recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial, contra la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy que, con fecha 10/11/2017, resolvió condenar a _____ a la pena de dos años de prisión en suspenso e imponer multa de doscientos pesos junto a las costas del juicio, en orden al delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (arts. 5, inc. “c” de la ley 23.737, 26, 29 inc. 3° y 45 del CP y arts. 403, 530 y 531 del CPPN). Asimismo, ordenó respecto a

_____, las siguientes reglas de conducta conforme al art. 27 bis del CP, por el término de dos años: I) Fijar domicilio y avisar con un término no mayor de 24 horas en caso de mudarse; II) Someterse al cuidado de un patronato; III) Abstenerse de concurrir a determinados lugares vinculados con cualquier actividad relacionada con estupefacientes; IV) Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas; V) Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado con su capacidad; VI) Acreditar al Tribunal la gestión de obtención de la documentación personal de su hijo

; VII) Gestionar ante el ANSES la asignación universal por hijo; VIII) Incorporarse a un servicio de día o internación en una institución de

contención y tratamiento para adictos con supervisión judicial; IX) Gestionar ante la Dirección de ordenamiento territorial de un espacio territorial propio por canje, venta o permuta para promover su alejamiento del barrio Bajo Éxodo y X) Gestionar su ingreso al programa provincial de acceso laboral de acuerdo con sus potencialidades y destrezas para lograr emprendimientos legales y evitar conflictos permanentes con la ley.

II-

La presente causa se inició el 14 de abril de 2016, cuando la Brigada de Narcotráfico con asiento en el Barrio Alto Comedero de San Salvador de Jujuy, comenzó una investigación preliminar en virtud de haber tomado conocimiento que en el domicilio ubicado en la manzana _____ del Barrio Bajo Éxodo de Alto Comedero, algunas personas de apellido _____ se dedicarían a la comercialización de estupefacientes en la modalidad de venta. Con ese dato, los preventores profundizaron la investigación, lo que habría permitido constatar a través de diferentes filmaciones, movimientos y actividades la venta de estupefacientes. En consecuencia, el 2/07/16 se realizó un allanamiento en el domicilio de la familia _____, en donde en lo que aquí interesa, se constató que _____ tenía estupefacientes –pasta base y marihuana– acondicionada y fraccionada en pequeños envoltorios de papel para la venta, la que comercializaba al menudeo en el domicilio de _____.

El 30/08/2017, el Tribunal Oral de Jujuy declaró la responsabilidad penal de _____, en carácter de autora del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5 inc. “c” de la ley 23.737) pues al momento de la comisión del hecho era menor de edad (art. 4 de la ley 22.278), y al mismo tiempo, ordenó la producción de un amplio informe sobre la conducta de la imputada en los términos del art. 8, segundo párrafo, de la ley 22.278, a efectos de evaluar la conveniencia de aplicar una pena.



Ministerio Público de la Nación

Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

Realizado el informe (a fs. 706/715), ese Tribunal resolvió el 10/11/17 condenar a _____ a la pena de 2 años de prisión en suspenso, multa de \$200 e imponerle las reglas de conducta conforme a lo dispuesto por el art. 27 bis del CP.

En contra de esa decisión, la defensa pública oficial interpuso un recurso de casación. Para así proceder, barruntó que la pena no podía aplicarse toda vez que se había omitido la imposición de un “tratamiento tutelar”. Así, luego de repasar los principios afectados conforme al derecho penal juvenil, solicitó se anulen tanto la pena como las reglas de conducta impuestas, y se ordene la aplicación de un “tratamiento tutelar”, según lo establecido por los arts. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 4 de la ley 22.278, arts. 5.1 y 17.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores y art. 5.6 del Pacto de San José de Costa Rica.

III-

En primer lugar, cabe señalar que esta parte no desconoce toda la normativa y basta jurisprudencia citada por los recurrentes en cuanto a que la imposición de la pena a un menor es estrictamente excepcional. Sin embargo, esta excepcionalidad se encuentra detallada en la ley -que impone el cumplimiento de ciertos requisitos previos- que regula el régimen penal de minoridad de conformidad con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos de Niño, lo cual de ningún modo impide la imposición de pena a menores.

En efecto, el art. 37 inc. b de la Convención sobre los Derechos del Niño estipula que: “...*la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda*” y el art. 17 inc. c de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores -Reglas de Beijing-: “*sólo se impondrá la privación de la libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona...y siempre que no haya otra respuesta adecuada*”.

La ley 22.278 en su artículo 4 establece que la imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2° estará supeditada a que previamente haya sido declarada la responsabilidad penal y la civil si correspondiere, que el imputado haya cumplido dieciocho años de edad y, finalmente, que el menor haya sido sometido a un Período de Tratamiento tutelar no inferior a un 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.

Al respecto la C.S.J.N. sostuvo que: *“La opción político-criminal escogida por el legislador nacional, se corresponde con la formulación de directrices que en el ámbito de esta justicia especializada otorgan un margen de discrecionalidad a los “tribunales de menores” - mayor que el que tienen conforme la escala penal que rige en la justicia de adultos- a modo de velar por que se cumplan “las diversas necesidades especiales” y “la diversidad de medidas disponibles” en materia de derecho penal juvenil”* (M. 1022. XXXIX.; Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -causa N° 1174- 07/12/2005 T. 328, P. 4343 voto del Dr. Carlos S. Fayt).

Siguiendo estas pautas jurisprudenciales, esa Cámara de Casación sostuvo que: *“La ley 22.278 impone al juzgador, en primer lugar, el imperioso examen de la necesidad de aplicación de una sanción, individualizando la pena a las pautas que la propia norma establece, pero sin olvidar sus propios fines tutelares y recuperativos; examen que debe efectuarse haciendo también mérito del resultado del tratamiento tutelar al que el menor fue sometido, por cuanto se encuentra en juego no ya la medida del castigo (de carácter retributivo), sino la necesidad de su imposición”*.(Cfr: C.N.C.P., Sala IV, Registro n° 10132.2. D., C. A. s/recurso de casación, rta. 14/06/07, Causa



Ministerio Público de la Nación

Fiscalía General N° 4 ante la Cámara Federal de Casación Penal

n°: 7587 y Registro n° 7629.4.L., W. F. s/recurso de casación, rta. 7/07/06 Causa n°: 5471).

Ahora bien, el Tribunal dio por satisfechos todos los requisitos legales establecidos en el artículo 4 de la ley 22.278 e impuso pena a la imputada. Sin embargo, el Tribunal evaluó la conveniencia de aplicar una pena omitiendo el requisito que esa misma norma contempla en relación a que la imposición de una pena se encuentra supeditada a la aplicación previa de un “tratamiento tutelar”, lo que en el caso no aconteció.

Por lo tanto, entiendo que el informe aludido no suple la exigencia de la ley 22.278, lo que resulta imperioso enmendar.

III-

Por todo lo expuesto, solicito que al momento de resolver se haga lugar al recurso de casación interpuesto por las defensa.

Fiscalía N° 4, 3 de abril de 2019.-