

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional
CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 12490/2015 "B., J. M. s/ prescripción" (MB/50)

///nos Aires, 12 de agosto de 2016.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Se resolvió en la anterior instancia declarar extinguida por prescripción la acción penal y disponer el sobreseimiento de J. M. B. (auto de fs. 286/289), pronunciamiento contra el cual la querella interpuso recurso de apelación (fs. 290/297).

A la audiencia prevista en el artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación concurrió el recurrente a desarrollar sus agravios y el defensor a efectuar las réplicas que estimó pertinentes.

Finalizada la deliberación, nos encontramos en condiciones de resolver.

II. La jueza Mirta López González dijo:

Comparto el temperamento adoptado en la especie, por lo que entiendo que corresponde convalidarlo.

Cabe mencionar que, para sustentar su agravio, la acusadora particular bregó por la aplicación al caso del art. 67, cuarto párrafo, texto según la Ley 27.206, del compendio sustantivo.

Sin embargo, la norma a aplicarse es la que regía al tiempo del juzgamiento, más favorable en sus efectos para el imputado, en la medida en que el principio de la ley penal más benigna se encuentra incluido en convenciones internacionales que revisten jerarquía constitucional a través del art. 75, inc. 22, de la C.N. (art. 9 de la Convención Americana sobre DD.HH. y art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En esta inteligencia, existe un impedimento para aplicar al *sub examine* la regulación pretendida, toda vez que al momento de los hechos (ocurridos entre 1981 y 1992) dicha norma no se encontraba vigente y su aplicación colocaría al imputado en una situación más gravosa.

Cabe asimismo señalar, atento a los cuestionamientos traídos a estudio de esta instancia, que las conductas aquí ventiladas no constituyen un delito de lesa humanidad ni una violación a los derechos humanos con los alcances que señala la parte en su escrito de apelación. Más allá de su gravedad, los episodios reprochados a B. remiten a situaciones acaecidas en un ámbito privado.

En función de ello, dado que transcurrieron los doce años a los que alude el art. 62, inc. 2º, del C.P.N. desde que el delito dejó de cometerse, sin interrupción o suspensión alguna que pueda computarse hasta entonces, la acción penal se encuentra prescripta.

Así entonces, voto por confirmar el pronunciamiento traído a estudio.

El juez Ricardo Matías Pinto dijo:

I. Del dictamen del Sr. Fiscal de fs. 281/283 surge que se investiga en la presente lo denunciado por L. P. B., la cual relató que desde que tenía 9 años de edad y hasta sus 19 ó 20 años, su padre J. M. B. la sometió en reiteradas oportunidades, tocándola como mujer e introduciéndole sus dedos en la vagina y ano, siempre haciéndolo en el interior de diferentes domicilios donde han vivido, en el barrio de B., de esta ciudad.

La nombrada sostuvo que no podía precisar exactamente las circunstancias de tiempo, sólo referir aproximadamente la edad con la que contaba en cada uno de ellos. De esta forma, la víctima puntualizó los episodios que se detallan: 1) que cuando ella tenía 9 años, es decir, en 1981, en oportunidad en que vivían en la calle del Barrio *“mi padre en muchas oportunidades, diciéndome que era un secreto entre nosotros, y que me amaba, me tocaba. Un episodio que recuerdo puntualmente fue cuando estábamos en mi habitación que compartía junto a mi hermana... me viene la imagen que mi papá estaba sentado sobre mi cama, y metió la mano por debajo de las sábanas, y me tocó el clítoris, y me metió los dedos en la vagina ...”*. 2) Recordó también que en el año 1984, en una casa vieja donde vivían en la calle, cuando tenía sólo 12 años de edad *“...me despertó a la madrugada, me sacó de la cama, y me llevó a mi cuarto, hacia la cocina ... y con la luz prendida me acostó sobre la mesa y me comenzó a tocar la vagina, diciéndome que me amaba, para luego hacerme sexo oral, e incluso me ha metido dedos en el ano, a veces empezaba a tocarme con la ropa interior puesta y después me la sacaba, pero nunca me penetró...”*.

Asimismo, mencionó que una prima de ella, le había comentado una situación extraña, que ella dijo no recordar, ocurrida entre los años 1991 y 1992, cuando tenía entre 19 y 20 años, sin precisar el lugar del suceso. Indicó 3)

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional
CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 12490/2015 “B., J. M. s/ prescripción” (MB/50)

“...mi prima ... había visto situaciones que le llamaban la atención, ella había visto que alrededor de mis 19 ó 20 años ...como que una vez me vio salir del baño, sólo con el toallón puesto, y vio que no salía sola, que detrás de mí salía mi padre ...”.

II. Se resolvió en la anterior instancia declarar extinguida por prescripción la acción penal y disponer el sobreseimiento de J. M. B. (auto de fs. 286/289), pronunciamiento contra el cual la querrela interpuso recurso de apelación (fs. 290/297).

III. Los apoderados de la querellante L. P. B. sostuvieron que la acción penal no estaba prescripta pues debía aplicarse la ley actualmente vigente, que en el caso se trata del artículo 63 del Código Penal, reformado por la Ley 26.705. Además, pretende que se aplique la ley 27.206 que derogó los párrafos segundo y tercero del citado artículo y modificó las condiciones de suspensión de los plazos de prescripción en los supuestos de delitos de abuso sexual, priorizándose el carácter de los niños que han sido víctimas de estos hechos.

Destacan los impugnantes que el artículo 67 prescribe en lo pertinente que “*En los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 -in fine-, 130 -párrafos segundo y tercero-, 145 bis y 145 ter del Código Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad...*”.

Por lo cual, postula la parte que desde el mes de noviembre existe en nuestro sistema legal la posibilidad de que la acción penal por los delitos de abuso sexual cometidos durante la minoría de edad de quede vigente hasta que la damnificada formule por sí la denuncia. Las particulares circunstancias denunciadas interpretadas a la luz de la reforma legislativa a partir de la ley 27.206, admiten que se investigaran los hechos que damnifican a la querellante, la cual tiene derecho a la tutela judicial efectiva contemplada en los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino.

Invocaron la ley 23.849 que aprobó la Convención de los Derechos del Niño (B.O. 22 de octubre de 1990) y que cuenta con rango constitucional mediante su incorporación al artículo 75 inciso 22 de la Constitución

Nacional, norma vigente con antelación al último hecho denunciado ocurrido en el año 1992.

En la misma línea, hizo alusión al criterio sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “B. A. v. A.”. En lo pertinente, el Tribunal citado entendió que “...*el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole. Como ya ha señalado este Tribunal, en caso de vulneración grave a derechos fundamentales la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfagan las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. La obligación de investigar constituye un medio para alcanzar esos fines, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado*” (párrafo 90).

En la misma tesitura el Tribunal internacional indicó que “...*la falta de respuesta judicial afectó la integridad personal del señor B. A., lo que hace responsable al Estado por la violación del derecho contemplado en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la víctima*” (párrafo 95).

La querrela manifiesta que el Estado Argentino podría incurrir en responsabilidad internacional al invocar un instituto del derecho interno -como es la prescripción de la acción penal-, a los efectos de no investigar los graves sucesos denunciados e impedir de este modo que la víctima acceda a la justicia.

Por lo expuesto, concluyó en que debía admitirse la aplicación retroactiva del artículo 67 del Código Penal, pese a que los hechos habrían ocurrido entre los años 1989 y 1992.

Por último, también citó la Convención de Belem Do Pará (ley 24.632) y la ley de Protección Integral a las Mujeres (nro. 26.485) que, a su juicio, deben aplicarse a los supuestos denunciados.

III. En primer lugar, cabe señalar que L. P. B. tenía 9 años cuando habrían comenzado a sucederse los presuntos abusos, los cuales se prolongaron hasta sus 19 años de edad (desde el año 1981 y 1992). Alcanzó la

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional
CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 12490/2015 “B., J. M. s/ prescripción” (MB/50)

mayoría de edad el 14 de enero de 1990 (ver fs. 29). La denuncia la efectuó el 4 de marzo del año 2015.

Los hechos denunciados por la querellante B. cesaron en el año 1992, y el Fiscal adoptó la calificación más gravosa aplicable, corrupción de menores (ver fs. 282).

Ahora bien, a los efectos de evaluar la prescripción de la acción debe considerarse la cuestión a la luz del artículo 62 inciso 2° del Código Penal en tanto establece que *“La acción penal se prescribirá (...) Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años...”*.

Planteada así la cuestión se advierte que la denuncia fue formulada por la querellante el 4 de marzo de 2015 cuando tenía 43 años, habiendo transcurrido el máximo legal para interrumpir el curso de la prescripción.

Para evaluar el asunto la acusadora privada postula como ley aplicable la reciente 26.705 que modificó el artículo 63 del Código Penal al incorporar como segundo párrafo el siguiente texto *“...en los delitos previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 128, 129 -in fine-, y 130 -párrafos segundo y tercero- del Código Penal, cuando la víctima fuere menor de edad la prescripción de la acción comenzará a correr desde la medianoche del día en que éste haya alcanzado la mayoría de edad”*. Posteriormente, la ley 27.206 promulgada el 9 de noviembre de 2015, derogó expresamente los párrafos segundo y tercero del citado artículo 63 y de este modo modificó las condiciones de suspensión de los plazos para contar el término de la prescripción de la acción penal.

Por lo cual, en su actual redacción, el artículo 67 del Código Penal establece que *“...en los delitos previstos en los artículos 119, 120, 125, 125 bis, 128, 129 -in fine-, 130 -párrafos segundo y tercero-, 145 bis y 145 ter del Código Penal, se suspende la prescripción mientras la víctima sea menor de edad y hasta que habiendo cumplido la mayoría de edad formule por sí la denuncia o ratifique la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad”*.

Sin embargo, aun de evaluarse la cuestión en este plano constitucional, como lo plantea la recurrente, existe en el caso una tensión entre las normas Convencionales que postula la querrela como ser el artículo 25 de la C.A.D.H. referido a la protección judicial y al compromiso del Estado Argentino a proporcionarla, por una parte, y por la otra, los artículos 9 de la C.A.D.H. y el 15 del P.I.D.C.P., que regulan el principio de legalidad, y la prohibición de aplicar una ley penal retroactivamente, en perjuicio del imputado.

En este sentido, debe prevalecer el principio de legalidad (art. 18 de la C.N.), y su derivación constituida por el de la prohibición de la aplicación retroactiva de una ley de mayor rigurosidad.

Al respecto, se ha sostenido que *“Derivada de la legalidad penal, esta garantía se encuentra en el artículo 18 CN al decir que nadie puede ser penado “sin ley anterior al hecho del proceso”. Se consagra así el famoso aforismo del nullum crime nulla poean sine lege proevia de claro cuño iluminista del siglo XVIII, que tanta gravitación tuvo en el nacimiento del constitucionalismo para fijar un valladar al poder coactivo de Estado. Esta prohibición de leyes penales ex post facto supone dos pares de requisitos: uno adjetivo (ley formal y previa), otro sustantivo (precisar la figura delictiva y la pena correspondiente), no siendo válidas las leyes que estableciendo lo prohibido omiten establecer la pena (delegando su fijación al arbitrio judicial), ni la leyes que disponiendo la pena no incriminaran el delito (Nuñez). Los instrumentos internacionales también se refieren a esta garantía. Con más precisión que el artículo 18 CN, el artículo 11.2 DUDH y el artículo 15.1, parte 1º PIDCP dicen que “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional...” (ver Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, Derecho Constitucional Argentino, Rubinzal Cluzoni Editores, Buenos Aires, Tomo I, págs. 392/393).*

En este aspecto aún cuando el Estado debe garantizar la tutela judicial efectiva art. 25 del C.A.D.H., ésta encuentra su límite en las garantías judiciales, y que las mismas convenciones de derechos humanos, limitan el poder estatal garantizando la defensa de los individuos ante el Estado.

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional
CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 12490/2015 “B., J. M. s/ prescripción” (MB/50)

En dicha inteligencia, cabe resaltar que *“En la doctrina liberal estado de derecho no sólo significa subordinación de los poderes públicos de cualquier grado a las leyes generales del país que es un límite puramente formal, sino también subordinación de las leyes al límite material del reconocimiento de algunos derechos fundamentales considerados constitucionalmente, y por tanto en principio “inviolables””* (ver Norberto Bobbio, *“Liberalismo y democracia”*, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1989, pág. 19).

De igual modo, se ha destacado que *“Los mecanismos constitucionales que caracterizan al estado de derecho tienen el propósito de defender al individuo de los abusos de poder. Dicho de otro modo: son garantías de libertad, de la llamada libertad negativa, entendida como la esfera de acción en la que el individuo no está constreñido por quien detenta el poder coactivo a hacer lo que no quiere y a la vez no es obstaculizado para hacer lo que quiere”* (ob. cit. pág. 21).

La excepción a esta interpretación se presenta en aquellas situaciones que pueden ser catalogadas como delitos de lesa humanidad en los términos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Así, en el precedente “A. C.” nuestro Máximo Tribunal estableció que el instituto de la prescripción importa que el hecho sometido a la jurisdicción pierda vigencia por el transcurso del tiempo. Sin embargo, determinó como un estándar que la excepción a esta regla se encuentra configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad. Señaló en esa oportunidad que si bien la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de la Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad no estaba vigente al momento de los hechos, cabe su aplicación retroactiva en función del derecho internacional público de origen consuetudinario, razón por la que no se estaría forzando el presupuesto de la prohibición de la retroactividad de la ley penal (ver Fallos: 327:3312 y de la Secretaría de Jurisprudencia de la C.S.J.N., “Delitos de Lesa Humanidad”, Julio 2009, pág. 113). En idéntico sentido en los precedentes “Simón” (Fallos: 328:2056) y “Derecho” (Fallos: 330:3248) (ob. cit., págs. 161 y 195).

En estos casos, dado el rol de los imputados como agentes estatales se ha sostenido que “...existía, a la fecha de comisión de los actos precisados por el tribunal oral, un orden normativo –formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional– que consideraba inadmisibles la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes” (ver “A. C.”, ya citado, considerando 52° del voto del Juez Maqueda).

Por todo lo expuesto, puede concluirse en que la ley aplicable al caso resulta ser la vigente al momento de comisión de los hechos (art. 2° y 67 del C.P.).

Así las cosas, desde la fecha en que el delito dejó de cometerse (años 1981/1992) hasta su denuncia transcurrieron 23 años, plazo que supera ampliamente el tope de doce años descripto en la norma para que opere la prescripción de la acción, situación que permite desvirtuar los agravios del recurrente.

En este sentido, es posible concluir que, para el caso, no corresponde la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal, por lo que su aplicación, en contra de los derechos que goza el imputado y tal como pretende la querrela, constituye una violación a los derechos que han adquirido jerarquía constitucional mediante la incorporación de los tratados con jerarquía constitucional.

Ciertamente, las leyes 26.705 y 27.206 no resultan más benignas para el imputado, sino que se trata de una ley cuya aplicación, con toda claridad empeora considerablemente su situación sin que existan motivos atendibles que así lo impongan (artículo 75 inc. 22° C.N., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 15, apartado 1 y artículo 9 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en similar sentido, ver el voto en disidencia del juez Gemignani en la causa N° 191/2012/CFC1 de la Sala IV de la CFCP, “A., J.”, rta. 22 de marzo de 2016).

Poder Judicial de la Nación

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional
CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 5
CCC 12490/2015 “B., J. M. s/ prescripción” (MB/50)

Por último, corresponde señalar que el cómputo desde 1992 de ese término de doce años culminó en el año 2004, es decir, mucho antes de la entrada en vigencia de las leyes 26.705 y 27.206, que introdujeron reformas al artículo 63 y 67 del Código Penal, sin que en sus textos exista previsión alguna que contemple su aplicación retroactiva.

Por lo cual, adhiero en lo sustancial a la propuesta de mi colega preopinante y voto por confirmar el auto cuestionado.

En virtud del acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE**:

CONFIRMAR el auto de fs. 286/289 en cuanto fuera materia de recurso.

Se deja constancia de que el juez Mauro A. Divito, subrogante de la vocalía N° 10 conforme decisión de la Presidencia de esta Cámara de fecha 27 de junio de 2016, no suscribe la presente por no haber presenciado la audiencia en razón de encontrarse prestando funciones en otra Sala de esta Cámara.

Notifíquese mediante cédula electrónica y devuélvase al juzgado de origen. Sirva lo proveído de atenta nota de envío.

Ricardo Matías Pinto

Mirta L. López González

Ante mí:

Mónica de la Bandera

Secretaria de Cámara