

RECURSO DE CASACIÓN PENAL-IMPUTABILIDAD-MENORES DE DIECIOCHO AÑOS- AGRAVANTE-INTERPRETACIÓN.

1. En el año 2009, se sanciona la ley 26.579 que vino a modificar el art. 126 CC. (la mayoría de edad a partir de los 21 años), fijando los 18 años como el límite de la minoría de edad. El término “mayor”, a los fines de la aplicación de la agravante del art. 41 quáter del CP, incluye a las personas que hayan cumplido 18 años de edad. 2. En consonancia con el fin político criminal que persigue la sanción de la norma penal, esto es la protección de la niñez, parece ajustado a derecho, que se aplique a este grupo solo cuando participaren con menores inimputables (menores hasta 16 años). Ello encuentra su correlato en la ley penal juvenil vigente al día de la fecha (22.278), establece la pauta etaria a partir de la cual el menor ya cuenta con capacidad para comprender la criminalidad de sus actos, pero obviamente no es plena, pues ésta se adquiere a partir de los 18 años. Por lo tanto, aquellos que aún no superaron los 16 años no cuentan con dicha capacidad. 3. Partiendo de la diferencia etaria existente entre un adulto de 18 años y un menor inimputable (menor de 16 años), permite inferir una relación de preminencia, de manera tal, que si para la ley el sujeto con 18 años cumplidos es plenamente responsable de sus acciones, por tanto también puede resultar responsable a los fines de evitar que este grupo minoril que para ley penal aún no tienen capacidad de delinquir ingrese o persista en el conflicto con la ley penal.

SENTENCIA NÚMERO: NOVENTA Y SEIS

En la Ciudad de Córdoba, a los veinticuatro días del mes de abril de dos mil catorce, sien-do las doce horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y María Marta Cáceres de Bollati, a los fines de dictar sentencia en los autos, “F., J. M. p.s.a. robo calificado, etc. - Recurso de Casación-” (SAC 1037943 - Expte. "F", 22/12), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Sr. Asesor Letrado Penal de 16° Turno, Dr. Leandro Ariel Quijada, en contra de la Sentencia Número Ocho, del veintisiete de abril de dos mil doce, dictada por la Cámara en lo Criminal de Cuarta Nominación de esta Ciudad.

Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1º) ¿Se ha aplicado erróneamente el art. 41 quáter del C.P.?

2º) ¿Qué solución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída Tarditti, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y María Marta Cáceres de Bollati.

A LA PRIMERA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por Sentencia número ocho, del veintisiete de abril de dos mil doce, la Cámara en Crimi-nal de Cuarta Nominación de ésta Ciudad, resolvió -en lo que aquí interesa-: "...II) DE-CLARAR A J. M. F., ya filiado, coautor responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego cuya operatividad no pudo ser comprobada agravado por la participación de un menor, y autor del delito de violación de domicilio en concurso real -hecho nominado tercero en la requisitoria fiscal de fs. 387/398 (arts. 45, 166 inc. 2º, último árrafo, 41 quáter, 150 y 55 del CP); y autor responsable del delito de robo calificado con arma cuya operatividad no pudo ser comprobada (hecho único contenido en el requerimiento a citación a juicio de fs. 540/543 de autos) e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, CON ADICIONALES DE LEY Y COSTAS (art. 5, 9, 12, 40 y 41 del CP y 415, 550 y 551 del CPP)...” (fs. 598 vta.).

II.1. El imputado J. M. F., tempestivamente, manifiesta su voluntad de impugnar el decisorio mencionado (fs. 605).

2. El Sr. Asesor Letrado Penal de 16º Turno, Dr. Leandro Ariel Quijada, interpre-tando la voluntad recursiva de su asistido, articula recurso de casación a favor de éste y en contra del fallo descripto supra.

Con invocación del motivo sustancial de casación, el recurrente advierte que su defendido contaba al momento de cometer el hecho (corresponde al cuarto hecho de la sentencia y al tercer hecho de la requisitoria fiscal de fs. 387/398) con 20 años de edad, reprochándosele que cometió el mismo con la participación de un menor -quien al mo-mento del ilícito contaba con 16 años de edad-, razón por la cual se le aplicó la agravante del art. 41 quáter del CP.

Entiende que la agravante contenida en el art. 41 quáter del CP se ha aplicado erróneamente al presente caso, toda vez que, teniendo en cuenta la finalidad del art. 126 del Código Civil, la misma sólo debe ser empleada cuando se trata de

personas mayores de 21 años de edad. De esta manera, se evita la declaración de inconstitucionalidad, que implica, como se sabe una medida extrema (fs. 612 vta.).

En función de lo expuesto, considera que el caso de autos se trata de un hecho de robo calificado por el uso de arma cuya operatividad no ha podido ser acreditada (CP, art. 166 inc. 2º, último párrafo), por lo que la escala penal a tener cuenta sería de tres a diez años de reclusión o prisión.

En forma subsidiaria, denuncia la errónea aplicación del art. 55 del CP. Sostiene, que en caso que se considere aplicable la agravante genérica contenida en el art. 41 quáter del CP, en vez de hacer confluír, en el hecho endilgado a su defendido, la agravante genérica con la agravante específica (robo calificado por el uso de arma de fuego cuya operatividad no ha podido ser acreditada, agravado por la participación de un menor), co-rrespondería que ambas agravantes sean concursadas en forma ideal (robo calificado por uso de arma de fuego cuya operatividad no ha podido ser acreditada y el robo agravado por la participación de un menor de edad, ambas en concurso ideal).

La defensa, desarrolla sobradas razones para sustentar su tesis, citando doctrina y jurisprudencia que lo avalan (fs. 613 vta./614 vta.).

III. La cuestión traída a estudio por el recurrente gira en torno a la aplicación de la agravante del art. 41 quáter, después de la sanción de la ley 26.579 (BO 22/12/2009) que modifica el art. 126 CC, estableciendo la mayoría de edad a los 18 años.

Sobre la cuestión, esta Sala Penal del TSJ se ha expedido recientemente en el precedente “Leal” (S. n° 43, 17/03/2014), cuyos argumentos transcribo:

a. La jurisprudencia de la Sala hasta antes de la reforma civil.

Con la sanción de la ley 25.767 (BO 1/9/2003), se introdujo la agravante en cuestión para los “mayores” que cometieren delitos con la intervención de menores de 18 años de edad. Ello trajo aparejado el problema interpretativo, quiénes son los que se encontraban atrapados por esta calificante, si los que contaban con 18 o 21 años de edad. Esta discusión, fue zanjada por esta Sala adhiriéndose a este último cartabón, al considerarse que la mentada expresión, constituía un elemento normativo del tipo, y por tanto, operaba una suerte de remisión a otras normas que determinaban su contenido, similar a lo que sucede con las leyes penales en blanco. Se estimó, entonces, que la ley civil era la que definía la mayoría de edad, que hasta la mentada reforma operada en el 2009, era de 21 años (art. 126). La postura asumida, encuentra refuerzo en el principio

constitucional de legalidad (arts. 18 y 19 y mediante el inc. 22 del art. 75, en los arts. 9 CADH y 9 del PIDCP), conforme al cual si en la ley penal se emplean conceptos normativos definidos por leyes no penales, a ellas debe acudirse. Más aún si el apartamiento conduce a ensanchar la criminalidad, con vulneración de esa garantía y de su derivación –principio de máxima taxatividad interpretativa-. Y a su vez también es compatible con una de las directrices de política criminal de la reforma en la prevención negativa orientada a evitar que los mayores incluyan a los menores de edad en la comisión de delitos (TSJ, Sala Penal, S. n° 138, 2/12/2005 “F.”; S. n° 10, 10/3/06, “B.”; S. n° 116, 29/9/06, “B.”; S. n° 117, 3/10/2006, “P.”; S. n° 10, 23/2/07, “C.”; S. n° 108, 7/6/07, “T.”)

b. La sanción de la ley 26.579 (BO 22/12/2009).

En el año 2009, se sanciona la ley 26.579 que vino a modificar el art. 126 CC. (la mayoría de edad a partir de los 21 años), fijando los 18 años como el límite de la minoría de edad. Dicha reforma, por tanto baja el límite etario para adquirir la mayoría de edad con las consecuencias jurídicas que dicha alteración produjo, dejando sólo subsistente, la obligación de los padres a prestar alimentos a los hijos (CC, 267) hasta los 21 años (art. 3) y de seguir prestando cobertura en materia de previsión y seguridad social hasta dicha edad (art. 5). Con lo cual, para ley civil, los que cumplen los 18 años son sujetos de derechos adultos, plenamente capaces con los consecuentes derechos y obligaciones que trae aparejado dicho status jurídico.

c. El impacto de la reforma en la agravante del art. 41 quáter.

Entonces, para ser coherentes con la postura ya asumida por esta Sala a partir del precedente “Figueroa” (jurisprudencia ya citada), los “mayores” son aquellos que han cumplido los 18 años al tiempo de comisión del hecho –una vez operada la reforma-, conforme a la ley civil.

De manera tal, que esta reforma resulta gravosa para estos nuevos adultos que conforman el grupo etario entre los que ya han cumplido los 18 años y los que aún no cuentan con los 21, a quienes antes de la sanción ley civil no quedaban atrapados por la agravante.

Cierto es, que al sancionar el art. 41 quater la brecha que existía entre el menor partícipe en el delito (joven que aún no había cumplido los 18 años) y el mayor de edad conforme a la ley civil (21 años), era de 3 años.

La existencia de una diferencia etaria, obedece al mayor reproche legal que el legislador quiso colocar en los adultos, compatibilizándose con una de las directrices de política criminal de la reforma en la prevención negativa orientada

a evitar que los mayo-res incluyan a los menores de edad en la comisión de delitos. La razón de la agravante, se justifica en el riesgo directo creado por el mayor cuando éste permite que el menor participe activamente de algunas de las maneras punibles en el actuar delictivo (S. n° 194, 16/8/2007, “T.”; S. n° 221, 4/9/2007, “M.”; S. n° 276, 24/10/2007, “F.”; S. n° 97, 27/4/2009, “B.”; S. n° 163, 29/6/2009, “S.”; S. n° 186, 31/7/2009, “D.”; S. n° 306 31/11/10, “D.”). Se infiere también, que la posición de preeminencia del mayor respecto del menor, encuentra el fundamento de tamaña agravación, pues coloca en aquellos la función de impedir que ingresen éstos a la carrera delictiva.

Empero, esta proporcionalidad, se ve quebrantada para aquellos que habiendo cumplido 18 años, cometen un delito con la participación de un menor de 16 o 17 años. Es que, resulta absurdo una penalización más severa para aquellas personas que se ubican dentro de la misma franja etaria respecto de los sujetos que la ley quiere amparar especialmente (niños) y que conforman el grupo de pares.

d. La interpretación propiciada.

Considero que el término “mayor”, a los fines de la aplicación de la agravante del art. 41 quáter del CP, incluye a las personas que hayan cumplido 18 años de edad.

Es cierto, que dicha interpretación ensancharía la franja punitiva que existía antes de la reforma legislativa civil, pero esta modificación producida en ese ámbito se irradia a todo el sistema legal.

Por ello, en consonancia con el fin político criminal que persigue la sanción de la norma penal, esto es la protección de la niñez, parece ajustado a derecho, que se aplique a este grupo solo cuando participaren con menores inimputables (menores hasta 16 años). Ello encuentra su correlato en la ley penal juvenil vigente al día de la fecha (22.278), establece la pauta etaria a partir de la cual el menor ya cuenta con capacidad para comprender la criminalidad de sus actos, pero obviamente no es plena, pues ésta se adquiere a partir de los 18 años. Por lo tanto, aquellos que aún no superaron los 16 años no cuentan con dicha capacidad. En esta relación, se puede apreciar que partiendo de la diferencia etaria existente entre un adulto de 18 años y un menor inimputable (menor de 16 años), permite inferir una relación de preminencia, de manera tal, que si para la ley el sujeto con 18 años cumplidos es plenamente responsable de sus acciones, por tanto también puede resultar responsable a los fines de evitar que este grupo minoril que para ley penal aún no tienen capacidad de delinquir ingrese o persista en el conflicto con la ley penal.

La postura asumida se encuentra en sintonía, con los compromisos asumidos internacionalmente, al suscribir la Convención de los Derechos del Niño, la que se proyecta en todos los ámbitos específicos donde el menor se desenvuelve (familiar, laboral, educativo, sanitario, etc.), que se traduce en obligaciones para aquellos que se mantienen en una relación de preeminencia en estos ámbitos. El art. 41 quáter, vendría a reglamentar una mayor punición en el ámbito delictivo para el mayor de 18 años, respecto de los niños que interviniesen en un hecho que entra en conflicto con la ley penal.

e. El caso

1. Bajo el marco conceptual desarrollado, cabe concluir razonablemente que la agravante del art. 41 quáter del CP, en los presentes actuados (cuarto hecho de la sentencia y tercer hecho de la requisitoria fiscal de fs. 387/398), no resulta aplicable, toda vez que, si bien es cierto que J. M. F., contaba con veinte años de edad al momento de cometer el ilícito achacado, no hay que perder de vista que lo ejecutó con la participación de un menor de edad – J. I. O.-, quien a la fecha del hecho contaba con dieciséis años de edad, y por tanto, era un menor imputable (según partida de nacimiento obrante a fs. 92).

En razón de lo expuesto, cabe asignarle razón al impugnante. En efecto, el sentenciante ha aplicado erróneamente, al momento de calificar la conducta atribuida al imputado Figueroa, la agravante genérica contenida en el art. 41 quáter del CP.

Por ello, corresponde acoger la crítica del recurrente y en consecuencia determinar un nuevo quantum de la pena teniendo en cuenta la nueva escala penal aplicable.

2. En relación al planteo subsidiario ensayado por la defensa (errónea aplicación del art. 55 CP), atento a las consideraciones precedentes, estimo que el mismo se torna abstracto.

Así voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal Dra. María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Doctora Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Conforme al resultado de los votos precedentes, debe hacerse lugar al recurso de casación deducido en autos por el Sr. Asesor Letrado Penal de 16° Turno, Dr. Leandro Ariel Quijada, en contra de la Sentencia número Ocho, de fecha veintisiete de abril de dos mil doce, dictada por la Cámara en lo Criminal de Cuarta Nominación de esta Ciudad, en cuanto resolvió declarar a J. M. F., ya filiado, coautor responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego cuya operatividad no pudo ser comprobada agravado por la participación de un menor, y autor del delito de violación de domicilio en concurso real – hecho nominado tercero en la requisitoria fiscal de fs. 387/398 (arts. 45, 166 inc. 2°, último párrafo, 41 quáter, 150 y 55 del CP); y autor responsable del delito de robo calificado con arma cuya operatividad no pudo ser comprobada (hecho único contenido en el requerimiento a citación a juicio de fs. 540/543 de autos) e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, CON ADICIONALES DE LEY Y COSTAS (art. 5, 9, 12, 40 y 41 del CP y 415, 550 y 552 del CPP).

En su lugar, corresponde declarar a J. M. F., coautor responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego cuya operatividad no pudo ser comprobada y autor del delito de violación de domicilio en concurso real –hecho nominado tercero en la requisitoria fiscal de fs. 387/398-(arts. 45, 166 inc. 2°, último párrafo, 41 quáter, 150 y 55 del CP); y autor responsable del delito de robo calificado con arma cuya operatividad no pudo ser comprobada (hecho único contenido en el requerimiento a citación a juicio de fs. 540/543 de autos), en concurso real.

II. Asimismo corresponde ahora individualizar la pena a imponer a Juan Moisés Figueroa, la cual deberá consistir en prisión o reclusión, entre un mínimo 3 años a un máximo de 22 años.

A tal fin, deben tenerse en cuenta –tal como lo hizo el a quo-, en primer lugar, que al juicio se le imprimió el trámite de Juicio Abreviado (art. 415 del CPP) y por tanto no se puede imponer una sanción más grave que la solicitada por el Ministerio Público. En el caso, la Sra. Fiscal de Cámara solicitó le sea impuesta la pena de cuatro años de prisión (fs. 591).

El sentenciante valoró:

a) Como circunstancias atenuantes:

* Las condiciones personales, su edad, grado de instrucción, medios de vida, ambiente social en que se desempeña, la actitud de colaborar con la justicia al reconocer los hechos atribuidos (fs. 598 vta.).

b) Como circunstancias agravantes:

* La modalidad comisiva de los hechos enunciados consistente en un asalto domiciliario, nocturno y en un lugar en donde había un niño pequeño (fs. 593 y 598 vta.).

Entonces, teniendo en cuenta las condiciones desfavorables valoradas, entiendo prudente imponer a Juan Moisés Figueroa la pena de tres años y seis meses de prisión, con adicionales de ley y costas (arts. 5, 9, 12, 29 inc. 3ro., 40, 41 CP; 550 y 551 CPP).

III. Sin costas en la alzada (C.P.P., 550/551). Así, voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo: Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

La señora Vocal Dra. Aída Tarditti, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal; RESUELVE: I) Hacer lugar al recurso de casación interpuesto en autos por el Sr. Asesor Letrado Penal de 16º Turno en favor de J. M. F., y en consecuencia:

1) Casar la Sentencia número Ocho, de fecha veintisiete de abril de dos mil doce, dictada por la Cámara en lo Criminal de Cuarta Nominación de esta Ciudad, en cuanto resolvió declarar a J. M. F., ya filiado, coautor responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego cuya operatividad no pudo ser comprobada agravado por la participación de un menor, y autor del delito de violación de domicilio en concurso real –hecho nominado tercero en la requisitoria fiscal de fs. 387/398 (arts. 45, 166 inc. 2º, último párrafo, 41 quáter, 150 y 55 del CP); y autor responsable del delito de robo calificado con arma cuya operatividad no pudo ser comprobada (hecho único contenido en el requerimiento a citación a juicio de fs. 540/543 de autos) e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de cuatro años de prisión, con adicionales de ley y costas (art. 5, 9, 12, 40 y 41 del CP y 415, 550 y 551 del CPP).

2) En su lugar, se debe declarar a J. M. F. coautor responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego cuya operatividad no pudo ser

comprobada y autor del delito de violación de domicilio en concurso real –hecho nominado tercero en la requisitoria fiscal de fs. 387/398 (arts. 45, 166 inc. 2º, último párrafo, 41 quáter, 150 y 55 del CP); y autor responsable del delito de robo calificado con arma cuya operatividad no pudo ser comprobada (hecho único contenido en el requerimiento a citación a juicio de fs. 540/543 de autos), todo en concurso real e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de tres años y seis meses de prisión, con adicionales de ley y costas (art. 5, 9, 12, 40 y 41 del CP y 415, 550 y 551 del CPP)..

II. Sin costas por lo actuado en la Alzada atento al éxito obtenido (CPP, arts. 550/551).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.