

///MA, de junio de 2015.

Reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, doctores Liliana L. Piccinini, Ricardo A. Apcarian, Sergio M. Barotto, Adriana C. Zaratiegui y Jorge Bustamante este último por subrogancia-, según surge del acta de audiencia obrante a fs. 139, con la presencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, para el tratamiento de los autos caratulados “SÁNCHEZ, Carlos s/ Lesiones graves s/Apelación s/Casación” (Expte.Nº 27229/14 STJ), elevados por la Cámara Primera en lo Criminal de la IIIª Circunscripción Judicial con asiento de funciones en San Carlos de Bariloche, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, en conformidad con el orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:

CUESTIONES

1ª ¿Es fundado el recurso?

2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde?

VOTACIÓN

A la primera cuestión la señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini dijo:

1. Antecedentes de la causa:

1.1. Mediante Auto Interlocutorio Nº 169, del 23 de mayo de 2014, la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche resolvió en lo pertinente- rechazar el recurso de apelación planteado y -en consecuencia- confirmar la Sentencia Nº 32/14 del Juzgado de Instrucción Nº 6 de dicha ciudad, que había sobreseído a Juan Carlos Sánchez en orden al hecho que motivó la presente, a tenor de lo normado por los arts. 304 y 306 inc. 2º del Código Procesal Penal.

1.2. Contra lo decidido, dedujo recurso de casación la señora Defensora de Menores e Incapaces, en representación del menor B.M., el que fue declarado admisible por el a quo y por este Cuerpo, por lo que se dispuso que el expediente quedara por diez días en la Oficina, para su examen por parte de los interesados, y a fs. 124/128 se glosa el escrito de sostenimiento del recurso por la señora Defensora General, en los términos del art. 21 inc. d) de la Ley K 4199.

/// Realizada la audiencia prevista en los arts. 435 y 438 del rito sin la presencia de las partes, los autos han quedado en condiciones para su tratamiento definitivo.

2. Agravios del recurso de casación:

La casacionista aduce que la resolución cuestionada es arbitraria en cuanto sostiene sin fundamentos la atipicidad de la conducta endilgada al señor Sánchez. Considera

relevante el voto de la minoría según el cual este, “dentro de una interpretación lógica y sentido común, debió representarse el peligro que significa un incendio, el que a la postre, concluyó con las graves lesiones en el incapaz que utilizó, como instrumento para su nociva finalidad”.

Efectúa una reseña de los hechos y sostiene que lo manifestado por el niño al declarar mediante cámara Gesell no puede desviar la discusión relativa a que fue el imputado quien lo llevó a la vivienda en cuestión con la finalidad de incendiarla, y quien compró los bidones de nafta y entregó uno de ellos al pequeño con el fin de cumplir su cometido delictivo. Puntualiza que el mencionado Sánchez colocó voluntaria e inescrupulosamente a un niño de doce años de edad en una situación de enorme riesgo, poniendo en peligro cierto su vida, le dio instrucciones para quemar una casa e inició el incendio que le causó graves lesiones en su cuerpo.

Concluye que la imputación es posible, tanto a título culposo (art. 94 C.P.), como en orden al deber de representación de los riesgos a los que exponía al niño, y señala el plus protectivo para el niño víctima.

3. Dictamen de la Defensoría General:

La señora Defensora General sostiene los agravios de la recurrente y comparte los fundamentos del recurso, dado que le resulta evidente que el mayor de edad -con capacidad para conocer la peligrosidad de su acción fue quien deliberadamente decidió incitar a dos niños para fines delictivos, colocándolos ante un grave riesgo, que terminó convirtiéndose en cierto, atento a los daños sufridos por B. en su cuerpo. Argumenta que este fue víctima del delito de lesiones graves dolosas, sin perjuicio de otras calificaciones, causadas por el accionar intencional de una persona mayor de edad, por lo que se impone continuar con el proceso.

Respecto de lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal a fs. 78 y 95 en relación con la intervención del niño B. en el incendio, entiende que la circunstancia de que el pequeño manifestara haber intervenido en la provocación del hecho típico no exime al imputado de su //2. responsabilidad por las lesiones producidas. Recuerda que al momento de los hechos este tenía tan solo doce años de edad, es decir, era una persona que se encontraba debajo de la edad de punibilidad fijada por ley -art. 1 Ley 22278-, por lo que se debe presumir que no tenía capacidad para infringir leyes penales -art. 40.3.a CDN- y, por lo tanto, tampoco se lo puede considerar partícipe del delito de incendio intencional. Concluye que la decisión impugnada carece de fundamentos.

4. Hechos reprochados:

Se formula requerimiento de instrucción contra Carlos Sánchez por un hecho ocurrido el 25 de abril de 2013, aproximadamente a las 12 horas, en la vivienda sita en Vilcapugio y Sarmiento de la ciudad de San Carlos de Bariloche, circunstancias en que arrojó nafta en el interior de la casa, para luego prenderla fuego, cuando en su interior se encontraba el menor B.M., de doce años de edad, al que le produjo daños en el cuerpo y la salud.

Producida por el Juzgado de Instrucción determinada prueba, se corrió vista al Ministerio Público Fiscal, el que propició respecto del imputado un temperamento liberatorio, a tenor del art. 306 inc. 2º del código adjetivo, al determinar que el menor participó activamente del hecho, roció junto a aquel toda la casa para incendiarla, se encontraba junto a él cuando se inició el fuego y se quemó al tropezarse cuando corría hacia la puerta.

El señor Juez de Instrucción estableció que, oído que fue el señor Fiscal, “no queda sino sobreseer a Carlos Sánchez por el hecho que motiva la presente pesquisa”, atento a la norma citada.

Esto motivó la apelación de la Defensoría de Menores e Incapaces, la que -como fue referido- fue rechazada por la Cámara en lo Criminal, por decisión mayoritaria, dado que se consideró que la atipicidad de la conducta del imputado aparece manifiesta y no se advertía la expresión de argumentos suficientes para contradecir lo resuelto. El primero de los votantes halló suficientes argumentos reflexivos en el dictamen del Ministerio Público Fiscal de fs. 78 y el informe de fs. 94 del señor defensor particular, mientras que el tercero de ellos, que conformó la mayoría, otorgó relevancia fundamental al dictamen citado.

Por su lado, en una argumentación retomada por la casacionista, la minoría expresó que el tema que debía dilucidarse era si resulta posible endilgar la autoría del delito de lesiones graves sufridas por el menor -quemaduras en el 21% de su cuerpo- que fue llevado\n/// por el imputado a participar en el incendio de una vivienda. Entendió que no se tuvo en cuenta tal edad, que hace del menor un incapaz absoluto, el que fue colocado voluntaria e inescrupulosamente en una situación de enorme riesgo; entonces, concluyó, el menor fue un instrumento del mayor.

5. Análisis y solución del caso:

Adelanto que lo resuelto carece de la fundamentación razonada y legal que requiere el art. 200 de la Constitución Provincial, en tanto el voto de la mayoría expone una mera remisión a lo sostenido por el Ministerio Público Fiscal y al informe del defensor

particular, quienes propiciaron la atipicidad de la conducta del imputado con el único sustento fincado en la intervención del niño en la comisión del hecho que a la postre produjo los daños en su cuerpo y salud.

Tengo presente que la atipicidad de la conducta viene siendo sostenida por el Fiscal de grado, con la ratificación de su superior jerárquico, como supuesto desincriminante. Así también, no soslayaré que la tarea jurisdiccional consistente en comprobar la legalidad de la acusación (y su contracara mediante el dictamen desvinculante), como acto de un órgano estatal, no significa controlar la calidad del discurso. Con relación a ello, el Procurador General de la Nación, en su dictamen en autos “Gilio”, al que remitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha dicho: “Puede ser escueto el alegato fiscal, pero en la medida en que no se demuestra una arbitrariedad palmaria, ni que, como correlato, la sentencia sea tachable por ese vicio, los fundamentos de la nulidad resultan solo aparentes y encierran una indebida sustitución de la función requirente”.

Por consiguiente, de lo expuesto por el Ministerio Público Fiscal en sendas intervenciones como de lo resuelto por la Cámara ratificando la determinación del Juez de Instrucción, poco importará la calidad discursiva o la escasa extensión de lo argumentado. Lo que debe analizarse aquí es si aquella actuación del Ministerio Público y la consiguiente determinación jurisdiccional poseen lo que todo acto (requirente o jurisdiccional) debe contener para no ser reputado arbitrario.

La fundamentación que nuestra Constitución manda debe ser razonada y legal, y ello implica -en el sub examine- que la obra debe estructurarse merced a un análisis que, de manera lógica, afirme o descarte que el hecho (léase: cambio en el mundo exterior -niño sano / niño con quemaduras en el 21 % de su superficie corporal- causado por las llamas de un incendio intencional) cae o no bajo el prisma del derecho penal. Es la tarea básica de subsunción normativa, para lo cual la calidad discursiva y la argumentación deben estar respaldadas por la ponderación de la existencia o inexistencia de los extremos que tornan típico o atípico el hecho analizado, pues carece de legalidad afirmar que se está ante un delito cuando este no se encuentra contemplado en la norma de fondo (nullum crimen nulla poena sine lege previa), pero también carece de legalidad y por ende es arbitrario el razonamiento que conduce a lo contrario y sostiene la inexistencia de delito sin la debida fundamentación.

Ahora bien, como antes se refirió, tanto la jurisdicción como el Ministerio Público Fiscal asumieron un temperamento desincriminatorio, considerando atípica la conducta del adulto, con base en la intervención del niño en la causación del incendio.

En primer lugar, cabe puntualizar que no basta la mera constatación que se hace de lo actuado por B. para descartar la existencia de ilicitud por las lesiones que sufrió, como tampoco resulta suficiente señalar que, por dicha intervención del niño, el presunto autor del incendio verá agravado el reproche en orden al art. 41 quater del Código Penal, como expone el señor Fiscal de Cámara (fs. 95), sin considerar que se está ante dos eventos diferentes que merecen reproches también diferentes e independientes. Al mismo tiempo, resulta llamativo que mencione la agravación de aquella otra conducta, cuya ratio legis radica -justamente- en que, por su edad, el niño fue utilizado (según el texto de la denuncia y lo declarado por el niño en cámara Gesell), sin mencionar dicha particularidad en el caso de marras.

Y no podría entenderse que esta específica problemática resultó ajena a la deliberación del Tribunal pues, más allá de haber sido invocada por la recurrente, fue considerada por el voto minoritario, que justamente tomó en cuenta la edad del menor como elemento relevante para evaluar la conducta de Carlos Sánchez, quien colocó voluntariamente a un niño de doce años en una situación de enorme riesgo.

Digamos brevemente, que de acuerdo con el art. 127 del Código Civil, son menores impúberes los que aún no tuvieron la edad de catorce años cumplidos y que, atento a la Ley 22278, el niño lesionado es no punible, esto es, se encuentra incluido en la categoría de inimputable pleno, dada una presunción iure et de iure acerca de su falta de discernimiento, comprensión de la criminalidad de sus actos y dirección de sus acciones para ser responsable de su comportamiento ilícito.

/// Por lo tanto, la conclusión que negaba tipicidad a lo realizado por el imputado, en una consideración solo objetiva de la conducta del niño que entonces la iguala a un copartípe mayor de edad, se desentendió de la específica significación que debe darse a sus capacidades subjetivas.

En segundo lugar, el déficit de fundamentación jurídica se evidencia, y con ello deja al desnudo la arbitrariedad del razonamiento, en tanto no efectúa -siquiera mínimamente- un análisis que desde la dogmática penal le estaba dado, atendiendo a la cuestión vinculada con la imputación objetiva. “Esta institución opera en supuestos en los que el titular de un bien jurídico (‘víctima’) emprende conjuntamente con otro (‘autor’) una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico. La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que -en primer lugar- la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, -en segundo lugar- la conducta de la víctima no haya

sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada autorresponsable, y -finalmente- el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima. La imputación de la actividad al ámbito de responsabilidad de la víctima no depende de la configuración fenomenológica de las aportaciones de ejecución material de víctima y autor per se. En este sentido, puede haber tanto supuestos de ejecución en manos del autor, en los que, en caso de daño éste se impute a la víctima, como supuestos en los que, a pesar de que es la víctima quien ejecuta directamente la actividad arriesgada, el hecho se presenta como conducta típica del autor” (Baribotto, “La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima”, disponible en www.new.pensamientopenal.com.ar).

Se trata de una expresa cita de la posición de Manuel Cancio Meliá respecto de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima, para quien el valor normativo de la autorresponsabilidad se encuentra en el libre desarrollo de la personalidad, que es el fundamento de organización social. No puede ser entendido fuera de un sistema en el que está consignada implícitamente una noción de ciudadano como sujeto autónomo. Además de la genérica atribución de autonomía a cada sujeto, con el correlativo principio de autorresponsabilidad personal que esta conlleva, al titular de los bienes jurídicos personales debe atribuírsele una posición especial. Puesto que el sacrificio por parte del propio titular de esos bienes no es reprimido por el Derecho Penal y las intervenciones de terceros en actividades autolesivas es inculpada de modo excepcional por normas especiales, queda al albedrío del titular de esos bienes configurar su actividad vital, de tal modo que se genere un riesgo para sus propios bienes. Como correlato de esa libertad de organización arriesgada, será también el titular quien deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella.

En conclusión: cuando se habla de imputación a la víctima, se hace referencia “a los supuestos en los que la razón de la atipicidad de la conducta del tercero esta, precisamente, en la atribución de lo sucedido al ámbito de responsabilidad de la víctima, es decir, aquellos casos en los que la exoneración del autor proviene específicamente del carácter responsable de aquella” (Domínguez, “Exclusión de la tipicidad por el comportamiento de la víctima”, disponible en www.fder.edu.uy).

Entonces, dado que el principio de autorresponsabilidad reconoce la libertad de cada uno para organizar su vida y tiene como contrapartida la asunción de las consecuencias del ejercicio de dicha libertad, es evidente que coloca en primer plano de análisis los aspectos vinculados con la libertad, la aptitud, el conocimiento y la voluntad de quien

resulta lesionado.

Considero que ineludiblemente, para liberar de responsabilidad al imputado, la autopuesta en peligro de la víctima requiere de su consentimiento válido, pues así se elimina la imputación objetiva al tratarse de una decisión libre y autorresponsable de quien asume el riesgo de su conducta. A ello alude claramente Bacigalupo cuando otorga tratamiento a la autopuesta en peligro de la víctima (Derecho Penal. Parte General, págs. 306 y stes.), como también cuando señala que es el consentimiento del titular del bien jurídico que provoca la ausencia de imputación objetiva en el autor (op.cit., pág. 294), para luego dejar claramente establecido que dicho consentimiento eficaz es la capacidad del sujeto pasivo de comprender la situación en la que consiente. Debe poder comprender la significación de su consentimiento, respecto de la acción que lesionará el objeto de la misma; trátase de la “capacidad natural de comprender y juzgar”.

También me parece claro que el consentimiento será jurídicamente ineficaz cuando quien convoca al menor a realizar determinado delito en el que este resulta dañado tiene un conocimiento superior del peligro que correrá en su ejecución.

/// Marco Antonio Terragni (Autor, partícipe y víctima en el delito culposos, págs. 255 y sgtes.), al tratar los criterios para la imputación del resultado, se ocupa del mencionado principio de autorresponsabilidad del lesionado y dice que la posibilidad de aplicarlo está sujeta a que la persona que actúa a riesgo propio sea libre al momento de tomar sus resoluciones, para lo que introduce la temática del conocimiento de las consecuencias de los actos e ingresa en otro aspecto trascendente para el análisis de la situación, puesto que, si alguien tenía el deber de informarlo de las consecuencias de las tareas que iban a realizar “y no lo hizo, puede ser imputado como autor del hecho lesivo; lo que configuraría una situación semejante a la de la autoría mediata, en su caso a través del mismo lesionado”.

Entonces, a la imputación objetiva del resultado conforme el ámbito de responsabilidad de la víctima también se introduce, como posible análisis, la semejanza con la autoría mediata, que le atribuye la imputación mencionada al agente que se vale de menores de edad como instrumentos (ver D’Alessio, Código Penal. Parte General, pág. 500), por lo cual el imputado sería autor mediato de las lesiones padecidas por la víctima.

Con cita del doctrinario mencionado, en STJRNS2 Se. 159/14 “Etchegaray”, este Cuerpo ha dicho que lo “... relevante es que, bajo la óptica de la autoría mediata, la ausencia de culpabilidad del menor no punible implica la advertencia de una situación

de dominio a través de menores de edad. 'Cuando el agente se vale de menores de edad como instrumentos, la jurisprudencia ha considerado que incurre en autoría mediata, señalando que «debe condenarse al imputado por autoría mediata del delito si aparece ejecutándolo mediante la actuación de una menor impúber e inimputable penalmente, a la que usó como instrumento para la comisión de reiterados apoderamientos ilegítimos, en virtud de su incapacidad para la cabal comprensión de su obrar»' (D'Alessio, op. cit., pág. 500)".

Por supuesto que lo anterior no implica señalar que el imputado sería autor mediato del delito de incendio, sino de las lesiones padecidas por el menor que intervino en el hecho, en la medida en que este era incapaz de comprender el riesgo al que se exponía.

Ni de las intervenciones de quienes representan la acción penal pública ni de los considerandos de la sentencia puesta en crisis, que dio acogida al temperamento desincriminatorio por atipicidad, surge la más mínima puesta a estudio o consideración de los aspectos jurídicos que se señalaron supra. La sola afirmación de estar ante un lesionado, que lo está, por haber tomado intervención en un incendio intencional, sin reparar que se trata de un niño de doce años, a quien el Estado no solo no dirige su poder punitivo, sino que tampoco lo considera con madurez suficiente para consentir eficazmente los riesgos de su conducta, se ofrece a todas luces arbitraria.

En síntesis, la resolución cuestionada carece de fundamentos adecuados en su determinación de la atipicidad de la conducta del imputado en relación con las lesiones graves padecidas por el menor, pues solamente hace referencia a su conducta objetiva, pero sin analizar las aptitudes subjetivas con reconocimiento legal que son propias de dicha edad ni el vínculo con el aprovechamiento de aquel. ASÍ VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Ricardo A. Apcarian dijo:

Adhiero al voto de la doctora Liliana Piccinini, con remisión a mi disidencia en STJRNS2 Se. 179/14 "Muñoz" en el sentido de que, para la aplicación del art. 41 quater del Código Penal, resulta suficiente con que el menor haya intervenido en alguna de las formas previstas como punibles por las reglas del Título VII de su Libro Primero. ASÍ VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Sergio M. Barotto dijo:

Adhiero al voto de la doctora Liliana Piccinini, con remisión a mi disidencia en STJRNS2 Se. 115/12 "Ortiz" en el sentido de que, para la aplicación del art. 41 quater del Código Penal, resulta suficiente con que el menor haya intervenido en alguna de las formas previstas como punibles por las reglas del Título VII de su Libro Primero. ASÍ

VOTO.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Adriana C. Zaratiegui y Jorge Bustamante dijeron:

Adherimos al criterio sustentado por la señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

A la segunda cuestión la señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini dijo:

Por las razones dadas al tratar la primera cuestión, la garantía del doble conforme aconseja revocar la decisión y reenviar el expediente al origen para que, con distinta integración, dicte un nuevo pronunciamiento acorde con el derecho que aquí se declara, en tanto las lesiones sufridas por el niño, cuyo carácter y entidad -conforme surge de lo obrado- encuadran en el art. 90 del Código Penal, han sido producto de un accionar en el que el imputado no ha sido ajeno.

/// Habida cuenta de la existencia de otro proceso en el que se estaría investigando la autoría de Carlos Sánchez en orden al delito de incendio (art.186 inc. 1º C.P.), con intervención de un Fiscal y un Juez distintos de los actuantes en el sub lite, y estando a los antecedentes de las actuaciones que en fotocopia se adunaron al presente, estimo -obiter dictum- que el Ministerio Público Fiscal, representante único e indivisible de la acción penal pública, debería propiciar la aplicación de los arts. 29 inc. 2º y 30 inc. 1º, ambos del Código Procesal Penal, con el fin de llevar adelante el reproche por sendos ilícitos concursados realmente, actividad que debió llevarse adelante a partir del atento tratamiento que debió dispensarse a la videograbación (cámara Gesell) que se le remitió, conforme fs. 81.

Finalizo -atento a la reseña arriba desarrollada- en que, si bien la acusación -titular de la acción pública- ha acordado con la decisión de sobreseimiento por atipicidad, debe hacerse lugar al recurso deducido por la Defensoría de Menores e Incapaces conforme lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "A.C.", del 27/11/15, en resguardo del interés superior del niño.

En virtud de todo lo expuesto y considerado, propongo al Acuerdo: 1) hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la señora Defensora de Menores e Incapaces a fs. 103/107, cuyo sostenimiento obra a fs. 124/128 de las presentes actuaciones; 2) en consecuencia, anular el auto confirmatorio del sobreseimiento (Nº 169/14) en orden a la ausencia de fundamentación legal, y 3) ordenar el reenvío al Tribunal a quo para que, con distinta integración, siga con el trámite y dicte pronunciamiento conforme al derecho que aquí se declara (art. 441 C.P.P.). ASÍ VOTO.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Ricardo A. Apcarian, Sergio M. Barotto, Adriana C. Zaratiegui y Jorge Bustamante dijeron:

Adherimos a la solución propuesta por la vocal preopinante y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE:

Primero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 103/106 de las presentes actuaciones por la señora Defensora de Menores e Incapaces doctora Natalia de Rosa y, en consecuencia, anular el Auto Interlocutorio N° 169, dictado el 23 de mayo de 2014 por la\n///6. Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche, en orden a la ausencia de fundamentación legal.

Segundo: Reenviar el expediente al Tribunal de origen para que, con distinta integración, siga con el trámite y dicte pronunciamiento conforme al derecho que aquí se declara (art. 441 C.P.P.).

Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver los autos.

Déjase constancia de que el doctor Jorge Bustamante no suscribe la presente, no obstante haber participado del Acuerdo, por encontrarse en comisión de servicios.

ANTE MÍ:

Firmantes:

PICCININI - APCARIAN (por sus fundamentos) - BAROTTO (por sus fundamentos) - ZARATIEGUI

ARIZCUREN Secretario STJ

PROTOCOLIZACIÓN:

Tomo: 2

Sentencia: 83

Folios N°: 320/325

Secretaría N°: 2