

ACUERDO N° 33/2010:

En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los diez días del mes de agosto del año dos mil diez, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores ANTONIO G. LABATE y LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados “M.,L.E S/ ABUSO SEXUAL” (expte.n° 97-año 2009) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: Que por sentencia n° 01/2.009 (fs. 249/261), la Cámara en lo Criminal Segunda de esta ciudad resolvió, en lo aquí relevante, condenar a L.E.M., por reputarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual calificado por resultar gravemente ultrajante (art.119, 2° párrafo, del C.P.).

En contra de tal resolución, la parte querellante interpuso recurso de casación (fs. 261/265). El mismo fue declarado admisible por R.I. n° 183/2009 de este Tribunal Superior de Justicia (fs. 287/289).

Por aplicación de la ley 2.153 de reformas del Código Procesal (ley 1.677), y lo dispuesto en el art. 424 párrafo 2° del C.P.P. y C., ante el requerimiento formulado, el recurrente no hizo uso de la facultad allí acordada, por lo que a fs. 300 se produjo el llamado de autos para sentencia.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dra. Lelia G. Martínez de Corvalán y Dr. Antonio G. Labate.

Cumplido el proceso deliberativo que prevé el art. 427 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes CUESTIONES:

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

VOTACIÓN: A la primera cuestión la Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALÁN, dijo:

I.-El tribunal que dictó la sentencia apelada tuvo por definitivamente probado que L.E.M. se hizo practicar sexo oral por su hija, “J.N.M.”, de por entonces siete años de edad, en varias oportunidades (por lo menos cuatro veces). Tales conductas fueron consideradas por los magistrados de la instancia anterior (por mayoría) como incursas en el delito de Abuso Sexual sin penetración, calificado por resultar gravemente ultrajante (art. 119, segundo párrafo del C.P.); y con anclaje en esa calificación legal, le fue impuesta una pena carcelaria de seis años de prisión de cumplimiento efectivo.

En contra de lo decidido, la parte querellante interpuso recurso de casación por entender inaplicada la agravante vinculada con el parentesco; es decir, el supuesto expresamente previsto en el 4° párrafo, acápite “b)” del art.119 del C.P., que prevé para ese tipo de casos una pena “...de ocho a veinte años de reclusión o prisión...”. Denuncia entonces que la sanción aplicada estaría fuera de los márgenes legales y pide que dicho error sustantivo sea subsanado por esta Sala; conformándose con, al menos, el mínimo establecido para ese tipo de ilícitos (ocho años de reclusión o prisión) (cfr. fs. 261/265, en especial, el acápite V de dicho escrito).

II.-Que luego de analizado el recurso, la sentencia cuestionada así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de la Querrela, soy de opinión –y así lo propongo al Acuerdo– que la casación deducida debe ser declarada procedente.

El artículo 119 del Código Penal, en la versión dada por la ley 25.087, estableció tres gradaciones específicas respecto de la figura allí contemplada: el abuso sexual simple (con una pena de reclusión o prisión de seis meses a cuatro años); el sometimiento sexual gravemente ultrajante (con penas que oscilan entre los cuatro y diez años de reclusión o prisión) y el abuso sexual con acceso carnal (cuya escala penal se extiende desde los seis a los quince años de reclusión o prisión).

A su vez, cada una de estas figuras típicas resulta calificada (entre otros supuestos) cuando “...el hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o guarda...”. Así, en esas especiales circunstancias, la pena se eleva de tres a diez años de reclusión o prisión para el caso del abuso sexual simple (art. 119, último párrafo del C.P.) y para los otros dos supuestos (sometimiento sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal) esa escala punitiva es fijada entre los ocho y veinte años de reclusión o prisión (cfr. art. 119, cuarto párrafo, ídem).

Ahora bien, el voto ponente que prosperó en el Acuerdo, en lo aquí relevante, expresó lo siguiente:

“...si no estamos ante un caso de violación (exclusión sobre la que tengo mis reservas) estamos ante uno de abuso sexual (abuso deshonesto) gravemente ultrajante [...] Desde luego que también se da el caso del párrafo quinto, pero eso no tendría consecuencias relevantes (para la calificación) dada la pena que tiene prevista el

segundo [...] Decía antes que el hecho de que el ofensor fuera el padre de la víctima no tenía relevancia para la calificación, porque el segundo párrafo del art. 119 C.P. tiene previsto un mínimo penal mayor que el quinto...” (cfr. fs. 258 vta./259, el subrayado me pertenece).

El error del pronunciamiento, tal como se evidenció al detallarse la estructura típica del delito en análisis, radica en suponer que la calificante por el parentesco prevista en el último párrafo se encuentra concatenada al sometimiento sexual gravemente ultrajante, cuando en realidad aquel fragmento del tipo penal se ciñe exclusivamente al abuso sexual simple (previsto en el primer párrafo).

Por el contrario, para el caso de los abusos sexuales calificados, tanto por el sometimiento gravemente ultrajante como por el acceso carnal, el arco penológico es aún mayor y se extiende desde los ocho a los veinte años de reclusión o prisión; siendo la norma en estudio explícita en este ítem (cfr. nuevamente los párrafos segundo, tercero y cuarto del art. 119 C.P.).

A partir de lo señalado precedentemente, es claro que el problema que trae el recurso no remite a cuestiones referidas a la arbitrariedad de la cuantificación penal en sí misma (sobre lo cual el fallo dio, en definitiva, pautas de mensuración razonadas), sino más bien sobre la escala en base a la cual debería individualizarse la pena. De allí que el carril casatorio escogido en la impugnación -art. 415 inc. 1° del C.P.P. y C.- haya sido acertado, pues remite a un error de ley sustantivo, susceptible de ser corregido en esta instancia.

En este caso, una simple lectura del artículo 119 del C.P. no deja margen a una exégesis diferente a la que propicio. Y en este orden de ideas, debe recordarse la invariable doctrina de nuestro Máximo Tribunal Nacional, en el sentido de que “...La primera fuente de interpretación de la ley es su letra y las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero significado -el que tienen en la vida diaria-, y cuando emplea varios términos, no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir conceptos, siendo el fin primordial del intérprete dar pleno efecto a la voluntad del legislador...” (C.S.J.N., Fallos 331: 2550, entre otros). Obsérvese que, del tratamiento parlamentario de la Ley 25.087, surge prístina la intención de los legisladores nacionales de agravar progresivamente dichas infracciones penales, tanto por el tipo de abuso cometido como por el rol desempeñado por el sujeto activo:

“...Con la fórmula propuesta se logra establecer tres gradaciones de abusos sexuales. Se trata de una figura progresiva [...] Existen situaciones que no son contempladas por la legislación vigente. Situaciones de ultraje grave que no llegan a la penetración [...] La fórmula incorporada pretende retribuir suficientemente vejámenes que no lo están en el marco del Código Penal vigente, mediante una expresión que agrava de modo progresivo conductas que son altamente dañosas para la víctima [...] Cuando se menciona que las conductas previstas por este tipo penal se agravan cuando... por ejemplo ...se aprovecha de la situación de convivencia, se ha querido proteger al menor del abuso de una situación de cercanía. Con esta agravante quedarían incluidos casos en los que, por ejemplo, el conviviente de la madre viola a la hija...” (cfr. Antecedentes Parlamentarios, L.L, T. 1999-B, intervención del Diputado Cafferata Nores, págs. 1.614/5);

“...Es positivo que en el abuso deshonesto se incorpore también la modalidad a través del abuso coactivo e intimidatorio de quien utiliza una relación de dependencia como mucho más lo es, a nuestro juicio, que se establezcan figuras agravadas del abuso deshonesto que no existían, por ejemplo cuando hay un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima. Además, se establece una pena muy elevada para el abuso deshonesto agravado, de 8 a 20 años [...] cuando fuera cometido por un ascendiente [...] o por todas estas figuras que pueden utilizar una fuerte gravitación psicológica sobre la víctima. Esta es una excelente novedad que también está tomada de legislaciones bastante más avanzadas que la nuestra en este tema...” (cfr. op. citada, intervención del Senador Genoud, págs. 1.626/7). Más allá de lo anterior, la censura traída en el recurso remite a un problema adicional que necesariamente debe abordar esta Sala. Me refiero, concretamente, a la eventual objeción constitucional que cabría respecto de la normativa que se dice inobservada. Ello así en tanto, si bien no fue planteado oportunamente por las partes (ni tampoco fue invocado por los jueces para resolver en la forma en que lo hicieron), podría evaluarse por propia iniciativa de esta Sala (C.S.J.N., doctrina de fallos 327:3117). Ello así pues, de no superar el tamiz de constitucionalidad, el mentado artículo 119, 4° párrafo del Código Penal no podría ser válidamente aplicado, lo que reconduciría a la escala penal seleccionada por el tribunal de instancia. Dicha aclaración tiene su razón de ser. En efecto: reciente jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba ha declarado inconstitucional esa parte del articulado (cfr. “Espíndola, Carlos Francisco p.s.a. abuso sexual calificado, etc. Recurso de Casación”, rto. el 21/04/10); ello por considerar que dos calificantes que el legislador ponderó con distinta gravedad (el sometimiento gravemente ultrajante y el abuso sexual con acceso carnal), con sus correspondientes escalas penales, dadas de menor a mayor por tratarse de figuras progresivas, no podrían quedar englobadas en una sola escala penal cuando concurre otra circunstancia calificante (en este caso, la situación de ascendiente del sujeto activo), pues

al quedar parificados en un mismo margen punitivo el abusador sexual y el violador, resultaría extraviado el principio de proporcionalidad de la pena y se conculcaría la garantía de igualdad ante la ley.

Ahora bien: en primer lugar conviene destacar la particular medida que debe preceder a cualquier análisis vinculado con la impugnación constitucional de una norma jurídica. En tal sentido, este Tribunal Superior se ha mostrado particularmente cauto a partir de sostener -en criterio que comparto-que: “toda norma jurídica, dictada por los órganos que la Ley Fundamental declara competentes para ello, debe presumirse constitucional. Es por ello que, los Jueces deben obrar con prudencia y circunspección cuando ejercen el control de constitucionalidad y solo deben llegar a la descalificación de un acto legislativo (o en general, del acto sometido a control) cuando se verifique la existencia del vicio de modo tal que, tal declaración resulte – en palabras de Alejandro E. Ghigliani – ‘inexcusable’ (cfr. ‘Del ‘control’ jurisdiccional de constitucionalidad’, Ed. Depalma, Bs. As., 1952, pág. 89). Por eso, con razón, ha dicho Segundo V. Linares Quintana que: ‘Los actos de los poderes públicos se presumen constitucionales en tanto mediante una interpretación razonable de la Constitución puedan ser armonizados con ésta’ (cfr. ‘La Constitución Interpretada’, Ed. Depalma, Bs. As., 1960, pág. XIX)” (cfr. Acuerdo N° 38/2001, del Protocolo de Acuerdos de Casación Penal del Registro de la Secretaría de Recursos Extraordinarios y Penal de este Tribunal Superior de Justicia).

Sobre esta base, no observo -al menos en este caso, donde la querrela se ha conformado con la aplicación del mínimo de la escala penal en cuestión-que dicha normativa resulte inconstitucional por afectación de las garantías ya invocadas.

Esto lo digo porque:

a) El examen de razonabilidad de la norma no puede fundarse, de modo exclusivo, en la comparación de las diversas sanciones que prevén las normas penales. Esto es así porque “...el intérprete sólo puede obtener como resultado de tal comparación, la convicción de que existe un tratamiento distinto de los bienes, pero de ningún modo decidir cuál de las dos normas de igual jerarquía legal comparadas es la que no respeta la proporcionalidad, ya que tan imperfecto método de interpretación lo llevará al dilema insoluble de saber si la una es desproporcionada por exceso o si la otra lo es por defecto, máxime cuando la fijación de la pena es graduable dentro del marco legal” (C.S.J.N., T. 312, P. 851, disidencia de los Dres. José Severo Caballero y Augusto César Beluscio).

b) La modificación introducida a través de la ley 25.087, a partir de la descripción escalonada de las conductas susceptibles de afectar la integridad sexual, más allá de su discutible técnica legislativa (señalada por esta Sala Penal en el Acuerdo n° 27/10), ha intentado no dejar librado a la interpretación judicial algunas situaciones no regladas en la legislación anterior y, como contrapartida al sistema rígido de tipificación de conductas progresivas, otorgó a los magistrados un amplio margen para la mensuración de la pena en el supuesto de agravantes concurrentes.

Tal como lo señaló en este punto el Senador Maya durante el tratamiento parlamentario de la norma: “...la alteración de los regímenes de penalidades genera injusticias en su cotejo contra otros delitos que son del mismo efecto negativo que el delito sexual, con lo cual vamos a terminar estableciendo injusticias en la graduación de penas [...] No obstante ello, creo que hacía falta esta legislación, que debe servir de advertencia y señal para la administración de justicia. Si bien creo que la normativa actual es comprensiva de esta legislación, no creo que esté de más que nosotros ampliemos el ámbito de aplicación...” (Antecedentes Parlamentarios, op. cit., pág. 1.624).

c) No soslayo que el problema se verificaría si, en las circunstancias confrontadas en autos, se impusiera una pena alejada de su mínimo legal (pues la franja media alta de punición quedaría reservada para los casos de acceso carnal, como forma de mantener los criterios de proporcionalidad establecidos previamente). Pero como dije antes, aquí el punto de ingreso a la punición (de la forma que lo solicita el acusador privado) está dado a partir de su mínimo legal -ocho años de reclusión o prisión-. Por consiguiente, la objeción constitucional que cabría efectuar a partir de la técnica legislativa empleada sería meramente conjetural.

d) Adviértase por otra parte que ese monto punitivo, además de no resultar sustancialmente superior al fijado, se encuentra dentro de los márgenes legales receptados por el tribunal de instancia -aún con exclusión de la restante agravante dada por el parentesco-(de cuatro a diez años de reclusión o prisión), por lo que también desde este punto de vista, la sanción que se aplicaría a partir de la corrección jurídica del error de ley sustantivo acaecido en la instancia anterior sería razonable y proporcional al injusto cometido.

Creo así haber fundado las razones por las cuales, como ya anticipara, la casación deducida debe ser declarada procedente. Mi voto.

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

A la segunda cuestión, la Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALÁN dijo:

El establecimiento del marco penal aplicable al caso, conforme al razonamiento desarrollado *ut supra*, resulta un punto de partida ineludible para la mensuración de la pena de L.E.M. Ello así, pues "...En el sistema legal argentino la decisión no ofrece mayores dificultades, pues los marcos penales, en general, no sufren modificaciones que no surjan del propio acto de subsunción. El marco penal legal sólo se altera en los supuestos de tentativa (art. 42 C.P.), participación (art. 46 C.P.) y concurso real (art. 55 C.P.) e ideal (art. 54 C.P.)..." (cfr. Patricia S. Ziffer, "Lineamientos de la Determinación de la Pena", ed. Ad Hoc, Bs. As., 1996, págs. 93 y 94). Como reiteradamente he venido destacando en este voto, el arco penológico fijado por el legislador para el delito en estudio es de ocho a veinte años (art. 119, párrafo cuarto, en función del párrafo segundo, todo del C.P.). Así, teniendo en cuenta que la rectificación del derecho sustantivo es insoslayable en esta instancia recursiva, y emerge necesariamente del sistema previsto en el artículo 428 del C.P.P. y C., es de lógica consecuencia que la determinación de la sanción (dentro de ese rango) lo sea en su mínimo legal. Esto lo sostengo pues cualquier solución contraria que implique extraer del legajo aquellas pautas penológicas negativas tenidas en mira por la Cámara, susceptibles de abandonar ese quantum, llevaría a la conculcación de las más altas garantías constitucionales, como ser el derecho del imputado a que sea oído antes de su condena, o bien el llamado "doble conforme", pues no le quedaría a éste un recurso efectivo ante jueces superiores en el ámbito provincial para inspeccionar los criterios de su cuantificación.

Me permito aclarar, por las referencias que hice previamente en torno a la pretensión de la querrela en el recurso de casación, que ello no implica alterar la doctrina acuñada pacíficamente por este Tribunal Superior, en particular de esta Sala, en cuanto a la posibilidad que tienen los magistrados de imponer una pena en magnitud mayor a la pretendida por las partes acusadoras sino más bien dejar establecido que, para el caso en que deban corregirse por la vía de la casación errores de derecho sin posibilidad de reenvío (como por ejemplo este caso, donde la escala penal que se entiende válida se traslada a una punición mayor) la sanción debe sujetarse necesariamente a la menor que resulte factible, so riesgo de afectarse el debido proceso legal. En mérito de todo lo dicho, entiendo –y así lo propongo al acuerdo– debe casarse la sentencia apelada por errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 415 inc. 1° del C.P.P. y C.), revocándose la pena dictada por los magistrados de la instancia anterior, por verificarse una inexacta interpretación del artículo 119 del C.P. en cuanto a la escala de punición seleccionada, debiendo fijársele a L.E.M., el mínimo de la sanción que establece dicha ley para el caso de las agravantes concurrentes, tal como fueron verificadas en autos (art. 119, 4° párrafo, en función del párrafo segundo de idéntico articulado, todo ello del C.P.); imponiéndosele en definitiva la pena de ocho años de prisión, más la accesoria prevista en el artículo 12 del Código Penal por idéntico término y costas del proceso.

El Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Atento la solución dada a la primera cuestión, me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba la señora Vocal preopinante en primer término, a esta segunda cuestión. A la tercera cuestión, la Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALÁN, dijo: Sin costas en la instancia (arts. 491 y 492, a contrario sensu, del C.P.P. y C.). Mi voto.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE:

I.-HACER LUGAR al recurso de casación deducido por la Parte Querellante C. L., con el patrocinio letrado de la Dra. M. B. J.

II.-CASAR la sentencia apelada por errónea aplicación de la Ley sustantiva art. 415, revocándose la pena dictada por los magistrados de la instancia anterior, por verificarse una inexacta interpretación del art.119 del C.P. en cuanto a la escala de punición seleccionada; imponiéndosele en definitiva a L.E.M., la pena de ocho años de prisión, más la accesoria prevista en el art.12 del Código Penal por idéntico término y costas del proceso.

III.-Sin costas (arts. 491 y 492, a contrario sensu, del C.P.P. y C.).

IV.-Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las presentes actuaciones a la Cámara de origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.