

STJSL-S.J. – S.D. N° 142/21.-

--En la Provincia de San Luis, a diez días del mes de septiembre de dos mil veintiuno, se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros, Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON, JORGE OMAR FERNÁNDEZ y CECILIA CHADA - Ausente en este acto la Dra. DIANA MARÍA BERNAL por encontrarse en uso de licencia - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos: ***“INCIDENTE CASACIÓN OLIVERAS EMILIA SOLEDAD - SU DENUNCIA”*** - IURIX INC N° 222111/1.

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. JORGE OMAR FERNÁNDEZ, JORGE ALBERTO LEVINGSTON y CECILIA CHADA.

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión son:

- I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación interpuesto?
- II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el Art. 428 del Código Procesal Criminal?
- III) En caso afirmativo la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse del caso en estudio?
- IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?
- V) ¿Cuál sobre las costas?

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. JORGE OMAR FERNÁNDEZ, dijo: 1) Que por ESCEXT N° 11910618, de fecha 24/06/19, en los autos principales “OLIVERAS EMILIA SOLEDAD - SU DENUNCIA.-“ PEX N° 222111/17, la representante de la particular damnificada, interpone recurso de casación en contra de la resolución de fecha 18/06/19 (Actuación N° 11809989), dictada por la Excma. Cámara del Crimen N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, que resolvió: *“I) NO HACER LUGAR al Recurso de Apelación y en consecuencia II) CONFIRMAR el Auto Interlocutorio que dispone la Prescripción de la Acción Penal en estos actuados”*.

Los fundamentos recursivos obran en el presente incidente, por ESCEXT N° 11969931, de fecha 02/07/19.

Que ante todo, corresponde evaluar la concurrencia de los recaudos de admisibilidad del recurso, esto es, la aptitud formal del acto impugnatorio derivada de la confluencia de los requisitos exigidos por la ley para provocar el juicio de casación.

En este sentido, se advierte que el recurso ha sido interpuesto y fundado temporáneamente, dentro del plazo prescripto por el art. 430 de la ley de rito, se ataca una sentencia que ostenta el carácter de definitiva, lo que conlleva la admisibilidad formal del recurso incoado.

Con respecto al pago del depósito, el recurrente (particular damnificado) se encuentra exento, según el criterio establecido por este Alto Cuerpo en los autos **"MALLEA FRANCO ALEJANDRO - ROBO CALIFICADO s/ RECURSO DE CASACIÓN"** - IURIX PEX N° 125342/12, STJSL-S.J. –S.D. N° 096/18, de fecha 26/04/18.

En consecuencia, debe considerarse en este estudio preliminar y en mérito a lo dispuesto por el inc. a) del art. 442 del código de rito, que el recurso articulado deviene formalmente procedente.

Por ello, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.

Los Señores Ministros Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON y CECILIA CHADA comparten lo expresado por el Sr. Ministro Dr. JORGE OMAR FERNÁNDEZ y votan en igual sentido a esta PRIMERA CUESTIÓN.

A LA SEGUNDA Y TERCERA CUESTIÓN, el Dr. JORGE OMAR FERNÁNDEZ, dijo: 1) Manifiesta la particular damnificada, que se agravia en primer término por la negación al acceso de la justicia, al derecho de contar con un recurso eficaz y efectivo, es decir a la tutela judicial efectiva comprensiva de las garantías del debido proceso, la investigación y sanción de los responsables de la violación de los DDHH.

Se agravia por la diferencia plasmada en el auto recurrido, en cuanto a los derechos que tienen las víctimas de los delitos sexuales a partir de la reforma de la Ley 27206, respecto a los que fueron víctimas con anterioridad a dicha reforma, ya que implica una clara violación al principio de igualdad ante la ley, art. 16 de la C.N., el cual sería el caso de su representada.

Alega que la razón de ser de la reforma legislativa, que postergó el comienzo del curso de la prescripción de estos delitos hasta la interposición de la denuncia formulada por la víctima, tras alcanzar la mayoría de edad, tiene su razón de ser en las dificultades personales que atraviesan niños y niñas víctimas de abuso sexual, para formular la misma mientras son menores de edad.

También se agravia por cuanto en el fallo puesto en crisis, sólo se consideran los derechos constitucionales que protegen al encartado, sin considerar el bloque constitucional que también incorpora principios generales con igual jerarquía constitucional a favor de las víctimas, especialmente mujeres y niñas, por lo que aplicar la prescripción significa desconocer la Convención de Belém do Pará, que sostiene: *“La obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención de Belém do Pará”*.

Expresa que corresponde sostener la vigencia de la acción penal, en función de los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de derechos humanos de las mujeres y niñas, por lo que no puede la investigación penal clausurarse por la prescripción de la acción penal, máxime cuando los tratados internacionales estaban en vigencia al momento de ocurrir los hechos denunciados y que en caso de conflicto para la aplicación de alguna ley, debe prevalecer el interés superior del niño. Cita diferentes tratados internacionales a los que remite en honor a la brevedad.

Expresa que agravia a su representada que no se aplique la ley 27.206 y que no se tengan en consideración los argumentos legislativos que llevaron a su sanción, como asimismo la obligación asumida por el Estado

Nacional que importa una obligación estatal de investigar los hechos delictivos que afectan la integridad sexual de las niñas y adolescentes.

Manifiesta que la citada ley resolvió la cuestión de la prescripción para estos delitos, para todos los casos ocurridos desde su sanción y que debe dirimirse qué sucede, en casos como el que nos ocupa, en los hechos que se cometieron antes de la reforma.

Señala que se agravia además porque la sentencia considera que existe una verdadera tensión entre las garantías del imputado y los derechos fundamentales de la víctima. Que una cosa es la responsabilidad del Estado por acción u omisión y otra muy distinta la que pueden tener los particulares, pues la ocurrencia de la primera no veda el surgimiento de la segunda, en consecuencia, cabe decir que es al Estado argentino al que le corresponde investigar, sancionar y reparar los ataques contra la integridad sexual de una niña y/o adolescente.

Concluye sosteniendo que el fallo recurrido está favoreciendo con la aplicación del art. 18 de la C.N. y del principio de irretroactividad de la ley penal, al imputado, desconociendo todo el plexo constitucional que es de obligatoria aplicación por parte del Estado Nacional y que garantiza a las víctimas el acceso a la justicia por violación a los derechos humanos. Hace reserva de derechos.

2) En fecha 05/07/19, y por actuación N° 12003430, contesta traslado la Sra. Fiscal de Cámara N° 1, quien se pronuncia por el rechazo del recurso incoado, percibiendo una mera discrepancia con la valoración de la prueba llevada a cabo por parte del Tribunal que deniega la apelación.

En fecha 10/07/19 se le corre traslado a la defensa del imputado Luis Garro, por el término de Ley (art. 434 del C.P.Crims.), quien contesta el día 22/07/19, por ESCEXT N° 12071503, considerando que debe rechazarse el recurso intentado.

3) En fecha 06/02/2020 (Actuación N° 13394361) dictamina el Sr. Procurador General de la Provincia, quien advierte que el recurrente no logra conmovir el auto puesto en crisis y *"...no existiendo ningún acto procesal*

posterior a la fecha de que hubiera ocurrido el hecho que fuera materia de denuncia, que interrumpiera o suspendiera el curso de la prescripción de la acción penal en los presentes actuados, debe declararse operada la prescripción de la acción penal en los presentes actuados tal como se resolvió”, por lo que propicia el rechazo del recurso de casación incoado.

4) El recurso de casación ha sido definido como el medio de impugnación a través del cual, por motivos de derecho específicamente previstos en la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío a un nuevo juicio. (TRATADO DE LOS RECURSOS, Tomo III, Recurso de Casación Penal, por Jimena Jatip, Págs. 39/82. Ed. Rubinzal Culzoni).

Sentado lo anterior, considero que el recurso debe ser rechazado, atento que los agravios expuestos no logran demostrar la falta de motivación de la sentencia recurrida, toda vez que la misma se encuentra debidamente fundada.

En la resolución se sostuvo: *“Sentado el fundamento filosófico, político y jurídico del instituto de la prescripción, cabe avanzar en el análisis de la resolución que así lo dispone para el caso concreto y manifestar que no se avizora, además, la existencia de alguna de las causales de suspensión e interrupción del término correspondiente , conforme las pautas previstas en los párrafos 1, 2, 3 y 4 del artículo 67 del Código Penal, ni la novedosa situación derivada, primero, de la Ley 26.705 (pub. BO el 5/10/2011) ni, por la Ley 27.206 (pub. BO 10/11/2015), dado que no es posible asignarle algún efecto negativo sobre este caso en particular, a la luz de los parámetros que rigen el instituto en cuestión, ya que la misma habría cobrado vigencia luego de más de 20 años desde que se concretara la última parte del hecho (1992), lo que violaría el principio de legalidad amparado por nuestra Constitución Nacional.”.*

“Tampoco corresponde la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna por lo que su aplicación, en contra de los derechos que goza el imputado, y tal como se pretende, acarrearía la violación a los derechos que han adquirido jerarquía constitucional por vía de incorporación constitucional de los tratados que los prevén (Art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 15, apartado 1 y Convención Americana de los Derechos Humanos (artículo 9)).”

Que efectivamente, de las constancias de autos se desprende que el abuso habría sucedido cuando la denunciante era menor de edad, y desde la fecha en que dejó de cometerse el delito -esto es cuando la víctima tenía 7 años de edad (año 1992)- hasta la fecha en que se realiza la denuncia (27 de diciembre del 2017) se advierte que la Sra. Oliveras tenía 33 años de edad y que habrían transcurrido 25 años, plazo éste que supera el de 12 años, límite máximo establecido por la ley para que opere la prescripción, respecto de los delitos reprimidos con reclusión o prisión, en los términos del art. 62 inc. 2° del C.P.

Se ha sostenido que: *“La finalidad del instituto de la prescripción radica en limitar temporalmente la prolongación del proceso para que el imputado no se vea sometido a un estado de indefinición e incertidumbre "sine die", a la vez que evita que la voluntad persecutoria del Estado se pueda extender eternamente. De ahí que la consecuencia de la declaración de la prescripción de la acción penal conlleva la imposibilidad de responsabilizar al imputado por el hecho que se le imputa. La prescripción de la acción se considera de orden público, debe ser declarada de pleno derecho y por el mero transcurso del plazo legal si es que no se verifican circunstancias que la suspendan o interrumpan; además, los tribunales deben expedirse sobre su existencia en cualquier estado del proceso y en forma previa a toda decisión sobre el fondo del asunto”*. (Cfr. CSJN, fallos 318:2491; 225:179; 311:2205 y 186:396, entre muchos otros). (Del voto de Dra. Marta Paz, Dr. Jorge A. Franza); Mansilla, Mercedes Ester y otros s. Infracción inc. 1, art. 181,

Código Penal (Usurpación) - Incidente de prescripción /// Cámara de Apelación en lo Penal Contravencional y de Faltas Sala III, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 10-09-2009; Sumarios Oficiales Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; RC J 5133/14, en <http://www.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador>, acceso 13/10/17).

Así las cosas en el caso bajo estudio no se advierte la existencia de alguna de las causales de suspensión o interrupción de la prescripción, conforme lo establecido por el art. 67 del C.P. como así tampoco de lo establecido por la Ley N° 26.705 y N° 27.206.

Al respecto el art. 67 del C.P (modificado por art. 2° de la Ley N° 27.206 B.O. 10/11/2015), establece claramente en el párrafo 4° 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 que conforme a ello, se desprende que la víctima menor de edad sólo puede formular su denuncia por abuso, cuando haya cumplido la mayoría de edad o ratificar la formulada por sus representantes legales durante su minoría de edad, lo cual no acontece en el caso bajo estudio, toda vez que la Sra. Oliveras, cuenta con 33 años al momento de realizar la denuncia.

Por su parte el art. 1 de la Ley N° 26.705 (se incorpora como segundo párrafo del art. 63 del C.P.) prescribe *“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 este haya alcanzado la mayoría de edad”*.

De ello se deduce que desde la fecha en que la misma adquirió la mayoría de edad hasta la fecha de denuncia han transcurrido 15 años, por lo que se advierten ampliamente cumplidos los 12 años prescriptos por la ley para que opere el plazo máximo de la prescripción respecto de los

delitos ut supra referidos, por lo que en virtud de lo manifestado se advierte que en autos no corresponde la aplicación de la Ley N° 27.206 (que modifica el art 67 del C.P), pues la misma entró en vigencia por B.O. de fecha 10/11/2015, es decir después de 20 años desde la fecha en que se dejaron de cometer los abusos (año 1992) como así tampoco corresponde la aplicación de la Ley 26.705, que refiere que la prescripción comenzará a correr cuando el menor adquiera la mayoría de edad. Sí resulta aplicable la ley vigente al momento de la comisión de los hechos, esto es el art. 67 del C.P. y el art. 2 del mismo código, en cuanto consagra el criterio de la ley más benigna, no consigna la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal.

Al respecto cabe señalar que la aplicación de estas leyes importaría una violación al principio de legalidad, consagrado en el art. 18 de la C.N., en el art. 9 de la Convención Americana de D.H, en el art. 4 de la Ley 23.313 y el art. 7 de la Ley 24.309, el cual está conformado por la regla *nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenale*, la prohibición de aplicar la ley penal por analogía y la irretroactividad de toda ley penal más severa. Así la C.S.J. ha adherido al principio de legalidad, sosteniendo invariablemente que la pretensión de aplicar retroactivamente cualquier norma con el objeto de impedir la extinción de la acción penal por prescripción, equivale a juzgarlo por una norma posterior más gravosa, con transgresión del principio constitucional que impide la retroactividad (art. 18 C.N.) y del principio general del art. 2 del C.P. (Fallos: 17:22; 31:82; 117:22; 48 y 222; 133:216; 140:34 entre otros).

Tal como lo sostiene la resolución atacada: *“...la situación derivada de las Leyes 26.705 y 27.206, no constituyen – desde el punto de vista de los derechos del imputado-, una ley penal más benigna, sino en todo caso se trata de una ley cuya aplicación, con toda claridad empeora considerablemente la situación del imputado.... Por todo lo expuesto, puede concluirse en que, la ley aplicable al caso resulta ser la ley vigente al momento de comisión de los hechos (art. 2º y 67 del Código Penal). En autos, desde la fecha en que el delito dejó de cometerse (cuando la víctima tenía 7 años, en 1992), hasta su Denuncia (diciembre de 2017) transcurrieron 25 años, plazo*

que supera ampliamente el tope de doce años descrito en la norma para que opere la prescripción”.

Si bien se observa el compromiso por parte del Estado de realizar una protección integral de todos los niños y niñas que padecieron abusos sexuales y la posibilidad de efectuar las denuncias cuando alcanzaren la mayoría de edad, con el dictado de la Ley N° 26.705, se advierte que en el caso de marras, desde que Gabriela Olivera alcanzó la mayoría de edad, hasta que formulara la denuncia, transcurrieron más de doce años, siendo éste el límite máximo establecido por ley para operar la prescripción, por lo que no corresponde la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal, pues las leyes 26.705 y 27.206 no resultan más benignas para el imputado, sino que agravan su situación.

Cabe destacar que el principio de benignidad referido impide la aplicación de las leyes que modificaron los arts. 63 y 67 del C.P -que constituye materia de agravios-, toda vez que al momento de los hechos denunciados, dichas normas no se encontraban vigentes, por lo que atento a la fecha en que se habría producido el hecho denunciado, el tiempo transcurrido y la pena máxima fijada para el delito señalado y tal como lo considera el Sr. Procurador en su dictamen de fecha 06/02/20 *“...el recurrente, pese al esfuerzo desplegado, no logra conmover en lo más mínimo el auto puesto en crisis con sus argumentos.”*

“En consecuencia no existiendo ningún acto procesal posterior a la fecha de que hubiera ocurrido el hecho que fuera materia de denuncia, que interrumpiera o suspendiera el curso de la prescripción de la acción penal en los presentes actuados, debe declararse operada la prescripción de la acción penal en los presentes actuados tal como se resolvió”.

Así las cosas, del detenido estudio de la cuestión sometida a consideración, se advierte que, si bien el recurrente funda la casación en la no aplicación de la Ley N° 27.206 y que no se tenga en consideración los argumentos legislativos que llevaron a su sanción, como así también la obligación de Estado de investigar los hechos delictivos que afectan la

integridad sexual de niños y niñas, no es menos cierto que dichas cuestiones en definitiva se refieren más bien un simple interés o disconformidad con lo resuelto, ya que lo dispuesto por el a-quo se encuentra debidamente fundado y es ajustado a derecho.

Por lo demás, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que los Jueces no están obligados a ponderar una a una y exhaustivamente todas las constancias de la causa, sino sólo aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones (Fallos 311:571) y para la correcta solución del litigio (311:571) y tampoco están obligados a tratar todas las cuestiones propuestas por las partes ni analizar los argumentos que, a su juicio, no sean decisivos (301:970 y 311:191); y la Cámara Nacional de Casación Penal aseveró que los fundamentos, aún cuando concisos y breves, son suficientes para observar la fundamentación exigida por el art. 123 del C.P.P.N.- nuestro 361 inc. 3ro. (Sala II, in re “NINONE, Salvador A. s/ RECURSO DE CASACION”. C.Nro.534, reg. Nro.664 del 9/10/95).

A todo evento se aprecia que en el texto del fallo, no aparecen vicios de razonamiento, pues se han consignado razones suficientes que justifican los juicios que en él se expresan y aparecen reflejado de manera clara, tanto respecto al hecho mismo, como de la normativa aplicable y el Tribunal Casatorio debe atenerse a ello y sin avanzar en el juicio cuando, como en el caso, el razonamiento del Juzgador se presenta exento de arbitrariedad o absurdo.

Abundante doctrina ha puntualizado que no es suficiente enunciar principios de razonamiento y anunciar que han sido violados. En la casación se debe indicar cómo y dónde resultan vulnerados, explicando cómo construyó su resolución el Juez y determinar el momento y el lugar donde se apartó del iter correcto, indicar porqué esa construcción lógica y legal no es consecuencia de un proceso ordenado de razonamiento y exponer cuál habría sido la manera correcta de elaborarla (ver Olsen Ghirardi, Lógica del Proceso Judicial, 2da. Ed. Lerner Editorial S.R.L., Córdoba, 2005).

Que por ello, se advierte que el recurrente no efectiviza una crítica razonada y seria sobre la sentencia, omitiendo un análisis **de la normativa legal aplicable y solo efectúa menciones genéricas, que no satisfacen los requisitos referidos.**

En consecuencia, debo destacar que la resolución atacado no se advierte violación al derecho de acceso a la justicia y con ello al derecho a la tutela judicial efectiva, no se advierte tensión entre las garantías del imputado y los derechos fundamentales de la víctima, por el contrario, se han consignado suficientemente las razones que llevan a determinar las conclusiones expresadas, por lo que el recurso articulado deviene improcedente, y debe ser rechazado.

Por todo ello VOTO a estas SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN por la NEGATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON y CECILIA CHADA comparten lo expresado por el Sr. Ministro Dr. JORGE OMAR FERNÁNDEZ y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.**

A LA CUARTA CUESTIÓN, el Dr. JORGE OMAR FERNÁNDEZ dijo:
Que en consecuencia y atento como se han votado las cuestiones anteriores, corresponde el rechazo del recurso de casación articulado interpuesto. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON y CECILIA CHADA comparten lo expresado por el Sr. Ministro Dr. JORGE OMAR FERNÁNDEZ y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.**

A LA QUINTA CUESTIÓN el Dr. JORGE OMAR FERNANDEZ, dijo:
Costas al recurrente vencido. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON y CECILIA CHADA comparten lo expresado por el Sr. Ministro

Dr. JORGE OMAR FERNÁNDEZ y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN**.

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Señores Ministros, la sentencia que va a continuación.

San Luis, diez de septiembre de dos mil veintiuno.

Y VISTOS: En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el recurso de casación articulado interpuesto.

II) Costas al recurrente vencido.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.

La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON, JORGE OMAR FERNÁNDEZ y CECILIA CHADA, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.

No firma la Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, por encontrarse excusada ni la Dra. DIANA MARÍA BERNAL, por encontrarse en uso de licencia.