

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA- VOCALES:
AÍDA TARDITTI- CAFURE DE BATTISTELLI - BLANC DE ARABEL.**

**RECURSO DE CASACIÓN- SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA- TESIS AMPLIA-
DERECHO PENAL DE MENORES - REGIMEN ESPECIFICO - PRINCIPIO DE MÍNIMA
SUFICIENCIA - DICTAMEN FISCAL NEGATIVO- ALCANCE.**

SENTENCIA NUMERO: DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE

En la ciudad de Córdoba, a los siete días del mes de octubre de dos mil once, siendo las doce horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, con asistencia de las señoras Vocales doctoras Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos "CUFRE, Mariano Daniel p.s.a. robo -Recurso de Casación-" (Expte. "C", 60/10), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Sr. Asesor Letrado del 13° Turno, Dr. Erik N. Griotto, a favor del acusado Mariano Daniel Cufre, en contra del Auto número dieciséis, del dieciocho de mayo de dos mil diez, dictado por la Cámara en lo Criminal de Novena Nominación de esta ciudad de Córdoba.

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

I. ¿Ha inobservado la decisión aludida lo dispuesto por los arts. 76 bis del C.P., y 5 de la ley 22.278?

II. En su caso, ¿qué resolución corresponde dictar?

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

A LA PRIMERA CUESTION

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por Auto número dieciséis, del dieciocho de mayo de dos mil diez, la Cámara en lo Criminal de Novena Nominación de esta ciudad resolvió: "...Denegar el pedido de suspensión del juicio a prueba formulado por el Dr. Erik Griotto a fs. 112 de autos a favor del coimputado Mariano Daniel Cufre..." (fs. 120 a 122).

II. En contra de la decisión aludida interpone recurso de casación el Sr. Asesor Letrado del 13° Turno, Dr. Erik Griotto, a favor del acusado Mariano Daniel Cufre, invocando el motivo sustancial de la referida vía impugnativa.

Luego de exponer las razones por las cuales entiende cumplimentado los requisitos de admisibilidad y reseñar los antecedentes de la causa, la defensa destaca que si bien consta en el informe del Registro Nacional de Reincidencia que la Cámara en lo Criminal de 12 Nominación de esta ciudad, por Sentencia n° 32 del 23/6/2004, resolvió declarar a Mariano Daniel Cufre autor del delito de Robo reiterado -dos hechos- agravados por intimidación de arma de fuego, no se le impuso sanción en razón de su menor edad, por lo que no surge de las presentes actuaciones que al nombrado se le haya aplicado sanción alguna de tal declaración de responsabilidad.

Advierte que no se han verificados en el *sub júdice* los requisitos establecidos por el artículo 4 de la ley 22278, esto es, el resultado del tratamiento tutelar al que se haya supeditado una eventual imposición de pena por los hechos cometidos por Cufre siendo menor de edad. Ello adquiere especial relevancia si se tiene en cuenta la directriz predominantemente tutelar propia del proceso de menores y del objetivo del referido tratamiento, esto es, la no punición del menor, aunque sea declarada su responsabilidad penal en el hecho.

En tal sentido, la afirmación que de recaer condena en su contra, el acusado Cufre será considerado reincidente y, por lo tanto, quedará excluido del beneficio de la suspensión del juicio a prueba carece de sustento fáctico, toda vez que no se encuentra acreditado que se le haya impuesto con anterioridad sanción alguna que pueda dar lugar a la mentada declaración de reincidencia.

De otro costado, subsidiariamente, plantea que el segundo párrafo del artículo 5 de la ley 22278 dispone que si el menor fuera juzgado por el delito cometido después de cumplir los dieciocho años de edad, las sanciones impuestas por hecho cometidos antes de esa edad podrán ser tenidas en cuenta o no para considerarlo reincidente, mientras que, por su parte, el 3° párrafo del artículo 50 del Código Penal prescribe que no dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad. En estos casos, la interpretación literal del artículo 5 de la ley 22278 cede ante la interpretación que cabe realizar del artículo 50 del Código Penal. Cita doctrina en abono de su posición.

Por lo demás, recuerda que para que el dictamen fiscal negativo vincule al juez en el trámite de concesión de la *probation* el mismo debe encontrarse debidamente fundado.

En el sub júdece, no cabe la posibilidad de que Mariano Daniel Cufre sea declarado "reincidente" cuando se declara su responsabilidad por los hechos que dan cuenta el Registro Nacional de Reincidencia.

III.A. El Tribunal de mérito rechazó la suspensión del juicio a prueba solicitada, señalando que comparte en su totalidad los fundamentos y conclusiones a los que arriba el Fiscal de Cámara y, en consecuencia, concluye que corresponde denegar la solicitud de suspensión del juicio a prueba del coimputado (fs.117 a 118).

B. El representante del Ministerio Público señaló, al momento de propiciar el rechazo del beneficio solicitado, que es claro que la viabilidad de la *probation* depende de una apreciación del Tribunal que finca en la evaluación de la personalidad moral del condenado. En el presente caso es dable destacar que si bien el antecedente que registra Cufre se refiere a un delito cometido como menor, no resulta necesario y totalmente inocuo a los fines de las ponderaciones que corresponderán frente a una nueva -hipotética- recaída en el delito y su consecuente respuesta punitiva. En tal sentido en paralelismo con la reflexión precedente, el artículo 5 segundo párrafo de la ley 22278 (Régimen Penal de la Minoridad) establece como posible el cómputo de sanciones por delitos como menor, a efectos de considerarlo reincidente o no. De allí que -se concluye- en caso de recaer una nueva condena por los hechos que aquí se le endilgan (cuya naturaleza, modalidad, y demostrativo de su pertinencia atentatoria de un mismo bien jurídico), quedaría de llano excluido el beneficio de la suspensión de la misma, por cuanto no se tratará de su primer condena (arts. 26, "a contrario sensu" del C.P.). En definitiva, estima que el pedido de suspensión del juicio a prueba no se adecua objetivamente al supuesto previsto en la normativa legal, por lo que propicia no se haga lugar a lo solicitado (fs. 116 y vta.).

IV.A. Este Tribunal Superior de Justicia, primeramente, por mayoría ("Balboa", S. n° 10, 19/3/2004), y luego, de manera unánime ("Gallo", S. n° 155, 24/6/2008) adscribió a la denominada "tesis amplia", que supedita la procedencia de la *probation* (CP, 76 bis, cuarto párrafo) a una hipotética pena en concreto no mayor a tres años de prisión, tal como lo establece la ley penal respecto de la condena condicional (art. 26 C.P.).

Esta tesis exige una ponderación acerca de si la hipotética pena que en concreto habría de aplicarse al imputado, en caso de condena, sería o no mayor de tres años de prisión -hipotética futura condena condicional-, es evidente que para tal ponderación deben considerarse todas las circunstancias que prevé el artículo 26 del C.P. para la suspensión del cumplimiento de la pena, a saber: a) el delito o concurso de delitos debe

estar reprimido con una pena cuyo mínimo no exceda los tres años de prisión que hace posible una futura condena condicional; b) debe tratarse de la primera condena del imputado; y c) son necesarios indicios suficientes sobre la inconveniencia de la aplicación efectiva de la pena privativa de la libertad fundados en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren tal inconveniencia.

Es que, la remisión del artículo 76 bis, 4to. párrafo, del C.P., al artículo 26 del mismo digesto, en tanto y en cuanto se hace *in totum* al contenido de esta última norma, no parece tolerar una interpretación diferente -por virtud del apotegma "donde la ley no distingue, no debe el intérprete distinguir"-.

Además, la intelección que aquí proponemos resulta coherente con lo ya expuesto en orden a que si se arguye que resulta irrazonable que se impida "adelantar" -a los fines de la suspensión del juicio a prueba- el análisis de los requisitos de procedencia de la condena condicional, en un proceso en el que dicha suspensión de la ejecución de la pena habrá de producirse una vez finalizado el debate y dictada la sentencia, es evidente que en aquella oportunidad deberá valorarse la totalidad de tales condiciones, pues son éstas, en definitiva, las que tiene que examinar el juez de mérito al momento de dictar la sentencia que pone término al proceso.

Por consiguiente, cabe reiterar -como ya lo hemos puntualizado- que el art. 76 bis del C.P., entre otros requisitos, se remite a los concernientes a la condena de ejecución en forma condicional, y este último beneficio exige una primera condena a una pena de prisión no mayor a tres años (art. 26 en función del art. 76 bis, 4to. párr., C.P.).

B. Dicho lo anterior cabe reparar que en un reciente precedente este Tribunal Superior de Justicia sostiene que la sentencia declarativa de responsabilidad penal dictada contra un menor no se equipara a condena (TSJ, Sala Penal, "Doria", S. n° 32, 3/3/2011).

La situación de aquella persona que ha cometido un delito cuando era menor es singular, pues para ella rige una regulación especial, con relación a la establecida para el adulto, que introduce una serie de institutos específicos en aras de su protección (TSJ, Sala Penal, "Moreira", S. n° 11, 5/3/99; "Nadal", S. n° 8, 1°/3/02).

Uno de los regímenes específicos del derecho penal de menores, establece que una vez declarada la responsabilidad del imputado, luego que éste haya cumplido los dieciocho años de edad y un tratamiento tutelar no inferior a un año (prorrogable en caso de ser necesario), el Juez de Menores debe pronunciarse sobre la necesidad o no de

imposición de una sanción y, de acoger esta segunda alternativa, sobre la posibilidad de reducir la escala penal prevista para el delito según conforme a las pautas previstas para la tentativa, para lo cual habrá de atender a la valoración conjunta de la modalidad del hecho, los antecedentes del menor, la impresión directa que haya recogido y el resultado del tratamiento tutelar (art. 4° de la ley 22.278), cuya finalidad es proteger y reencausar al menor para que pueda desempeñar un papel constructivo y productivo en la sociedad (GONZÁLEZ DEL SOLAR, JOSÉ H., “*Tratamiento tutelar (art. 4° de la ley 22.278). Conceptualización jurídica*”, Foro de Córdoba, Año IV, n° 20, 1994, pág. 41; Id. Autor, “*Necesidad de la pena en el régimen aplicable a menores eventualmente punibles*”, Foro de Córdoba, Año XII, n° 69, 2001, pág. 56; TSJ, Sala Penal, "Tapia", S. n° 106, 30/10/03).

Todo ello se explica, porque el derecho penal juvenil se encuentra fuertemente orientado por el principio de mínima suficiencia, a punto tal que el tratamiento tutelar posterior a la declaración de responsabilidad -o bien el cumplido previamente a la sentencia-, conforme a una interpretación progresiva de los derechos humanos, configura un instituto de *probation* del que se hace depender la imposición de la pena, atendiendo a su resultado y al modo en que se conjugue con otras variables –modalidades del hecho, antecedentes e impresión directa recogida por el juez- en orden a establecer la peligrosidad delictiva del menor, como pauta de estimación de su necesidad en el caso concreto (TSJ, Sala Penal, "Coria", S. n° 115, del 29/9/06).

La sentencia declarativa de responsabilidad penal dictada en contra de un menor es un presupuesto para la imposición de la pena (art. 4, inc. 1° ley 22.278, art. 70 de la ley 9053) pero no se equipara a sentencia condenatoria toda vez que, aun cuando se pronuncie afirmativamente sobre la participación del menor en un hecho delictivo, no persigue un fin punitivo sino sólo abre una instancia anterior a la imposición de una pena - el tratamiento tutelar-, con fines resocializadores, luego de la cual recién será evaluada la necesidad de imponer o no una sanción penal, dictando la correspondiente condena o absolución.

C. Del contraste entre los argumentos vertidos tanto por el *a quo* como por el Fiscal de Cámara con la doctrina antes transcrita, surge que no habiéndose impuesto pena alguna ni expedido el Juez de Menores sobre el resultado del tratamiento tutelar, no es posible que tal circunstancia constituya un valladar para afirmar que la hipotética condena que en el caso pudiese aplicarse al imputado se tratará de su primera condena, menos aún que tal declaración pueda computarse como una sanción a efectos de considerarlo reincidente, conforme a lo dispuesto por el artículo 5 de la ley 22.278.

Por lo demás, no resulta ocioso recordar aquí que, si bien es cierto que este Tribunal señala que el consentimiento del Fiscal resulta insoslayable para habilitar la suspensión del juicio a prueba del art. 76 bis, cuarto párrafo, del C.P., no lo es menos que también se afirma que el dictamen fiscal negativo, para vincular al juez en el trámite para la concesión de la suspensión del juicio a prueba, debe estar debidamente fundado.

D. En definitiva, la pretensión impugnativa que el quejoso hace valer, debe ser acogida, habida cuenta que el sentenciante, al resolver la solicitud de suspensión de juicio a prueba, se remitió a las conclusiones del Fiscal de Cámara, las cuales contienen una interpretación incorrecta del artículo 76 bis, cuarto párrafo del CP, y del enunciado legal del artículo 5 de la ley 22278.

Así voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

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

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

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

A LA SEGUNDA CUESTION

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I) Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido por el Sr. Asesor Letrado, Dr. Erik Griotto, a favor del acusado Mariano Daniel Cufre, en contra del Auto número dieciséis, del dieciocho de mayo de dos mil diez, dictado por la Cámara en lo Criminal de Novena Nominación de esta ciudad. Por ello, debe casarse la referida resolución, en cuanto denegó el pedido de suspensión del juicio a prueba formulado a favor del acusado Mariano Daniel Cufre, en virtud de que no se tratará de su primer condena (art. 26, a contrario sensu, del CP).

II) En su lugar, corresponde reenviar los presentes autos al tribunal de origen, a fin de que se pronuncie sobre la procedencia o no de los restantes requisitos relativos a la suspensión del juicio a prueba solicitada a favor del imputado, sobre los cuales aún no ha emitido juicio (arts. 76 bis y 76 ter C.P.).

III) Por último, no corresponde imponer costas por lo actuado en esta sede, en virtud del éxito alcanzado (arts. 550 y 551 C.P.P.).

Así voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, 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 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.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;

RESUELVE: I) Hacer lugar al recurso de casación deducido por el Sr. Asesor Letrado, Dr. Erik Griotto, a favor del acusado Mariano Daniel Cufre, en contra del Auto número dieciséis, del dieciocho de mayo de dos mil diez, dictado por la Cámara en lo Criminal de Novena Nominación de esta ciudad. Por ello, debe casarse la referida resolución, en cuanto denegó el pedido de suspensión del juicio a prueba formulado a favor del acusado Mariano Daniel Cufre, en virtud de que no se tratará de su primer condena (art. 26, a contrario sensu, del CP).

II) En su lugar, corresponde reenviar los presentes autos al tribunal de origen, a fin de que se pronuncie sobre la procedencia o no de los restantes requisitos relativos a la suspensión del juicio a prueba solicitada a favor del imputado, sobre los cuales aún no ha emitido juicio (arts. 76 bis y 76 ter C.P.).

III) Por último, no corresponde imponer costas por lo actuado en esta sede, en virtud del éxito alcanzado (arts. 550 y 551 C.P.P.).

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.