

CONSTITUCION NACIONAL - CONSTITUCIONALIDAD -
DEFENSOR DE POBRES AUSENTES E INCAPACES - DELITOS
CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL - MENOR -
PROCEDIMIENTO PENAL - QUERELLANTE

Cámara 1ra de Apelaciones en lo Criminal de Neuquén

05/10/2010

“C.A.S.”

LLPatagonia 2011 (febrero)

AR/JUR/78154/2010

2ª Instancia.— Neuquén, octubre 5 de 2010.

El doctor Varessio dijo:

Considerando: I. Por resolución interlocutoria N° 591, del 27/7/2010, el Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional N° 4 de esta ciudad capital resolvió, en lo que aquí interesa: "... I. No hacer lugar al planteo de nulidades efectuado por el Dr. J. M. C., abogado Defensor de C.A.S. II. No hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad solicitada por el Dr. J. M. C. respecto del art. 96 ter del CPPyC incorporado por la ley 2605 ..." (fs. 19).

II. Contra dicha resolución interpone recurso de apelación el letrado de mención en favor del encartado (fs. 22/26). En acotado breviarío, bajo el acápite "Expresión de agravios" el recurrente considera desacertada la afirmación hecha por el a quo en la que alude a que el legislador, ante esta clase de delitos que provocan un mayor daño físico y psicológico a las víctimas y que lesionan además al conjunto de la sociedad, mereciendo un rechazo más enérgico, ha decidido adoptar medidas tendientes a garantizar los derechos de los niños y adolescentes. Ello así, por cuanto postula que — en todo caso—

es una temática de la ley sustantiva. Esto es, el mayor rechazo que un delito tenga se plasma en el Código Penal, siendo el principio de proporcionalidad entre delitos y penas de exclusiva órbita legisferante del Congreso de la Nación. Seguidamente, se agravia del rechazo de la inconstitucionalidad planteada en torno a la igualdad de armas en el proceso penal. Señala al respecto que la equiparación entre acusación y defensa debe existir en todo el proceso. "La contradicción no puede darse en otro marco que en el de equilibrio". En autos al constituirse como parte querellante el Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente se posibilita de tal modo que el mismo interés tenga más de una protección derivando en una ruptura del equilibrio de pesos entre las partes. Añade en cuanto al argumento que existe un solapamiento de legitimaciones para actuar en función de las previsiones de los arts. 70, segundo párrafo y 96 ter del CPPyC. "La identidad del sujeto de protección y la calidad que ambos asumen, también idéntica, importan que ese equilibrio que entre acusación y defensa debe existir se rompa, conculcándose así la garantía mencionada". Discrepa, además, con el argumento del Sr. Juez Instructor en lo atinente al interés institucional en comprobar la existencia del agravio y si existiese su reparación en esta clase de delitos. "... el derecho penal está lejos de perseguir la reparación del agravio por el ofensor ...". La obligación del Estado consiste en legislar para la prevención y la identificación, más no en la represión. Por lo tanto, expresa, que mal puede hablarse desde el ámbito constitucional que la regulación del acceso a la justicia de un niño o un adolescente se encuentre en la legislación penal y, por ende, el argumento sobre tal "interés institucional" en la comprobación de un agravio no se condice con la manda incorporada a la Constitución Nacional a partir de 1994. Introduce su segundo agravio en virtud de la denegación que dispone el magistrado de grado en cuanto a que no entiende violada la garantía de la igualdad ante la ley (art. 16 de

la C.N. y art. 14.1 del P.I.C.D.P.). Refiere en este punto que el rechazo más enérgico a un hecho en atención a su gravedad no puede plasmarse en una norma procesal. Ello es sólo resorte exclusivo de la legislación sustantiva. Indica que tanto de los escritos de la Fiscalía como de la resolución que impugna surge una plusvalía en el tratamiento para con el imputado que no puede concebirse. No puede merecer el victimario por la clase de hecho investigado un trato distinto del resto de los imputados — de cualquier otro evento criminoso—. Reconoce sólo alguna arista en los delitos considerados de lesa humanidad. Remite a jurisprudencia en abono de su tesis, provincial, nacional e internacional. En la incorrecta validación del requerimiento de elevación a juicio formulado por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente centra su tercer agravio. El mismo lo efectúa de manera subsidiaria. Con asiento en un precedente de este Tribunal, hace especial hincapié en la omisión de haber realizado una valoración circunstanciada de la prueba omitiéndose, al tiempo, la mención de toda la prueba de cargo. Sólo — arguye el apelante— se procede a una transcripción parcial de la denuncia, sin siquiera mencionar lo declarado por la niña en la Cámara Gesell como confirmatorio de aquella. En consecuencia, solicita la revocación del decisorio en crisis y la declaración de inconstitucionalidad del art. 96 ter del digesto procesal. Subsidiariamente, la revocación parcial del auto atacado disponiendo la nulidad del requerimiento de elevación a juicio obrante a fs. 162/163 del expediente principal. Hace expresa reserva de recurrir en casación y de interponer el recurso de inconstitucionalidad. Hace lo propio con el remedio federal. Posteriormente, en oportunidad de quedar radicados los actuados en esta Alzada, el apelante ratificó fundamentos en la audiencia celebrada en los términos del art. 413 del ritual.

III. El recurso de apelación interpuesto resulta admisible por haber sido presentado en tiempo y forma, por parte legitimada para hacerlo y ante una resolución susceptible de causar un

gravamen irreparable de conformidad con lo prescrito por los artículos 392, 408 y ccs. del CPPyC.

IV. Puesto a despacho para resolver el legajo de marras se plantean las siguientes cuestiones a dilucidar: 1. Corresponde dictar la inconstitucionalidad del dispositivo procesal invocado por la Defensa? 2. Se ha vulnerado el principio de igualdad ante la ley de raigambre constitucional en el presente proceso? 3. Es procedente la nulidad articulada contra el requerimiento de elevación a juicio formulado por la Defensoría de los Derechos del Niño? 4. Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V. 1. Ingresando al análisis del primer agravio introducido por el apelante, que alega la inconstitucionalidad del art. 96 ter del digesto provincial, anticipo que el mismo no ha de prosperar. El embate posee un punto medular que finca en la supuesta disparidad de armas con la que contarían las partes en el presente proceso. En efecto, el recurrente reclamó oportunamente el dictum del Tribunal a quo hacia esa declaración — y ahora lo reedita en esta Alzada— cuestionando la constitución como parte querellante del Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente en el hecho que se investiga, configurándose — a juicio del presentante— una desigualdad palmaria entre el número de acusadores y la defensa del imputado; no debemos olvidar que lo cuestionado es la actuación de una parte en el proceso y que tiene manifiestos intereses contrapuestos con los del apelante". Sabido es que actualmente, conforme las nuevas doctrinas, el sistema procesal penal moderno, tiene su base en tres pilares, cuales son la víctima, el imputado y el representante de la sociedad — el Ministerio Público Fiscal— , siendo los dos primeros los protagonistas principales del caso penal" (Julio B. J. Maier. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Editores del Puerto S.R.L. Bs. As. 2003. Pág. 636). El dispositivo incorporado por la Ley 2605 establece que "en todo proceso" en el cual se investigue la

presunta comisión de delitos contra la integridad sexual legislados por la ley sustantiva, en los que la víctima se trate de un "niño, niña o adolescente", en los términos de la ley 2302, desde el "primer momento" de la pesquisa y "durante todo el proceso" se dará intervención a la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente, quien actuará en representación de los intereses de aquellos, equiparándose sus facultades a las que el Código Procesal otorga al querellante particular. Todo, bajo pena de nulidad. En consecuencia, se logra garantizar la tutela judicial efectiva de los menores víctimas de delitos de índole sexual, en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 12) y las directrices introducidas en la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Es precisamente esta última norma nacional la cual, respetando su condición de sujetos de derecho, consagra la prerrogativa a ser oídos ante la autoridad competente cada vez que así lo soliciten, que su opinión sea tenida en cuenta en oportunidad de tomar una decisión que lo afecte, a ser patrocinado por un letrado preferentemente especializado en la materia "desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya", a participar activamente en el mismo y a recurrir ante el superior ante cualquier resolución que lo perjudique (arts. 3 y 27).

También considero que la regla en cuestión resulta concordante con la Constitución Provincial que respalda los Derechos de la Niñez y Adolescencia, instituyendo que "...El Estado legisla y promueve medidas de acción positiva tendientes al pleno goce de sus derechos, removiendo los obstáculos de cualquier orden que le limiten de hecho su efectiva y plena realización..". (art. 47 que tuviera su antecedente directo en la redacción del art. 4 de la Ley 2302) y reconoce expresamente la garantía de la "tutela judicial efectiva (...) en todo proceso administrativo o judicial"

(art. 58). Igual espíritu se respeta en la Ley 2302, de Protección Integral del Niño y el Adolescente, la que en el Título II, "Derechos Fundamentales", les garantiza el derecho a ser oídos.

Evidentemente el punto de partida es el "interés superior" del niño y adolescente consagrado en el art. 4 de la Ley 2302. Se entiende por tal "la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos". En torno a ello, la ley expresamente dispone que sea el Estado quien así la garantice en el ámbito de la familia y de la sociedad, erigiéndose su objetivo esencial en la prevención y detección precoz de situaciones de amenaza o violación de los principios, derechos y garantías palmariamente estipulados, removiendo a tal fin los obstáculos de cualquier índole que se presenten y que confinen su efectiva y plena realización. Dicha conceptualización se integra, a su vez, con lo dispuesto en el art. 5 del Decreto 317, de 1991, reglamentario de la Ley 2302 que refiere que el mismo "se erige como un principio rector vinculante en todo procedimiento donde pueda arribarse a una decisión que afecte el interés de un niño o adolescente. Este principio, implica la obligación de garantizar, en el caso concreto, el efectivo goce de los derechos de los niños y adolescentes y por lo tanto no puede generar restricción ni debilidad en sus derechos. La prioridad absoluta que el principio adquiere obliga a que, en cada situación particular se establezca el interés superior del niño o adolescente y que éste, sea determinante en las decisiones que se adopten".

Ahora bien, el derrotero que se propone la ley es dar protección a los casos en que los menores son víctimas de delitos como los aquí investigados, violaciones en las que la doctrina y jurisprudencia resultan contestes en reconocerlas como hechos que avasallan a los menores marcándolos en muchos casos para el resto de sus vidas.

Al respecto sostiene Calvi que "los sucesos sexuales precoces remiten a escenas primordiales de las que quedan rastros, inscripciones, cuando aún sin entenderlas el sujeto en constitución debió asistir a ellas como espectador o como actor forzado" (Calvi, Bettina. "Abuso Sexual en la Infancia", Ed. Lugar, Buenos Aires, 2006, p. 39).

En ocasión del pertinente debate parlamentario el legislador subrayó "Esta grave discordancia entre los derechos del niño, declamados con tanto entusiasmo por la ley y el literal abandono en los procesos penales de lo que los propios niños resultan víctimas, por parte del Estado, pretende ser subsanado mediante el proyecto que estamos tratando".

La justeza de la nueva norma finca en conferir a quien por ley debe velar por la protección integral de niños y adolescentes (Capítulo III. Art. 49, ptos. 1 a 12, de la Ley 2302) legitimándolos con iguales facultades a las del querellante por ser precisamente el que cuenta con conocimiento, formación y experiencia cotidiana derivada de su función y el respaldo de un equipo interdisciplinario al efecto, procurando el reconocimiento de sus pretensiones, acreditando la existencia del hecho y la responsabilidad criminal del imputado vinculado al mismo con lo cual podrá proponer pruebas, acusar e impugnar las resoluciones del juez o tribunal interviniente contrarias a aquellas.

Este rol debe desarrollarse de acuerdo a lo que la doctrina española denomina "interpretación desde la Constitución" ya que "...la perspectiva constitucional es la mejor que se adecua a la defensa de los derechos individuales, porque remite al techo último y supremo del ordenamiento jurídico..." (Bidart Campos, Germán, "La acusación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación", ED, 159-86).

En sintonía, la Constitución Provincial prevé igual manda en su art. 63, asegurando — como quedó dicho— la tutela judicial efectiva y el acceso irrestricto a la justicia (Título III, "Garantías", art. 58). De lo hasta aquí expuesto, queda claro que la intervención del Defensor de los derechos del niño y adolescente no supone una conculcación del equilibrio entre las partes que, se reconoce, debe primar durante todo el proceso. Esta igualdad de posiciones, entre la fiscalía, la defensa y demás partes intervinientes como el Defensor de los derechos del niño encuentran su equilibrio en las normas procesales vigentes, de modo tal que la tutela de la potestad punitiva esta en un plano de igualdad con los derechos individuales del imputado. Por tanto, no corresponde dictar la inconstitucionalidad del art. 96 ter del CPPC en el presente caso.2. En lo atinente al segundo agravio ventilado por el recurrente, debe recordarse que la igualdad plasmada en la Constitución Nacional consiste en aplicar la ley a todos los casos conforme a las mismas circunstancias. No se trata de la igualdad absoluta o rígida sino de la igualdad para todos los casos similares, no iguales, situación que no impide que el legislador pauté distinciones entre supuestos que entienda distintos siempre que sean razonables, es decir, no arbitrarias.

El principio y garantía de la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) exige que concurren razones objetivas de diferenciación que no merezcan la tacha de irrazonabilidad, situación fáctica que determina la existencia de alguna base válida para la clasificación, distinción o categoría adoptada y, en consecuencia catalogar a las propiedades o personas en diferentes grupos siendo válidos aquellos que imponen su adopción y arbitrarios los que tengan sustento en distinciones injustas, las que no se avizoran en autos.

De la lectura atenta y exhaustiva de la causa no emerge ninguna pieza o acto procesal en el cual se haya cristalizado un

trato desigual hacia el prevenido. Que el Sr. Juez Instructor en su decisorio haya manifestado las razones que a su juicio dieron también cuerpo al dispositivo incorporado mediante la sanción de la Ley 2605, destacando que en este tipo de delitos existe un mayor interés de la comunidad o la sociedad (o bien, el Estado) en el esclarecimiento del hecho ilícito que se investiga no da razón al quejoso para invocar un desigual trato durante la sustanciación del proceso, cuando ello no encuentra respaldo en lo obrado tornándose ilusorio dicho argumento.

De ello se sigue que el segundo agravio tampoco puede prosperar.

3. Finalmente, en cuanto a los agravios referidos al rechazo de la nulidad pretendida (del requerimiento de elevación a juicio efectuado por la Sra. Defensora de los Derechos del Niño) y deducida en forma subsidiaria, correrá igual suerte que los cuestionamientos a los que antes he dado respuesta. El apelante finca su argumento en que no se ha llevado a cabo una "valoración circunstanciada" de la prueba. Del escrito de fs. 162/163 surge, si bien de manera escueta aunque suficiente, que se han observado — tal como lo destaca el a quo— los presupuestos enumerados por el art. 312 del código de rito. En tal sentido, reparo que bajo el punto VII, la funcionaria alude a las razones por las que entiende que la conducta atribuida al incuso resulta típica y que de los elementos de prueba incorporados en el legajo surge "prima facie" tanto la materialidad como la responsabilidad criminal del mismo. En definitiva, la pieza que se pretende impugnar cuenta con la debida valoración provisional de la prueba colectada, la que — insisto— podrá ser tachada de sucinta pero es suficiente.

4. En función de los argumentos precedentemente esbozados, soy de opinión y así lo propicio al acuerdo, que corresponde

confirmar en un todo la resolución del Sr. Juez de Instrucción glosada a fs. 17/19 del presente.

Es mi voto.

El doctor Trincheri dijo:

Voy a disentir respetuosamente con el colega preopinante. En efecto, considero asiste razón al apelante tanto en el planteo principal como en el subsidiario. En relación a la primera de las cuestiones, cabe realizar una aclaración simple pero necesaria a la luz de las confusiones que se observan en algunas posturas fijadas en autos, a pesar de lo diáfano del planteo del defensor: en esta ocasión no se trata de abordar la cuestión del reclamado derecho a la "acusación penal única", es decir el problema que se presenta cuando el imputado, ya perseguido por el estado (fiscal judicial) debe enfrentar también a la víctima (constituida en querellante). Es comprensivo de una dificultad relacionada pero que no tiene que ver con lo recurrido en estos actuados. Quede claro entonces, lo que debe dilucidarse aquí es si el estado puede dividirse y perseguir penalmente al imputado mediante dos actores distintos: el fiscal judicial y la defensoría de los derechos del niño y el adolescente. La disposición contenida en el art. 96 ter del CPPC (incorporado por Ley provincial 2605) conculca el principio de igualdad de armas procesal (derivación del principio de igualdad constitucional, art. 16 CN) y el principio de Razonabilidad (art. 28 CN). El principio de igualdad de armas, o su verdadera existencia, supone el mayor equilibrio entre las partes para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto en todo el proceso. A consecuencia de ello, por ejemplo, el imputado debe contar efectivamente con facultades de repeler desde el inicio la imputación para, de esa manera, evitar llegar a la etapa decisiva del juicio en desventaja. Ahora bien, esta "igualdad de armas" (repito, derivada del principio constitucional del art. 16 CN)

debe ser adaptada a los lineamientos generales de nuestro juicio penal (constitucionalizado, por la CN misma y por los pactos internacionales equiparados, art. 75.22 CN), el cual reconoce que uno de los sujetos procesales (el imputado) tiene más derechos y facultades procesales que el resto (por ejemplo el "in dubio pro reo"). Queda claro que si al estado, que cuenta de su lado el ejercicio de la violencia punitiva estatal, se le concede un doble brazo en la persecución penal, la igualdad "de armas" a la que nos venimos refiriendo queda insanablemente menguada. Sin considerar la aplicación del art. 96 ter CPPC, en la realidad, se observa como el ciudadano imputado se encuentra en un nivel de inferioridad respecto a su capacidad de medios para afrontar su defensa (ver Jauchen "Derechos del imputado", Rubinzal Culzoni, edición 2007, p. 487). De soportarse otro perseguidor tal inferioridad se potencia. Ni las razones que ha dado el a quo ni las que dio el legislador al sancionar la norma en cuestión, esto último al cabo de analizar los argumentos del miembro informante en la sesión respectiva, justifican la inclusión de otro acusador estatal en el proceso. Tratándose de acciones penales públicas, y conforme el art. 120 de la CN, el estado es el Fiscal (judicial). El legislador provincial ha modificado esto último y, la forma utilizada, ha violentado los principios constitucionales mencionados. Si prescindiéramos de la igualdad de armas y nos detuviéramos en la igualdad constitucional, la conclusión es idéntica. También se la ha vulnerado. Tanto desde el punto de vista de la víctima como del imputado. La norma en cuestión señala que en todos los delitos del título III del Código Penal el estado tendrá la doble representación mencionada. Ejemplifiquemos. En el caso A un niño involuntariamente ha observado una exhibición obscena de un mayor (art. 129 CP). En el caso B otro niño es golpeado salvajemente en un intento de robo y a consecuencia de ello sufre una lesión gravísima. El distinto disvalor de las acciones imaginadas, trasladado a la diferente previsión punitiva para

ellas, no encuentra correspondencia en el contenido del art. 96 ter CPPC. Los intereses de la víctima damnificada con el accionar delictual más grave solamente serían defendidos por el fiscal mientras que el niño sujeto pasivo del delito más leve es asistido en el plano procesal penal doblemente por el estado. Lo propio acontece con ambos imputados: quien cometió el delito más grave será perseguido solamente por el fiscal en tanto que el restante lo será por la fiscalía y la defensoría de los derechos del niño. No es, lo analizado, una cuestión de "iguales en iguales condiciones o circunstancias" (como se menciona a fs. 18 último párrafo) sino que, justamente, se trata de establecer si es razonable o arbitrario el remedio dado por el parlamento cuando fijó procesalmente tal desigualdad (doble persecución o doble asistencia estatal, según sea imputado o víctima) para las partes en iguales condiciones o circunstancias (ser perseguido o perseguidor de un delito). En otra parte del auto apelado (fs. 18 vta.) el instructor asevera que se pretende brindar a las víctimas (de este tipo de delitos) la mejor protección posible y una amplia legitimación para impulsar, intervenir, acusar y participar con eficacia como protagonista activo en el proceso penal que la atañe más allá de que su representante legal opte por presentarse en carácter de querellante particular. Sin embargo, en mi opinión, toda esta "súper protección" ya está asegurada por el estado: es la labor que le compete pura y exclusivamente al fiscal en el proceso penal, de principio a fin. Esto debe ser utilizado como respuesta al legislador informante que sostiene que, por un lado, se declama con entusiasmo sobre los derechos del niño y por el otro se observa un literal abandono en los procesos penales de lo que los propios niños resultan víctimas, por parte del estado. De comprobarse ello se deberían activar los mecanismos correspondientes (que existen) contra el responsable estatal que no defiende debidamente tales intereses en el proceso penal. Ese funcionario no es otro que el agente fiscal: si no cumple con la carga impuesta deberá analizarse su

accionar y actuarse en consecuencia pero, a no dudarlo, lo que no puede (ni debe) hacerse es recurrir a la creación de una figura anómala (nadie puede negar que es impropio que una defensoría del niño y el adolescente asuma facultades de querellante en un proceso penal), paternalista en relación al fiscal (pues de antemano se supone que no va a cumplir acabadamente su rol de abogado del niño/ña víctima atacada sexualmente) y reñida con principios constitucionales. Sostiene Fleming que se afecta la igualdad de partes y de armas cuando el mismo sujeto procesal — el estado— clona su interés y representación, multiplicando a voluntad los órganos de la persecución ("Garantías del imputado", Rubinzal Culzoni, edición 2008, p. 584). Dije en un precedente relacionado que "...la víctima ha sido históricamente excluida del proceso penal... y modernamente ello se está revirtiendo. Ahora bien, de seguirse la pretensión del apelante, en lugar de transitar paulatinamente hacia un escenario en que solamente las partes...incidan en la decisión a adoptar por el Juzgador, se estaría retrocediendo al darle doble representación al estado, esto es, al Ministerio Público y al Jefe de Policía. Un contrasentido..." (Expte. Nro. 1469/10). La norma que analizamos ni siquiera respeta la voluntad de la víctima en ese sentido, porque no contempla que siempre que el niño/ña víctima (sus representantes) lo desee el estado le proveerá una asistencia legal gratuita para perseguir penalmente al imputado (querellante en los términos del art. 70 CPPC). Por el contrario, expresamente establece que el organismo precitado intervendrá siempre, más allá que el representante legal opte por presentarse como querellante particular (art. 96 ter CPPC). También hay paternalismo legislativo en relación a la víctima, a quien no se le respeta su voluntad de ejercer la facultad establecida en el art. 70 CPPC. La Ley 2605 reviste de legitimidad formal toda vez que ha emanado del órgano competente para dictarla pero, aún así, es inconstitucional

porque el contenido de la norma que ha reglamentado la garantía de igualdad e igualdad de armas, tratada más arriba (art. 16 CN), carece de razonabilidad, es decir, ha afectado en el caso el debido proceso sustantivo o material (art. 28 CN). Como señala María Angélica Gelli, el referido art. 28 CN con ser tan breve en su redacción, es en sí mismo una suma de garantías de limitación al poder". ...De las declaraciones emergen la forma de gobierno; la libertad; la igualdad; la fronteras de las atribuciones impositivas; el principio de legalidad y el de privacidad..." ("Constitución de la Nación Argentina", La Ley, edic. 2008, T. I, p. 422). Para agregar más abajo "...Todos los poderes del estado y sus funcionarios — no solamente el Congreso Federal— están ligados, obligados por el principio de limitación. Así, el Poder Legislativo cuando dicta normas generales; el Poder Ejecutivo cuando las reglamenta y aplica en la interpretación no arbitraria de aquellas; y el Poder Judicial...todos ellos se encuentran compelidos a no alterar las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución..." (obra citada, p. 422).

En relación al planteo subsidiario, la nulidad de la pieza de fs. 162/163 surge patente y corresponde sea declarada aún de oficio (art. 312 penúltimo párrafo y 151 segundo párrafo CPPC). De la simple lectura surge que la "exposición sucinta de los motivos en que se funda" (art. 312 penúltimo párrafo in fine del CPPC) no se ha cumplido en la ocasión, ni aún en forma defectuosa y, tampoco, podemos considerar cumplido el ineludible requisito echando mano al punto VII "Valoración provisional de la prueba" (fs. 163) pues de allí solo surge una afirmación dogmática sin ningún respaldo valorativo. Nótese que el pretense acusador ni siquiera describió la prueba de cargo, solamente se limitó a realizar una simple numeración y, en lo que se denomina "materialidad-responsabilidad criminal" (fs. 163) se esboza una síntesis del contenido de la denuncia. Es por todos sabido que la etapa procesal por la que transita el

caso (intermedia) representa el análisis de si, de acuerdo con las constancias acumuladas, existe mérito y necesidad de proceder a la apertura del juicio; ello, tanto en razón de la seriedad de la imputación como desde el punto de vista de la procedencia formal. Entonces, para resolver tan importante cuestión, el magistrado debe contar (desde una de las partes) con una requisitoria de elevación a juicio que como mínimo exprese los motivos por la que pretende que el expediente cambie de instancia. Por todo lo expuesto considero que debe hacerse lugar al planteo del apelante en toda su extensión. Es mi voto.

El doctor Rimaro dijo:

Compartir el tratamiento otorgado por el Sr. vocal votante en segundo término a los planteos formulados por la defensa apelante, haciendo remisión al mismo *brevitatis causae*.

Sin perjuicio de ello, entiendo, respetuosamente, que se impone efectuar dos breves aclaraciones y remarcar algunos aspectos.

La primera aclaración reside en la cita de la causa n° 1469 del registro de esta Cámara. En ocasión de intervenir, sostuve posición minoritaria, toda vez que interpreté que era factible la actuación de la Fiscalía de Estado en carácter de querellante en virtud que el objeto investigativo versaba sobre comportamientos presuntamente lesivos del bien jurídico Administración Pública; circunstancia ésta no presente en autos toda vez que aquí la ofensa es hacia la integridad sexual de un menor de edad.

Por otra parte, no está demás aclarar que no está en tela de juicio la gravedad de esa ofensa ni las lamentables secuelas que las mismas pueden dejar en la persona en crecimiento que las padece. Se trata de encontrar la adecuada respuesta, jurídica, a la intervención obligatoria en el proceso penal de otra dependencia del Estado. En relación a la cuestión vinculada con

la declaración de inconstitucionalidad impetrada sobre el fundamento de violación del principio de igualdad de armas al permitirse la multirrepresentación de un mismo interés, expreso que dable resulta poner de relieve que la postura asumida lejos está en desconocer toda aquella normativa (supranacional o derecho interno — nacional o local—) que prescribe la obligación de adopción de medidas en protección de los intereses de niños, niñas y/o adolescentes. En el caso de marras, concretamente, lo que constituye el núcleo de la decisión es definir si previo a la sanción de la ley n° 2605 la garantía de acceso a la tutela judicial efectiva por parte de los menores que se presumen víctimas de los delitos comprendidos en el Título III del Libro Segundo del CP era operativa o se necesitaba del ingreso obligatorio en el expediente de las Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente para lograr ese efecto.

Surge evidente, que el Estado cumplía con la citada garantía sin necesidad de la introducción de una intervención pública por otra vertiente, pues posibilitaba (y sigue haciéndolo en la actualidad) que esos menores — a través de sus representantes legales— puedan intervenir en el proceso en defensa de sus derechos con todas las facultades que el ordenamiento jurídico vigente reconoce en el art. 70 del CPPyC (impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir las resoluciones judiciales que se interprete afecten sus intereses).

No escapa que puedan registrarse situaciones en que no resulta factible que los representantes legales puedan intervenir en el proceso para desarrollar las amplias facultades aludidas. Así como ello no pasó desapercibido por el legislador nacional cuando a través del dictado de la ley n° 25.087 otorgó facultad para actuar de oficio al Fiscal cuando así resultare "más conveniente para el interés superior" del menor (último párrafo

del art. 72 del CP), no veo razón suficiente para apartarse de ese lineamiento incorporado en un digesto de aplicación en toda la geografía del país y negar, en el ámbito local, capacidad al Ministerio Público Fiscal para tutelar debidamente tan alto interés.

Por otra parte, dicho Ministerio no se encuentra en inferioridad de condiciones en relación a la Defensoría de los Derechos del niño, niña y adolescente para cumplir acabadamente con su rol. Puede requerir todo el auxilio que precise al citado Gabinete Interdisciplinario en que se apoya, habitualmente, la labor de la Defensoría aludida. Dependencia ésta que, sin perjuicio de la dedicación de su planta de personal, no tiene como eje central de su amplio espectro de competencia — a diferencia del Ministerio Público Fiscal— la intervención en procesos penales.

Desde otro ángulo, huelga decir que esa facultad de intervenir como querellante de los representantes legales del menor de edad en tutela de sus derechos (sobre la que se le debe informar desde el primer momento, conforme art. 96 bis d- del CPPyC) podrá ser ejercida en plenitud a través del o los letrados de la matrícula de libre elección o, en su defecto, por medio del asesoramiento técnico profesional que el Estado tiene obligación de proveer.

Reitero, entonces, no existe a mi criterio falta de respeto a la voluntad de la víctima a constituirse en querellante por el carril razonable que proporciona el art. 70 del CPPyC. Se registra sí una sobreprotección inaceptable desde la óptica constitucional a la tutela del interés superior del niño, niña o adolescente en caso de resultar víctimas de los delitos referidos — o de cualquier otro—, pues ella está garantizada con los mecanismos que el Estado posee, sin necesidad de introducción compulsiva en el proceso penal de un nuevo acusador público que provoca el desbalance o rotura del delicado equilibrio que

debe procurar lograrse entre la tensión evidente de intereses contrapuestos, sustentados ambos en caros postulados de rango constitucional.

Por las razones expuestas, coincido con el criterio que deben tener favorable recepción los planteos del letrado recurrente. Es mi voto.

Por todo lo expuesto, esta Cámara de Apelaciones en lo Criminal, resuelve: I. Hacer lugar al recurso de Apelación interpuesto por el Dr. J. M. C., en su carácter de Defensor de confianza del imputado C.A.S., en contra de la Resolución Interlocutoria N° 591, del 27 de julio de dos mil diez, obrante en autos a fs. 17/19, dictada por el Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional N° 4 con asiento de funciones en la I Circunscripción Judicial, de la Provincia y, declarar la inconstitucionalidad del art. 96 ter, del Código Procesal Penal y Correccional de la Provincia de Neuquén (cfr. arts. 16, 18, 28 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). II. Tener presente las reservas de recurrir en Casación e Inconstitucionalidad efectuada por el apelante. III. Regístrese, notifíquese y, cumplido que sea, vuelvan las presentes actuaciones al Juzgado de origen.— DanielG.Varessio.— WalterR.Trincheri.— HéctorG.Rimaro.