

ACUERDO N° 95/2012: En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los 20 días del mes de Diciembre de dos mil doce, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores ANTONIO G. LABATE y LELIA G. MARTÍNEZ de CORVALÁN, con la intervención del señor Secretario, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados “B. R. I. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL” (Expte. N° 280 – Año: 2009) del Registro de la Secretaría Penal; y ANTECEDENTES: Que por sentencia n° 11/09 de su propio registro, la Cámara en Todos los Fueros de la II° Circunscripción Judicial con sede en la ciudad de Cutral Có, resolvió -en lo que aquí importa- declarar mal promovida la acción penal e invalidar todo lo actuado, disponiendo a la vez la inmediata libertad de R. I. B. (fs. 568/581 vta.).

En contra de tal decisorio, el señor Fiscal de Cámara, Dr. Santiago F. Terán, dedujo recurso de casación (fs. 589/592 vta.).

Mediante Resolución Interlocutoria n° 26/2011 esta Sala Penal admitió formalmente a trámite el recurso interpuesto (fs. 615/616 vta.) Por aplicación de la Ley 2153, de reformas del Código Procesal (Ley 1677) y lo dispuesto en el artículo 424, 2° párrafo, ante el requerimiento formulado, el recurrente no hizo uso de la facultad allí acordada, por lo que a fs. 621 se produjo el llamado de autos para sentencia. Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dra. Lelia Graciela MARTÍNEZ DE CORVALÁN y Dr. Antonio Guillermo LABATE. Cumplido el proceso deliberativo que prevé el artículo 427 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes:

CUESTIONES: 1°) ¿Es procedente el recurso interpuesto?; 2°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 3°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión la Dra. Lelia Graciela MARTINEZ DE CORVALAN, dijo: el tenor del agravio traído por la Fiscalía me lleva a realizar un breve resumen de lo producido en esta causa; tarea que entiendo ineludible para que se comprendan los fundamentos en los que baso mi posición.

a) Con motivo de las actuaciones preventivas de fs. 01/5 y de la denuncia formulada por M. A. P. –en ese entonces de 20 años de edad- se instruyó causa contra R. I. B. por un hecho calificado provisoriamente como Abuso Sexual con acceso carnal (art. 119 del C.P.). Una vez concluida la instrucción sumarial, se elevó a juicio criminal sin oposición ni deducción de cuestión alguna por las partes (cfr. fs. 277).

b) Durante la audiencia inaugural del debate, la Defensa de B. planteó como cuestión preliminar que la presunta víctima nunca tuvo facultades para instar la acción penal ya que al momento de formular la denuncia y de ratificarla en sede instructoria no había cumplido aún los 21 años de edad, no dándose tampoco las situaciones excepcionales contempladas en el artículo 72 del Código Penal al amparo de las cuales el Ministerio Público Fiscal puede suplir dicho déficit.

c) El planteo de la defensa mereció la réplica de la acusación y el asunto fue diferido para el momento de dictar sentencia (cfr. fs. 526 vta.).

d) Así, una vez cumplidas con todas las audiencias dispuestas, que incluyó la declaración de la víctima (para ese entonces de 21 años de edad) la Cámara emitió el fallo que aquí se recurre, bajo el cual (por mayoría de votos) declaró mal promovida la acción penal y la nulidad de todo lo actuado (cfr. fs. 581, punto dispositivo I°).

Fijado así el modo en que quedó delineado el trámite de la causa, corresponde ahora mi respuesta en torno al fondo de la cuestión debatida.

En primer lugar, vale aclarar que aún cuando se pudiera afirmar –sólo a modo

de hipótesis- que M. P. no se hallaba facultada en los momentos iniciales de la investigación para instar la acción penal (extremo que me encargaré de refutar en párrafos subsiguientes), ello no remite a una nulidad de tipo absoluta como lo interpretó la Cámara, sino de carácter relativa. Esta tesitura –que considero la más atinada- responde a un criterio que desde antiguo sostuvo este Tribunal Superior de Justicia:

“(…) Ha sostenido este Tribunal, en casos análogos, tanto en el precedente “Riffo, Omar Antonio s/ abuso deshonesto” (Acuerdo 10/1997), como en otros que lo precedieron (“Tripainao – Palma”, Ac. N° 2 - T.I. – f° 28/34 –año 1993; ‘Pino, Domingo – Pino, José Eduardo’, Ac. No. 15 - TI- F° 77/82-1995), que:

‘(…) la nulidad alegada ‘no es de aquellas a que se refiere el art. 150, y que pueda ser declarada de oficio en cualquier etapa del proceso [...] Entiendo que el art. 72 del C.P. define a las llamadas acciones dependientes de instancia privada y establece que en los casos allí previstos no ha de procederse a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado. No cabe duda –siguiendo al autor citado- que la ley penal fija en este caso un obstáculo al ejercicio procesal de la acción penal, y que sus consecuencias y efectos son, por lo tanto procesales, sin perjuicio de que tenga influencia sobre la posibilidad de hacer efectiva la sanción. Habida cuenta que estamos en presencia de una nulidad relativa (art. 153 del C.P.P.), y toda vez que la misma debió necesariamente ser planteada en alguna de las oportunidades de la norma fijada, y habiéndose denunciado el vicio recién en el momento de formular el alegato en la discusión final, resulta de toda evidencia que se ha producido la preclusión para deducir aquella...’ (cfr. Acuerdo 10/1997, citado “ut supra”). Ya más cercano en el tiempo, y sobre planteos dirigidos en idéntica dirección (atinentes a la falta de instancia de la acción penal en esa clase de ilícitos), este Cuerpo, por los mismos argumentos, declaró su inadmisibilidad (in re ‘Cejas, Ernesto Demetrio s/ Abuso Sexual con Acceso Carnal Reiterado’, R.I. n° 7/03) [...] Aquella falta de alegación en término, reglado como requisito del artículo en análisis, torna su improcedencia...” (cfr. “[O., L. S.] s/ Abuso sexual”, R.I. n° 84/04). Tal cuestión no es menor en tanto, de haberse observado dichos lineamientos, la solución aplicada hubiera sido completamente diferente; máxime teniendo en cuenta que, como me encargué de precisar ut supra, la defensa no dedujo la excepción que correspondía en el momento procesal adecuado (cfr. art. 314, inc. 1° en función del artículo 304, inc. 2° del C.P.P. y C.). Por otra parte, es bueno recordar que la jurisprudencia imperante en la materia (previo a la sanción de la ley 26.579) estableció con buen tino que “(…) La exigencia del art. 72 del C.P., es para protección del damnificado y no debe ser interpretada en su desmedro, por lo que la mayoría de edad para instar la acción penal por un hecho del cual se ha sido víctima no es requisito oponible por el imputado” (cfr. C.N.C.P., Sala IV, causa n° 4823, Reg. 6450.4, con cita a su vez de precedentes

de esa mismo tribunal: “Pino Torres, Johan A. s/ rec. de casación”, Reg. N° 5882, causa n° 4734, rta. el 13/05/03).Ello así porque “(...) Para la exclusión del ejercicio de oficio de la acción no cuentan en este caso intereses sociales, como es la moral pública, sino el solo respeto al derecho del ofendido...” (cfr. Ricardo C. Núñez, “Tratado de Derecho Penal”, ed. Lerner, Córdoba, 1988, pág. 131).

Sin perjuicio de lo explicado –que ya bastaría para tornar nulo el pronunciamiento- considero que la denunciante, al momento en que se apersonó ante la Comisaría 42°, ostentaba una edad suficiente para instar por sí la acción penal. En efecto:

La Convención de los Derechos del Niño, aprobada por Ley Nacional n° 23.849 e incorporada a nuestro derecho interno por imperio de lo dispuesto en el artículo 75, inc. 22 de la C.N., establece como tal a “...todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad (art. 1). Por su parte, el artículo 126 del Código Civil (en su redacción previo a la reforma de la ley 26.579) establecía como menores a “...las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años...”, fijando luego ciertas capacidades relativas en su artículo 157 para los mayores de 18 años y menores de 21, entre las que no se encuentra la posibilidad de instar la acción penal.

Frente a tal dicotomía o incongruencia entre una norma incorporada a nuestra Constitución Nacional que fija ese límite de edad en dieciocho años (supeditado a que no la hubiere alcanzado antes) y otras de orden local que extienden mucho más aquel período, el tribunal de juicio optó por darle preeminencia a los artículos infraconstitucionales. Me refiero, concretamente, a los artículos 126 y concordantes del Código Civil aplicados por la Cámara sentenciante (cfr. fs. 570).

Ello implicó, sin más, el desconocimiento del orden de prelación normativa y la supremacía constitucional (artículo 31 de la Constitución Nacional). En efecto: “...la supremacía constitucional supone una gradación jerárquica del orden jurídico derivado, que se escalona en planos distintos. Los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la constitución [...] Después de la reforma de 1994, es imperioso asimismo tener presente una añadidura de suma trascendencia: en virtud del art. 75 inc. 22 hay tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional por figurar en la enumeración que se hace en dicha norma [...]

Por consiguiente, tales tratados revisten igual supremacía de la constitución, y aunque no forman parte del texto de la constitución, se hallan fuera de él a su mismo nivel en el bloque de constitucionalidad federal...” (cfr. Germán J. Bidart Campos, “Manual de la Constitución Reformada”, ed. Ediar, Bs. As., 1998, t. 1, págs. 334/6).

La razón que impulsó la reforma al artículo 126 del Código Civil, introducida por la Ley Nacional n° 26.579 (sancionada poco tiempo después del pronunciamiento bajo recurso) fue la de erradicar definitivamente tales discrepancias en el orden interno, lo que no eximía igualmente al tribunal a-quo de ajustar su enfoque desde la óptica ya explicada. Si bien el voto ponente expresó que los fallos jurisprudenciales susceptibles de receptor dicha supremacía no serían capaces de ser aplicados por la reserva hecha por nuestro país en torno al límite de la edad (cfr. fs. 573 vta.), ello a mi modo de ver resulta equivocado. Veamos: La Ley n° 23.849, que

incorporó a nuestro derecho interno la Convención de los Derechos del Niño formuló diversas reservas y declaraciones (cfr. art. 2°). Sin embargo, en lo que a la edad concierne no hizo reserva alguna y sí una declaración en ese tópico. En torno a ello expresó textualmente que "...Con relación al artículo 1° de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad..."; lo que refuerza aún más la inteligencia asignable al artículo 1° de la Convención. Una interpretación diferente, además de colocar en una situación de vulnerabilidad a personas cuya franja etaria resulta mayor de 18 años y menor de 21, llevaría al absurdo de considerar no facultado para denunciar e instar la acción penal -por razones de edad- a aquella persona que, por la misma circunstancia, ostenta plena capacidad para ser imputable de cualquier delito, incluso del de Falsa Denuncia (art. 245 del C.P.). Desde otro lado, el yerro de la Cámara se torna más evidente si se tiene en cuenta que al momento de celebrarse el debate la prenombrada contaba con más de 21 años de edad, ocasión en que expuso los hechos y los ratificó de modo tal que tendían de forma inequívoca al instado de la acción penal (cfr. fs. 528 vta., renglones 10 y 11); extremo soslayado por aquel tribunal de juicio bajo un razonamiento que, además de estimarlo desacertado por las consideraciones expuestas, contravino el carácter restrictivo que rige el tópico de las nulidades (art. 3° del C.P.P. y C.).

Finalmente, aunque resulte esta reflexión ajena al marco argumental desarrollado anteriormente, no puedo dejar de advertir que la Cámara de Juicio acentuó de manera notable el proceso de victimización secundaria de M. A. P., ya que al diferir la excepción planteada por la defensa la obligó a exponer de un modo innecesario circunstancias que le eran en extremo sensibles. Cuidado que debió haber extremado en la medida de lo posible.

Por lo expuesto, considero haber demostrado la razón por la cual la casación deducida debe ser declarada procedente. Tal es mi voto.

El Dr. ANTONIO G. LABATE dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión.

Así voto.

A la segunda cuestión, la Dra. Lelia Graciela MARTINEZ DE CORVALAN, dijo:

Atento al modo en que resolviera la cuestión precedente propicio se declare la nulidad de la sentencia (art. 429, 415 inciso 2° y 369 inciso 3°, todos del C.P.P. y C.) así como lo debatido a su respecto (art. 155 párrafo 1°), debiéndose reenviar los autos a la Cámara de origen para que, con nuevos integrantes y previo debate, dicte nuevo pronunciamiento. Así voto.

El Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba la señora Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión.

A la tercera cuestión, la Dra. Lelia Graciela MARTINEZ DE CORVALÁN, dijo: Sin costas en la instancia (artículos 491 y 492 a contrario sensu, del C.P.P.yC.). Mi voto.

El Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Comparto lo manifestado por la señora Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE: I.- HACER LUGAR al Recurso de Casación deducido por el señor Fiscal de Cámara, Dr. SANTIAGO F. TERAN. II.- DECLARAR LA NULIDAD de la sentencia obrante a fs. 568/581 dictada por la Cámara en Todos los Fueros de la IIª Circunscripción Judicial con sede en la Ciudad de Cutral Có, así como del debate que la precediera, por falta de fundamentación (arts. 415 inc. 2º, 429, 369 inc. 3º y 155, párrafo segundo, todos del C.P.P. y C.). III.- REENVIAR estos actuados a la Cámara de origen para que con nuevos integrantes y previo debate, dicte nuevo pronunciamiento ajustado a derecho.

IV.- Sin costas (arts. 491 y 492 del C.P.P. y C.). V.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las presentes actuaciones a origen. Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación, por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ANTONIO G. LABATE - Dra. GRACIELA M. de CORVALÁN