

SENTENCIA NUMERO: CIENTO OCHENTA Y SEIS

En la Ciudad de Córdoba, a los nueve días del mes de agosto de dos mil once, siendo las doce horas, se constituyó en audiencia pública el Tribunal Superior de Justicia, en pleno, presidido por el doctor Domingo Juan Sesín, con la asistencia de los señores Vocales doctores Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli, Luis Enrique Rubio, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Armando Segundo (h) Andruet y Carlos Francisco García Allocco, a los fines de dictar sentencia en los autos "***GRAZIOLI, Mauricio Bernardo p.s.a. abuso sexual con acceso carnal agravado -Recurso de Inconstitucionalidad-***" (Expte. "G", 02/2009), con motivo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Gabriel Gramática, en su condición de defensor del imputado Mauricio Bernardo Grazioli, en contra de la sentencia número treinta y dos, de fecha veintiséis de noviembre de dos mil ocho, dictada por la Cámara Segunda del Crimen de ésta ciudad.

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

1º) ¿Es inconstitucional el artículo 119 del Código Penal?

2º) ¿Es inconstitucional el artículo 221 bis del Código Procesal Penal?

3º) ¿Qué solución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en forma conjunta.

A LA PRIMERA CUESTION:

Los señores Vocales doctores Domingo Juan Sesín, Aída Tarditti, María

Esther Cafure de Battistelli, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Luis

Enrique Rubio, Armando Segundo (h) Andruet y Carlos Francisco García

Allocco, dijeron:

I. Por sentencia n° 32, de fecha 26 de noviembre de 2008, la Cámara Segunda del Crimen de ésta ciudad, resolvió declarar que Mauricio Bernardo Grazioli, ya filiado, es autor de abuso sexual con acceso carnal agravado, en los términos del art. 119, tercer párrafo, en función del primer párrafo y cuarto párrafo inc. “f” del CP y en consecuencia imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de ocho años de prisión, con trabajo obligatorio, adicionales de ley y costas (arts. 5, 9, 12, 40 y 41 del CP y arts. 550 y 551 del CPP) (fs. 1030/1048).

II. Contra dicha resolución, deduce recurso de inconstitucionalidad el Dr. Gabriel Gramática, en su condición de defensor del imputado Mauricio Bernardo Grazioli (art. 483 del CPP).

Denuncia la inconstitucionalidad del artículo 119 del Código Penal por cuanto establece una presunción *iuris et de iure* de ausencia de consentimiento válido para mantener relaciones sexuales de todo menor que no haya cumplido los

13 años de edad lo cual resulta violatorio de los principios de juicio previo y legítima defensa, del principio republicano de división de poderes y de la forma federal de estado, del principio de lesividad, del principio de presunción de inocencia y del *in dubio pro reo*.

Indica que la tipificación de un delito donde una de las circunstancias fácticas determinantes, posiblemente la más relevante de todas las que configuran el delito en cuestión y que justifican su tipificación, cual es la ausencia de consentimiento válido de la víctima resulta aquí ilegítimamente presumida sin posibilidad de prueba en contrario y sin fundamento alguno siempre y en todos los casos en perjuicio del imputado.

Afirma que la presunción contenida en el art. 119 del Código de fondo es una retrogresión, un olvido de la conquista del pensamiento ilustrado al fijar una prueba tasada.

Critica, luego, la respuesta dada por el Tribunal a quo y señala que su error radica en la confusión producida por haber llevado su agravio a una de las premisas: la que afirma que la menor no cumplió los 13 años, sobre la cual nada dijo ni dice esta defensa y evidentemente ninguna exclusión o limitación probatoria existe para acreditar esa circunstancia (edad).

Aclara que, muy por el contrario la inconstitucionalidad de la norma no radica allí sino en la premisa presumida: la cual afirma que toda persona –cualquier sexo- menor de trece años carece de capacidad para prestar consentimiento válido para mantener relaciones sexuales y ésta circunstancia fáctica resulta ilegítima, infundada y arbitraria, puesto que se tiene por existente, sin excepción y sin posibilidad de prueba en contrario, en todos los casos.

Advierte que no puede negarse que exista al menos una persona –de cualquier sexo- menor de trece años capaz de comprender y consentir una relación sexual, por ende la premisa presumida sin posibilidad de prueba en contrario, que niega dicha existencia, es indefectiblemente falsa.

Luego, hace alusión a que tanto de las declaraciones rendidas en autos, que hablan de la conducta de la menor antes de conocer al imputado, como de sus afirmaciones durante la Cámara Gessell, surge que fue ella quien buscó a Grazioli para tener relaciones sexuales con él, que ella esperó el momento oportuno y tomó la decisión de hacerlo.

Entiende que, sin lugar a dudas la edad de una persona podría utilizarse como un indicio de inmadurez para consentir relaciones sexuales pero nunca y en ningún caso como presunción, sin posibilidad de prueba en contrario, de

inexistencia de consentimiento válido, atento que ello resulta violatorio de las garantías que a renglón seguido expone:

* Violación del debido proceso y del derecho de defensa.

Bajo esta rúbrica, insiste en que el art. 119 del CP prohíbe toda meritación autónoma sobre la existencia o inexistencia de consentimiento válido para mantener relaciones sexuales. Sostiene que el legislador, sin fundamento alguno, pretende que hasta determinado día de la vida de una persona, la misma carece absolutamente de capacidad para prestar un consentimiento válido para mantener relaciones sexuales.

En el caso, indica, la menor tenía capacidad para consentir la relación, comprendía lo que significaba, lo deseaba y lo buscaba; de ahí que lo inconstitucional es la presunción *iuris et de iure* como técnica legislativa que obliga a condenar.

Cita doctrina y se remite a los dichos de algunos parlamentarios que, al momento de votar la reforma que elevó la edad de la capacidad para prestar consentimiento de 12 a 13 años, manifestaron dudas al respecto. Con ello, dice, queda demostrado, mas allá de la arbitrariedad y falta de fundamento de la reforma, que los legisladores dictaron una norma inconstitucional previendo

expresamente que la circunstancia que estaban consagrando legislativamente fuera en algunos casos falsa.

En consecuencia, el imputado se encuentra imposibilitado de defenderse respecto de esta circunstancia fáctica (consentimiento) cuya existencia no podrá ni verificar, ni controlar, ni discutir ya que no puede ni siquiera hacerlo el juzgador aún cuando sea empíricamente falsa como sucede en este caso.

Por ello, concluye, estamos frente a una norma que viola indefectiblemente el triple orden de garantías procesales, constituidas por: la necesidad de prueba, la posibilidad de refutación o contraprueba y el juicio imparcial sobre la capacidad explicativa de las hipótesis en conflicto (cita doctrina).

* Violación al principio de lesividad.

En ese acápite sostiene que cuando se condena conforme la presunción del art. 119 del CP, se lo está haciendo sin comprobar la verdadera afectación al bien jurídico que se pretende tutelar. Reflexiona que el bien jurídico protegido es la “libertad sexual” y que esa libertad es la única base fáctica que justifica la punición, por lo cual debe comprobarse la realidad, no pudiendo imponerse por una presunción del legislador.

Por ello, entiende que la norma se opone al principio de lesividad, puesto que obliga a penar aún cuando no haya lesión o afectación al bien jurídico protegido.

Arguye que el dispositivo penal no se orienta a la tutela del derecho, sino a la “imposición de un orden moral”, lo cual resulta intolerable y entiende que el Poder Legislativo se irrogó facultades del Poder Judicial, al pretender juzgar la existencia o no de cuestiones de hecho.

Se manifiesta contrario a la doctrina que al estudiar el tipo penal bajo análisis explica esta presunción diciendo que ella tiende a proteger la *intangibilidad o indemnidad sexual de los menores* (cita doctrina), puesto que aún en estos casos se omite verificar, acreditar y motivar la afectación de dicho bien.

Recuerda que hasta mayo de 1999, la edad a partir de la cual las personas podían decidir libremente si tener o no relaciones sexuales, era de 12 años, habiéndose elevado a 13 años contra toda evidencia de la realidad.

Cierra diciendo que su defendido fue condenado sin verificación de la lesión al bien jurídico que se pretende tutelar y más aún, fue condenado sin lesión a bien jurídico alguno, dada la comprensión que la menor tenía del tema.

* Violación a la presunción de inocencia e in dubio pro reo.

Explica que la norma cuestionada vacía de contenido la presunción de inocencia pues, claramente, estatuye la verdad de un hecho “a priori” (ningún menor de 13 años es capaz de comprender la significación de una relación sexual).

Agrega que si se afirma que alguien abusó sexualmente de otro, por la imposibilidad de comprensión de éste, dicha circunstancia no solo debe acreditarse sino que, si existe duda, deberá operar la hipótesis más favorable al imputado.

* Violación al principio republicano de división de poderes y a la forma federal de estado.

Argumenta que mediante el art. 119 del CP, la nación le arrebató a las provincias el juzgamiento de cuestiones de hecho que hacen a la comisión de delitos.

Asevera que la presunción en él contenida impide al juez competente verificar dicha circunstancia ya que el legislador juzgó de antemano que la víctima no prestó validamente su consentimiento, si no cumplió 13 años.

Finalmente expone que a su defendido se lo condenó por un hecho por el cual no se le permitió defenderse en su circunstancia más importante, no se demostró su existencia y no se fundamentó sobre ello, agrega que tampoco se acreditó lesión al bien jurídico y se cercenó su presunción de inocencia.

Por todo ello, sostiene, se aplica al caso la denominada regla de la clara equivocación y formula expresa reserva del caso federal (fs. 1053/1065).

III. En lo que resulta de interés a la cuestión aquí tratada, la decisión impugnada expresa:

Si bien el planteo defensivo se presenta con apariencia de una defensa de derecho, se considera que al fundarlo resulta más bien una cuestión relacionada directamente con la prueba de uno de los extremos del hecho.

En efecto, la defensa sostiene que la edad de 13 años prevista en el art. 119 del CP, por la cual se toma iuris et de iure irrelevante el consentimiento de la víctima, impide una debida defensa y obliga al Tribunal a tener por acreditado una situación fáctica sin admitir prueba en contrario.

Al respecto, el requisito de la edad establecido por el art. 119 del CP, es una condición incluida en la descripción del hecho por el que se acusa a Grazioli, y este aspecto fue probado tanto por prueba testimonial como documental.

Acreditada la edad de la menor, no se presentan límites probatorios algunos a fin de determinar si la menor consintió o no la relación sexual, por el contrario, en autos quedó acreditado que las relaciones sexuales fueron consentidas y buscadas por la menor, pero no se advierte como se violentó por

ello el derecho de defensa, la división de poderes y la función jurisdiccional (fs. 1046).

El consentimiento de la menor surge irrelevante pues no se prevé en la figura bajo examen que su presencia la excluya. Se trata de una decisión de política criminal tendiente a brindar protección legal frente a abusos sexuales a menores, que el legislador consideró no tienen madurez necesaria para comprender su conducta (fs. 1047).

IV. Por Dictamen P n° 188, el Sr. Fiscal Adjunto de la Provincia se expide de manera contraria al recurso deducido, por las razones que brevemente se compendian a continuación:

Entiende que la impugnación no puede prosperar porque adolece de defectos en relación a su fundamentación, puesto que, pese a lo novedoso del planteo desplegado por el recurrente, quien pretende demostrar que la ley sustantiva consagra una presunción probatoria “*iuris et de iure*”, respecto al consentimiento para mantener relaciones sexuales por parte de los menores de 13 años; no logró demostrar cabalmente que el precepto del art. 119 del CP haya conculcado de algún modo las garantías constitucionales que invoca y principalmente el derecho de defensa.

Afirma que el yerro señalado tiene su origen en considerar como “presunción probatoria”, la especificación de la edad de la víctima contenida en la ley penal, cuando esa descripción configura lo que se denomina un elemento objetivo del tipo penal, es decir, una referencia legislativa cuyo contenido puede determinarse por la simple comprobación de que, en el caso concreto, concurre tal extremo.

Además, señala, queda claro que la intención de la norma, al incluir la edad del sujeto pasivo como elemento constitutivo del tipo penal, es proteger la inmadurez de los menores para comprender el significado del acto sexual, para lo cual ineludiblemente debe precisar una franja etaria que determine quienes quedan comprendidos entre las potenciales víctimas del delito.

Empero, advierte, el recurrente postula una tesis disímil y manifiesta su oposición a la unánime doctrina nacional que considera que el bien jurídico protegido por la ley, en el caso de los menores de 13 años, es la *intangibilidad o indemnidad sexual* de los mismos, afirmando que lo que se tutela es la *libertad sexual* (como en el caso de los mayores) pero sin esgrimir fundamento alguno que respalde su postura.

Desde otro costado, opina, que se puede estar o no de acuerdo con la reforma operada por la ley 25.087 (que elevó de 12 a 13 años la edad de corte),

pero lo cierto es que la modificación cumple con los parámetros constitucionales para el dictado de las leyes, quedando comprendida entre las facultades del legislador nacional, quien al describir delitos tiene la obligación de definir los elementos que permitan al juzgador su posterior individualización en el caso concreto.

Mal podría decirse, aclara, que el legislador haya incumplido de algún modo con el mandato de determinación legislativa, derivado del principio de legalidad (art. 18 CN), por el contrario, entre sus facultades el Congreso Nacional tiene la función de dictar y reformar los códigos que regulan las relaciones jurídicas. Ciertamente que el dictado de esas normas debe ser razonable y cumplir con las exigencias que emanan del principio de legalidad, todo lo cual se verifica en el caso analizado.

En primer lugar, la disposición penal que se pretende tachar de inconstitucional precisó de manera suficiente la conducta punida y en segundo lugar, el recurrente no logró poner de relieve la pretendida irrazonabilidad de la ley.

En efecto, su embate giró no sólo alrededor de la errónea idea de que la ley consagra una presunción “*iuris et de iure*”, sino también confundió el bien jurídico protegido al afirmar que se trata de la libertad sexual e insistiendo en relación a que los menores de 13 años pueden decidir al respecto.

De ese yerro, entiende, el recurrente extrajo la conclusión de que el art. 119 del CP quebranta el principio de lesividad, puesto que obliga a pena aún cuando no hay lesión al bien jurídico, pero soslayó cual es la función social del tipo penal que ataca: la protección de la indemnidad sexual de los menores, mal que le pese al reclamante.

Tampoco, añade, logró demostrar que el precepto tachado de inconstitucionalidad viola la división de poderes y también quedó desvirtuada la afirmación recursiva de que el precepto puede ser abatido a través de la regla de la clara equivocación.

Luego de citar doctrina de la CSJN alusiva a la gravedad que implica la declaración de inconstitucionalidad de una norma, concluye afirmando que el recurso de inconstitucionalidad intentado no supera los requisitos de procedencia básicos para su tratamiento (fs. 1107/1112).

V.1. La declaración de inconstitucionalidad de una norma implica un acto de suma gravedad institucional y por ello debe ser considerado como *última ratio* del orden jurídico, reservándose sólo para aquellos casos en que la repugnancia de la norma con la cláusula fundamental sea manifiesta, clara e indudable (T.S.J., en pleno, "Silvestrini", S. n° 129, 30/12/2003; "Nieto", S. n° 143, 9/06/2008; "Bachetti", S. n° 271, 18/10/2010; entre otros).

Resulta a su vez claro que el examen de adecuación constitucional de una norma no debe ser abordado desde *"una interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley que se desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos"*, sino que es necesario incluir *"las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos"* (C.S.J.N., "Saguir y Dib", 6/11/1980, Fallos 302:1284). Ha sido preciso nuestro máximo Tribunal de la Nación en imponer -frente a un problema interpretativo- tanto la consideración de la **totalidad de las normas llamadas a dar solución al caso**, como los hechos que lo configuran: *"no se trata de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos, conduzca a resultados concretos que no se adecuen a los principios axiológicos enunciados precedentemente, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias concretas notoriamente disvaliosas. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica*

incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados, la que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia (cfr. Fallos: 302:1284 y la jurisprudencia allí citada)" (C.S.J.N., "Dessy, 19/10/1995, Fallos 318:1894; cfr., "Fisco Nacional Dirección General Impositiva c/Llámenos S.A.", 06/11/2007, Fallos 330:4749).

Bajo dicha óptica, debo señalar que el recurrente pone todo su empeño en mostrar una supuesta colisión normativa entre el consentimiento para el trato sexual prestado por menores de trece años de edad y diversas garantías constitucionales del imputado. Pero en dicha empresa, olvida en primer término incluir otras normas -de igual rango constitucional- que resultan de ineludible consideración, esto es, el marco asegurativo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; en segundo lugar, omite introducir a la discusión las particulares circunstancias fácticas de la causa para poner así en evidencia que, en concreto, la condena de Grazioli verdaderamente contradice los derechos constitucionales que se invocan.

2. La protección constitucional del niño: los niños conforman uno de aquellos colectivos que han merecido especial amparo por parte de las cartas magnas y la legislación supranacional. La primordial razón de este énfasis tuitivo

finca en su marcada vulnerabilidad y dependencia (art. 2, *Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño*, Cumbre Mundial en favor de l Infancia, Nueva York, 30/09/1990; art. 7 inc. f, *Justicia para los niños víctimas y testigos de delitos*, Of. Internacional de los Derechos del Niño, Canadá, Marzo de 2003; ambos en *Infancia y adolescencia. Derechos y justicia*, Colección de Derechos Humanos y Justicia, Poder Judicial de la Pcia. de Córdoba, Of. de Derechos Humanos y Justicia, Córdoba, 2003, Tomo n° 5, págs. 77 y 166).

Esta preocupación, huelga aclarar, no ha nacido en nuestros días, sino que viene siendo motivo de particular atención, en distintas aristas, desde antaños cónclaves internacionales tales como la *Declaración de los Derechos del Niño* de Ginebra en 1924, la *Declaración de los Derechos del Niño* de 1959, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1969, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de 1966, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de igual fecha, etc.

En lo que concierne a nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la reforma del año 1994 la Constitución Nacional se ha alineado en la misma dirección, dando expresa cabida a la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22° C.N.), como también estatuyendo que corresponde legislar y promover las medidas

que les garanticen el pleno goce de sus derechos fundamentales "en particular" en relación a ellos (art. 75, 23° C.N.). Del mismo modo, nuestra Carta Magna local ha proclamado al niño como un sujeto requerido de protección estatal (art. 25). De allí que todas estas directrices que posicionan al niño en una condición relevante no pueden ser desoídas sin más, haciendo caer en saco roto esta profunda preocupación de las legislaciones fundamentales y supranacionales. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia: "*la consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño -art. 3°.1- impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos*" (C.S.J.N., "S., C. s/ adopción", 02/08/2005, Fallos 328:2870; cfr., S"., V. c/ M. , D. A. s/ medidas precautorias", 03/04/2001, Fallos 324:975).

Pues bien; uno de los ámbitos en los cuales se verifica esta protección reforzada es el de la **victimización infantil**. Cuando los derechos del niño se ven amenazados por la comisión de un delito, su vulnerabilidad e indefensión se acentúan y llaman a activar -desde los distintos ángulos de la intervención estatal- todos los mecanismos tendientes a eliminar o al menos minimizar el impacto del

ilícito en la esfera de su personalidad, de su vida e integridad física, de su patrimonio, etc.

En particular, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en su art. 19.1 que *“los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para **proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo**”*. Esta regla fija un vasto alcance a la acción estatal que demanda, poniendo en evidencia la magnitud de la tutela que reclama para los niños víctimas.

En esta senda -insisto, de amplio espectro- es que la Sala Penal ha introducido **la peculiar situación del niño afectado por el delito como premisa ineludible** en diversos análisis, tanto en materia **procesal como sustantiva**. Como ejemplo de ello, basta con señalar, en el primer ámbito, que se han marcado directrices acerca de las notas especiales que deben regir la valoración de su testimonio ("Battistón", S. n° 72, 05/04/2010; Juárez, S. n° 71, 23/03/2010), se ha admitido su legitimación para oponerse a medidas de la investigación que puedan potenciar su revictimización ("Balabanián", A. n° 430, 13/12/2004), se ha dado

contenido a la actuación del asesor promiscuo que custodia sus intereses ("Benítez", S. n° 136, 21/05/2010; "Koci", S. n° 256, 28/09/2010), etcétera. En materia de derecho de fondo, se ha dado primacía al interés superior del niño a los fines de la prisión domiciliaria de su madre ("Peralta", S. n° 25, 6/03/2008; "Salguero", S. n° 344, 22/12/2009; "Actuaciones labradas por el Juzgado de Ejecución n° 2 –Capital- c/motivo de la presentación efectuada por el Sr. Defensor de los derechos de las niñas, niños y adolescentes de la Provincia de Córdoba...", S. n° 66, 23/03/2010).

Cabe destacar por último que la especificidad de la alusión del artículo 19.1 de la Convención a aquellos delitos que afectan la vida, salud física o psíquica y la esfera sexual del niño, demuestra que en el ámbito de tales ilícitos la consideración de su interés es, lisa y llanamente, inexcusable.

3. Las circunstancias del caso: como dijéramos más arriba, la razón de la especial y fundamental protección del niño es su indefensión frente al mundo adulto, intensificada cuando se lo convierte en víctima de un delito.

Si ello es así, para resolver la cuestión bajo análisis -esto es, verificar si la incriminación de la actividad sexual consentida por debajo de los trece años resulta inconstitucional- deben relevarse las particularidades del hecho bajo análisis a fin de establecer qué impacto ha tenido efectivamente aquella nota de vulnerabilidad.

No es necesario mucho andar para advertir que el meollo de los hechos juzgados muestra que el trato sexual entre M.C. y Grazioli se dio en el marco de una **relación absolutamente asimétrica**. Conforme las circunstancias que se han tenido por acreditadas, la primera es una púber de 12 años, sin experiencias amorosas ni sexuales previas, y el segundo es un adulto de 36 años de edad, concubino de su madre, y que a raíz de la convivencia asumió el rol de guardador de hecho de aquélla.

Sobre dicha base fáctica, reclamar la suficiencia del consentimiento que la menor haya prestado al trato sexual, haciendo foco sólo en la edad de la víctima y prescindiendo de las condiciones del autor y del rol que cumplía en su esfera vital, importa dismantelar o desagregar componentes estructurales de la relación entre aquellos; separar a conveniencia lo que en el *factum* está unido inescindiblemente, y en consecuencia desnaturalizar el análisis que se procura obtener en esta Sede.

Para dar sustento a esta compleja interrelación de factores, basta con repasar las conclusiones de la pericia psicológica practicada sobre la menor (fs. 452/464), que da cuenta de su historia vital, carencias afectivas y escasa contención familiar, aristas éstas "*que habrían dado lugar a modelos identificatorios y de autoridad deficientes... Ello tornaría a la menor más vulnerable y expuesta a ubicarse en situaciones de riesgo o conflictivas, con dificultad para medir las*

consecuencias". Se destaca incluso la necesidad de mantener la relación en secreto, "por temor a las consecuencias en el imputado... es su silencio el que protege y preserva a ambos y a la estructura familiar...". Evalúa la perito que M.C. "habría estado expuesta a situaciones de índole sexual prematuras, inadecuadas y reiteradas sin contar con la madurez suficiente, como para medir las consecuencias"; "la menor M.C. conforme a su edad y etapa evolutiva, podría dar lugar a un aumento o exacerbación del interés sexual, lo que puede ser tomado por otros como un intento de seducción o una actitud provocativa. Lo que sí es importante, que si bien esto se da... y puede ser considerado normal, no dispone aún de la madurez psicoemocional necesaria para poner un límite frente a los impulsos que pugnan por exteriorizarse".

La indagación de la relación con su madre patentiza aún más su vulnerabilidad, ya que mantienen un vínculo *"confuso, poco discriminado, de carácter igualitario"* y competitivo, que da lugar a la triangularidad. Suma a este conflicto el divorcio de sus padres, siendo que su progenitor *"se infiere como escasamente continente, frío, inflexible y con rasgos de rigidez, severidad"*.

El vínculo con el imputado -concluye la perito- ha intentado suplir estas carencias: le proporciona contención, afecto y seguridad, aumenta su autoestima, todo ello de manera idealizada o sobrevalorada (fs. 452/464).

Lo arriba expuesto lleva a afirmar que razonar en torno a la inconstitucionalidad de la intrascendencia del consentimiento prestado por M.C., rescatando de ésta sólo su edad -12 años- importa una simplificación inadmisibile del problema. Es cierto que M.C. es una niña de 12 años que se ha involucrado de manera no forzada en un trato sexual con el encartado. Pero M.C. también es una niña con una trama vital compleja, con una figura paterna ausente y una materna que no se posiciona adecuadamente en su rol, sino que por el contrario se parifica y compite. Confluyen en ella una sumatoria de factores que, lejos de mostrar a la niña como un sujeto capaz de decidir sobre su esfera sexual y discernir sobre lo adecuado de una relación triangular con el concubino de su madre, la muestran inerme frente a sus propias pulsiones adolescentes, aprovechadas por un hombre adulto con el cual la unen lazos de familiaridad. Todas estas características de la víctima, que han sido estructurantes del vínculo sentimental bajo análisis, han sido completamente soslayadas por el impugnante.

En el caso bajo examen no se trata, huelga aclarar, del asentimiento de la menor al contacto sexual con otro adolescente frente al cual aquélla no se encuentre en una posición de inferioridad. Volviendo a los párrafos iniciales, en los presentes se configura una **relación palmariamente asimétrica**, no sólo por la diferencia de edad y madurez sino por la condición de la víctima y la posición de ambos

protagonistas en un mismo marco familiar que entremezcla lazos de afecto, cuidado y contención.

No dejan de sorprender argumentaciones en sentido desincriminatorio en clave de "seducción", "provocación", "enamoramiento", en casos como el de Marras, donde se entablan relaciones entre un púber y un adulto que duplica o triplica -o más- su edad y en los que generalmente se agrega algún componente que acentúa la vulnerabilidad, como por ejemplo la convivencia o el vínculo familiar (v.gr., T.S.J., Sala Penal, "Mottura", S. n° 70, 13/08/2004; "Bidondo", S. n° 22, 7/03/2007; "Ceballos", S. n° 288, 29/10/2009, entre otros). Cuando tales situaciones se verifican en la realidad y deben ser abordadas desde la perspectiva penal, es ineludible efectuar una ponderación prudente y minuciosa acerca de la verdadera condición de la víctima y del rol que cumple el autor en su esfera vital, dentro del amplio marco que contextúa al bien jurídico protegido, dado por la sana e íntegra conformación de la personalidad en el área sexual, para decidir conforme todos y cada uno de estos extremos si el niño ha podido discernir el verdadero sentido y naturaleza de su conducta, para prestar un consentimiento libre y consciente sobre aquellas acciones que pueden afectar su sexualidad.

4. Conclusión: el control de constitucionalidad solicitado se ve enervado por la insuficiencia de las premisas que incluye. La consideración del bloque normativo

constitucional y supranacional de protección de los niños, como así también la consulta de las particularidades de la vinculación sexual que tuviera lugar entre M.C. y Grazioli ponen en evidencia la falta de dirimencia -para el caso bajo análisis- de la discusión relativa a la relevancia del consentimiento prestado por la víctima menor de trece años. Por ello, la pretensión impugnativa debe ser rechazada.

Votamos, pues, negativamente.

A LA SEGUNDA CUESTION:

Los señores Vocales doctores Domingo Juan Sesín, Aída Tarditti, María

Esther Cafure de Battistelli, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Luis

Enrique Rubio, Armando Segundo (h) Andruet y Carlos Francisco García

Allocco, dijeron:

I. El recurrente, Dr. Gabriel Gramática, en su condición de defensor del imputado Mauricio Grazioli, también interpone recurso de inconstitucionalidad (art. 483 del CPP), en contra del decisorio de marras por cuanto el artículo 221 bis del Código Procesal Penal resulta violatorio del derecho de defensa toda vez que no permite indagar directamente a los testigos de cargo.

Señala que durante el transcurso del debate la defensa plantó la necesidad de citar a la menor víctima, M.C., de 15 años de edad, a los fines de que deponga

sobre los hechos vividos atento las enormes contradicciones que se vislumbraron durante la instrucción y confirmadas por un gran número de testigos.

Aclara que esta solicitud fue denegada sobre la base del art. 221 bis del CPP, respecto del cual se hizo reserva de inconstitucionalidad atento que violenta flagrantemente los derechos de su asistido.

Explica que, si bien la menor había sido entrevistada de acuerdo con el programa PAN (fs. 25/28) y si bien se le efectuó una pericia psicológica (fs. 452/463), la realidad es que existieron importantísimas contradicciones tanto en las conclusiones obtenidas mediante este procedimiento cuanto en lo relativo al informe psicológico efectuado.

En estas condiciones, advierte, dadas no sólo por las contradicciones de la menor sino también por las claras manifestaciones de la gran mayoría de los testigos respecto a la imposibilidad fáctica de que los hechos investigados hayan ocurrido, es que se tornó indispensable e insustituible a los fines de ejercer el derecho de defensa la deposición de la menor, con la posibilidad concreta de interrogación por parte de esta defensa.

Denuncia que la negativa a este pedido y la consecuente condena es una vulneración clara al debido proceso y derecho de defensa.

En concreto, sostiene, el fundamento del art. 221 bis del CPP es evitar la revictimización de la menor y encuentra sustento en la Convención sobre los derechos del niño, el cual colisiona con el derecho de defensa del imputado, de modo tal que se produce un conflicto entre derechos fundamentales, el que debió ser resuelto a favor de Grazioli.

Luego analiza que la condena se asentó sobre la única prueba de cargo que son los dichos de la niña, en tanto el informe médico resulta totalmente insuficiente, otro tanto dice de la pericia psicológica efectuada al imputado y los testimonios no solo representan indicios anfibológicos sino que prueba la imposibilidad fáctica de que el hecho que se investiga haya acontecido, desmintiendo la versión de la víctima.

Al respecto, menciona los parámetros del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante conflictos de derechos subjetivos fundamentales y en cuanto se refiere al derecho a interrogar a los testigos alude a un precedente de la Corte Suprema de Estados Unidos.

En base a las citas y lo expuesto, entiende que el conflicto debió resolverse a favor del imputado, ya que estaba justificada la citación de la víctima, descartando además el posible impacto revictimizante de su declaración durante el plenario.

Por ello, considera que la desigualdad tutelar de derechos fundamentales es verdaderamente agravante en tanto lesiona gravemente el derecho de defensa del imputado y formula expresa reserva del caso federal (fs. 1065/1068).

II. Del examen de las constancias de autos, tanto de la lectura de las actas de debate, como de los fundamentos de la sentencia –considerandos y parte resolutive-, no surge que la cuestión constitucional introducida por el defensor haya sido abordada por el Tribunal. En cuanto al modo de recepción de la declaración de los dichos de la menor, se acogió lo solicitado por el Sr. Fiscal de Cámara y se procedió conforme lo dispuesto por el art. 221 bis del C.P.P..

III. En el Dictamen *supra* citado (Primera cuestión, punto IV), el Sr. Fiscal Adjunto de la Provincia se pronuncia de manera contraria al recurso deducido, en base a los siguientes argumentos:

Advierte que las críticas ensayadas por el recurrente en este punto resultan infundadas, en virtud de que no se demostró, en lo más mínimo, que la recepción de la declaración de la víctima en “Cámara Gessell” haya vulnerado de manera alguna el derecho de defensa del imputado.

Afirma que, el único argumento que expone el recurrente en contra de la norma procesal que ataca, es la imposibilidad de interrogación a la víctima por parte de la defensa del acusado, tesis que se ve derribada por las constancias del

acta de debate, de la cual surge que la menor contestó las preguntas formuladas por las partes, a través de la psicóloga que intervino en el acto.

De modo tal que, a su entender, no se verifica la contradicción que alega el recurrente entre el interés superior del niño y los derechos constitucionales del imputado y agrega que la regla del art. 221 bis del CPP, procura beneficiar los intereses del damnificado menor de edad, evitando su revictimización, pero ello no le irrogó ningún perjuicio al derecho de defensa del imputado, desde que el acto se llevó a cabo en presencia de sus defensores quienes tuvieron la oportunidad de preguntar a través de la psicóloga.

Entonces, no advierte violación a ninguna garantía del imputado, como tampoco vislumbra que, de haberse recibido declaración a la menor en la Sala de Audiencia, el contenido de la misma hubiera sido distinto al arrojado por la “Cámara Gessell”.

De todo ello, surge una nítida ausencia de interés para la pretendida declaración de inconstitucionalidad en el caso concreto.

Por otra parte, argumenta, habiendo estado los defensores de Grazioli presentes al llevarse a cabo el acto, conforme lo dispuesto por el art. 221 bis del CPP, también podría esgrimirse en contra de la procedencia del planteo la denominada “teoría de los actos propios”, conforme a la cual nadie puede ponerse

en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz.

Por ello, considera que la tacha de inconstitucionalidad formulada en contra del art. 221 bis del CPP, no debe prosperar (fs. 1113/1114).

IV. Adelantamos nuestra opinión en cuanto a que el recurso de inconstitucionalidad es, en este punto, formalmente improcedente, por las razones que pasamos a desarrollar.

Debe recordarse que, en la órbita del artículo 483 del C.P.P., si el impugnante no introdujo la cuestión constitucional oportunamente para que sobre ella se pronunciara el tribunal que está entendiendo en la causa, el recurso será inadmisibile por inexistencia de este presupuesto (T.S.J., en pleno, "Díaz", S. n° 74, 20/04/2009; "Pompas", A. n° 121, 27/5/1997; "González", A. n° 144, 16/4/2001; entre muchos otros; cfr., CAFFERATA NORES, José I. - TARDITTI, Aída, "*Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado*", Ed. Mediterránea, Cba., 2003, T° II, ps. 491/2).

En el caso, dicho planteo tempestivo no sólo se encuentra ausente sino que, por el contrario, la aplicación de la norma en crisis fue expresamente asentida por la defensa.

En efecto, al ofrecer prueba el Dr. Gramática pidió una nueva deposición de la menor M.C., por considerar que "*existieron importantísimas contradicciones*" entre sus dichos primigenios y otros elementos de juicio. Específicamente invocó lo prescrito por el A.R. n° 751, serie "A" (28/02/2005) de este T.S.J. y el artículo 221 bis. En los renglones finales de su solicitud concluyó que "*considera indispensable la citación a los fines de declarar como testigo durante la audiencia de debate de la Srta. M.C., en su caso, con los recaudos que esta Excma. Cámara considere pertinentes de acuerdo al Protocolo de Recomendaciones del Servicio de Psicología Forense anexo al Acuerdo Reglamentario n° 751 Serie A del T.S.J., o bien, en su defecto, mediante el procedimiento de la Cámara Gessell*" (fs. 910 y vta.).

El planteo de inconstitucionalidad fue recién formulado en la audiencia de debate, cuando el Fiscal de Cámara se opuso a que la exposición de la niña fuera tomada "*en la sala de audiencia, conforme lo establece el art. 221 bis de la ley 9197*" (fs. 1004 vta.). La objeción defensiva, empero, ya era tardía y además desautorizaba su previa aceptación de las prescripciones de la norma procesal ahora atacada e incluso del Acuerdo Reglamentario de este Tribunal que regula el modo en que ha de procederse para la aplicación de dicha disposición.

El reclamo ulterior, entonces, es extemporáneo y además improcedente a la luz de la teoría de los actos propios, plasmada en la máxima *venire contra factum proprium non valet*, la que conforme a su recepción en la fórmula acuñada por el más Alto Tribunal, en prieta síntesis, conlleva que "***nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con una anterior, deliberada y jurídicamente eficaz***" (acerca de la recepción a partir de un antiguo precedente del 8 de abril de 1869 y su amplitud en la jurisprudencia de la Corte, Augusto Morello y Rubén S. Stiglitz, "La doctrina del acto propio", L.L., 1984-A, p. 871, 872), y ha sido adoptada en numerosos precedentes de este Tribunal (Sala Penal, "Angeloz", S n° 148, 29/12/1999; "Rébola", S n° 23, 29/03/2001; "Boudoux", S n° 2, 21/02/2002; "Quintana", S n° 27, 28/04/2003, "Zelaya Lori", S. n° 94, 24/5/2007; "Bossio", A. n° 37, 19/02/2010, -entre otros-).

Así votamos.

A LA TERCERA CUESTION:

Los señores Vocales doctores Domingo Juan Sesín, Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, Luis Enrique Rubio, Armando Segundo (h) Andruet y Carlos Francisco García Allocco, dijeron:

Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso deducido en cuanto fuera materia de la primera cuestión, y declararlo inadmisibles en relación a la segunda. Con costas (arts. 550 y 551, CPP).

Así votamos.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, en pleno,

RESUELVE: I) Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Gabriel Gramática, en su condición de defensor del imputado Mauricio Bernardo Grazioli, en lo atinente al artículo 119 del Código Penal.

II) Declarar formalmente inadmisibles dicha impugnación en lo referente al artículo 221 bis del Código Procesal Penal.

III) Con costas (CPP, arts. 550/551).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por el señor Presidente en la Sala de Audiencias, firman éste y los señores Vocales del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mi, el Secretario, de lo que doy fe.

Dr. Domingo Juan SESIN
Presidente del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María Esther CAFURE DE BATTISTELLI
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. Aída TARDITTI
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dr. Luis Enrique RUBIO
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María de las Mercedes BLANC G. DE ARABEL
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dr. Armando Segundo ANDRUET (h)
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dr. Carlos Francisco GARCIA ALLOCCO
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dr. Luis María SOSA LANZA CASTELLI
Secretario del Tribunal Superior de Justicia