

**Responsabilidad Penal Juvenil. Aplicación del Art. 4 ley 22.278 previo a la sentencia. Suspensión de Juicio a Prueba.**

***Expediente M-IPP nueve mil doscientos dos.-***

***Número de Orden:110***

***Libro de Interlocutorias nro.13***

Bahía Blanca, 20 de Mayo de 2.011.

**AUTOS Y VISTOS:**

El recurso de apelación interpuesto a fs. 1/10 y vta. de esta incidencia, por la señora Agente Fiscal a cargo de la Unidad Funcional de Instrucción y Juicio N° 1 del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil Departamental, doctora Betina Daniela Ungaro, ***contra el resolutorio de fs. 38/41 y vta., que resolvió otorgar la suspensión del juicio a prueba, en favor de E. J. T.,***

**Y CONSIDERANDO:**

Que la señora Agente Fiscal resiste la concesión de la suspensión del juicio a prueba dispuesta por la señora Juez del Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil N° 1 Departamental, doctora Alicia Ramallo, a favor de E. J. T., beneficio que le fuera otorgado pese a su expresa oposición.

Más allá de si este Organo considera el consentimiento del Persecutor Penal como vinculante y en su caso qué motivación ha de exigirse, lo cierto es que en forma previa debe analizarse la aplicación -o no y en este específico momento del proceso- de la reducción prevista en el art. 4to de la ley nacional 22.278.

Es que en caso de no operar tal disminución, el beneficio de la suspensión del proceso a prueba resulta inviable dado el cuántum punitivo que prevé el concurso de delitos imputados al menor T.. Es que su mínimo de tres años y seis meses (art. 55 del C.P., 149 bis segundo párrafo y en particular el 189 bis inciso 2do. 4to. párrafo del mismo Cuerpo Legal) resultaría suficiente argumento obstativo para impedir

el otorgamiento del beneficio previsto por el art. 76 bis del C.P., aún (obviamente y desde ya) adhiriendo a la denominada "tesis amplia" (4to. párrafo del art. recientemente individualizado y como lo ha resuelto nuestro Máximo Tribunal Nacional, 23 de Abril del 2008 "Acosta, Alejandro Esteban").

La decisión resulta compleja (tanto en doctrina como en jurisprudencia y tal como lo han alegado los Representantes del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa en el audio que está acompañado al presente y que se ha escuchado atentamente antes de ahora), pues si bien es cierto que la normativa citada por la Magistrada de Grado (en particular los arts. 1, 5, y 17 entre otros de las Reglas de Beijing, las directrices de Riad, y los arts. 40 de la Convención de los Derechos del niño y la normativa del art. 6 de la ley 13.634) puede conllevar al razonamiento que en definitiva efectuó, lo cierto es que esos principios -y adelantando el criterio que hemos de mantener- no pueden modificar la ley nacional vigente y cuya constitucionalidad también ha sido mantenida (a pesar de la existencia de la normativa supralegal antes citada) por la Corte Suprema de Justicia Nacional.

El artículo 4 de la ley 22.278 permite eximir de pena o aplicarle una escala penal reducida a una persona culpable de un delito cometido cuando tenía entre 16 y 18 años de edad; pero ello no conlleva a que la reducción de la escala sea obligatoria, si bien al momento recién de aplicar pena pueda ser la regla, atento los principios ya enunciados.

Ese es el texto expreso de la ley que no impone la modificación de la escala de modo imperativo y para todos los casos, sino que ello resulta una facultad de los jueces (de allí el "pudiendo reducirla") atendiendo a criterios preventivos especiales; pero además esa facultad requiere de que se cumplan los siguientes requisitos legales: que haya sido declarada la responsabilidad del menor, que haya adquirido la mayoría de edad y que hubiera sido sometido al tratamiento tutelar de al menos un año. Recién en tal específico momento surgirá la facultad de absolver, o de imponer la escala reducida en base a la tentativa o la escala común prevista por el

Legislador Nacional para los mayores de edad y en caso de fracaso del tratamiento.

Y pareciera que quienes proponen lo contrario lo fundamentan en lo resuelto en la conocida jurisprudencia "Maldonado, Daniel" de la C.S.J.N. Fallos 328:4343; sin embargo interpretamos que allí lo que la Corte exigió es el deber de fundar por parte del Organo Jurisdiccional por qué una pena fijada en el marco de la escala de la tentativa resulta insuficiente en el caso que tienen que decidir (voto de la mayoría considerando 41 y voto de la Dra. Argibay considerando 14). Dicho de otra manera la existencia de una regla de disminución de la pena a aplicar y en base a la escala de la tentativa, resulta preferible, pero en el caso de que existiera sería al momento de determinar la necesidad de imponer pena (y no desde el inicio del proceso y o etapas previas como se ha efectuado en estos obrados).

Es que la situación del niño desde que se le imputa la comisión de un hecho delictivo no puede ser tomada de manera estática sino como evolución dinámica; así el tiempo de observación y tratamiento establecido por el art. 4to. de la ley 22.278 tiene sentido si cabe esperar el resultado de esa observación y tratamiento para proporcionar un criterio concreto de decisión acerca de si la pena es necesaria y en su caso en qué extensión. Y así podría imponerse la absolución pese a la declaración de responsabilidad en caso de que el menor demuestre que con el tratamiento ha adquirido valores relevantes de respeto hacia su propia persona y hacia terceros y hábitos y conductas que resulten reveladores que fuera de esperar (y con lo harto dificultoso que resulta efectuar este tipo de prognosis) que no cometerá nuevos delitos. Por otro lado la escala reducida podría dar lugar en caso de que no se llegara a dichas conclusiones; y en el otro extremo la escala "regular" aparecerá como viable (y en forma debidamente fundada como lo exige la C.S.J.N. en el fallo ya citado) en caso de involución y de fracaso (imputable al menor claro está) del tratamiento tutelar. Todo lo expuesto teniendo en cuenta las modalidades del hecho, los antecedentes del menor y la impresión personal recogida por el juez.

Y más allá de que esto se considere razonable o no, lo cierto es

que es el marco legal que establece la ley 22.278 y que se reitera ha sido declarada constitucional en un amplio análisis de la Corte en el fallo "García Méndez, Emilio y Musa, Laura s/ causa 7537" del 10 de Abril de 2008; máxime desde el momento que la letra de la ley es la primera fuente de su interpretación y los criterios de naturaleza sintáctica y gramatical un modo imprescindible para la comprensión del texto.

Sin dudas existen fuertes tensiones entre los principios y normativas en juego; sin embargo la propia Corte en el fallo recientemente individualizado resolvió y reconociendo esa "tensión" que: *"...no puede justificar por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la ley 22.278..."*. Y ese mandato prohibitivo (y que se comparte en sus razonamiento) de los cortesanos sin dudas son los que llevan a elegir este camino.

Lo contrario sería aplicar como ya se expresó, la reducción del art. 4to. de la ley 22.278 desde el inicio del proceso. Ello conllevaría a reducir las escalas (y por qué no anularlas desde que existe la posibilidad de absolución) para la eximición de prisión, para el momento de dictar una detención, para las excarcelaciones ordinarias y/o extraordinarias, para el dictado de la prisión preventiva, también para los plazos de prescripción, para el beneficio de la suspensión del proceso a prueba (lo que estamos analizando aquí) y sólo por imaginar algunos supuestos. Entonces sí se advierte con claridad que estaríamos creando pretorianamente un régimen penal sustitutivo de la ley nacional 22.278, desoyendo la manda de nuestro máxime intérprete constitucional: *"...No es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones...implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar, cuando resulta evidente que -en esta materia- tal solución requiere de la suficiente e indispensable concreción de políticas pública previas..."* (conf. Fallos 329:3089 y 330:4866).

En este sentido lo han resuelto las distintas salas del Tribunal de Casación Penal Nacional: Sala I en causa 5931 de fecha 31/3/2005; por la mayoría de

la Sala II del mismo Organo (en su anterior integración) en causa 7458 de fecha 27/2/08; por mayoría de la misma Sala (y de donde hemos volcado parte de los ilustrativos votos de los Dres. Luis García y Guillermo Yacobucci) en causa 8566 de fecha 20/3/09; por la Sala III en causa 5906 de fecha 16/8/05 y más actualmente y ante un caso donde se denegó el mismo beneficio que se revoca por el presente, en causa 9765 de fecha 14/4/09 y por la Sala IV en causa 9380 de fecha 27/11/09.

Pero por si lo expuesto no bastara, hay un hecho determinante en favor de las motivaciones expuestas, y es el siguiente; la discusión sobre esta temática y la posibilidad de aplicar la escala reducida ya existía en doctrina y aún en forma jurisprudencial en forma previa al dictado de la ley 13.634. Por ello es que no habiendo regulado el legislador provincial -en la última mencionada- la posible aplicación de esa escala penal reducida, no podemos analizar ello desde el ángulo de la negligencia y/o impericia, sino que debe interpretarse como una inactividad dirigida a no reformar el régimen del art. 4to. de la la ley 22.278, vigencia que también por el presente se mantiene.

Por todo lo hasta aquí expuesto **SE RESUELVE: REVOCAR la resolución de fs. 38/41 y vta de esta incidencia (fs. 128/132 vta., de los autos principales), que resolvió decretar la solicitud de suspensión de juicio a prueba, en favor de E. T. (artículos 439, 440 y 447 del Código Procesal Penal y 189 bis y 76 bis a "contrario sensu" del C.P.). Hágase saber al señor Fiscal General Departamental y oportunamente devuélvase, juntamente con los autos principales, al Juzgado de origen, donde deberán practicarse las restantes notificaciones de forma.**