En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 28 días del mes de agosto del año dos mil siete, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia - presidida por Juan Pedro Cortelezzi e integrada con los señores Ministros Jorge Pfleger y Alejandro Javier Panizzi, para dictar sentencia en la causa: "T, L H s/Abuso Sexual de menor de trece años agravado por el vínculo filial, convivencia preexistente-Esquel" (expediente 20.740-Letra T- folio 262- año 2006).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 494: Pfleger, Cortelezzi y Panizzi.

El Juez Jorge Pfleger dijo:

I. El recurso casatorio del Ministerio Fiscal, articulado en el escrito de fs. 463/475, ha traído a consideración de esta Sala la resolución emitida por la Cámara en lo Criminal de la ciudad de Esquel, órgano que en la audiencia del día 2 de noviembre del año dos mil seis (acta de fs. 457/62) resolvió el sobreseimiento definitivo del imputado L H T llevado a juicio por el delito de abuso sexual de menor de trece años agravado por el vínculo filial, convivencia preexistente y grave daño en la salud en concurso ideal con corrupción, doblemente agravada por la edad de la menor y por el vínculo filial.(arts. 45, 119 primer y cuarto párrafo a), b) y f) en función del último párrafo y 125 segundo y tercer párrafo del Código Penal).

El caso concernía a cuanto fue materia del requerimiento de elevación a juicio formulado por el Ministerio Público Fiscal quien atribuyó al causante la siguiente plana de hechos: "...En la localidad de Paso del Sapo, Provincia del Chubut, habrían tenido lugar los hechos ocurridos en la época comprendida entre los meses de mayo y diciembre de 2002, en el interior de la vivienda habitada por L H T y su familia, específicamente en las camas de los dormitorios de la misma a veces en la matrimonial y otras en la cama de la menor, en circunstancias en que el nombrado procedió reiteradas veces a abusar sexualmente de su hija menor A H T, quien contaba al momento del hecho con ocho años de edad, procediendo a quitarse y a quitarle a su hija las prendas de vestir se subía arriba de la misma, apoyando su pene en la vagina de la niña sin penetrarla y eyaculaba, le pasaba la lengua por la vagina y le acariciaba el ano con el dedo, le pedía a su hija que le tocara el pene, la besaba en la boca y en el cuello, le acariciaba la espalda y

le daba besos por debajo de las axilas, a veces estaba con remera y la menor de las veces en bombacha y otras sin la bombacha y con remera y otras veces totalmente desnudos, accionar mediante el cual pretendió promover y mantener la corrupción de la víctima toda vez que sabía de su edad, su inmadurez sexual, y la depravación de la conducta por él desplegada, lo que tendió a mantener o aumentar en ella el desarrollo precoz de su psiquismo sexualmente alterado..." (ver el texto de fs. 146/ 150).

La decisión liberatoria fue tomada a consecuencia del escueto pedido de fs. 448, deducido por la Abogada Adjunta de la Defensa Pública, Paola Bagnato, y durante el desarrollo de la audiencia de debate llevada a cabo conforme se documentó en los pliegos 457/ 462, después de escuchar al Ministerio Fiscal quien vertió argumentos contrarios a la proposición, sucediéndose réplica y contra- réplica.

La " a quo" con el sufragio liderante del Juez Jorge Criado, decidió liberar de imputación al encartado por entender retroactiva la aplicación del Código Procesal Penal (Ley 5478) y luego de algunas consideraciones asimiló los institutos de los arts. 274 de la nueva ley adjetiva con el art. 173 del Código Procesal (Ley 3155), indicando que el plazo de duración del proceso debía computarse desde el instante en que el señor Juez a cargo de la Instrucción delegó la dirección de la investigación lo que había sucedido. La decisión no fue unánime pues el Juez Víctor Sarquis se pronunció en contrario.

II. Como ya se advirtió, el Fiscal General doctor Martín Eduardo Zacchino interpuso casación invocando errónea aplicación de la ley sustantiva en la resolución impugnada (art. 415 inc. 1° del C.P.P.) y arguyó las razones que de continuo se sintetizan:

a. Entendió, en primer término, que la " a quo había realizado una identificación equivocada de los institutos que consideró equiparables entre los ordenamientos procesales que pretendidamente se hallaban en pugna, formuló, en primer término, una interpretación acerca de la inteligencia del art. 274 del C.P.P (Ley 5478) y peroró sobre la diferenciación de roles del nuevo sistema de investigación y juzgamiento.

b. Luego resaltó la significación del art. 173 bis del C.P.P, modificado por ley 4743, y lo emparentó con el art. 269 del rito de antaño.

c. Explicó, en el punto que llamó 1 c), las razones tenidas en cuenta para que el código de hogaño estableciera un plazo de tres años para la duración del procedimiento, concluyendo en que esta legislación se había posicionado "...de buen grado frente a la efectiva protección de los derechos humanos..." y luego de realizar una apología del nuevo sistema concluyó en que los plazos debían contarse desde la apertura de la investigación, en los términos del art. 274 del C.P.P. (Ley 5478)

d. Giró, renglón seguido, sobre la partitura referida a que, si acaso, el plazo razonable del art. 146 del C.P.P. era un plazo perentorio u ordenatorio y transcribió la opinión de los colegas miembros de esta Sala Penal en autos "C" para derivar en que no se había celebrado en folios la audiencia de debate que estaba "...en sus albores..." y que no había sucedido ni por una demora injustificada, ni por inacción o incuria de los protagonistas sino por respeto a los derechos de la propia víctima que no estaba en condiciones de ser oída, de allí que se desnaturalizó, en la decisión, la razón de ser de la norma.

e. Asimiló los los presupuestos previstos en los artículos 262, 293 y 183 del Código Procesal Penal –Ley 3155- con los contenidos en el artículo 274 del C.P.P. Ley 5478 y derivó en que era desde allí, desde este último precepto, que debía computarse el plazo.

f. En el ítem 1 f), puso de relieve que: "...la retroactividad de la ley procesal más beneficiosa para el imputado debe analizarse únicamente en una situación que le sea análoga: y en el caso concreto esta situación se traduce –a no dudarlo- en el momento aquél en el cual, con todas las formalidades necesarias, el MPF solicitó al juzgador la fijación de la audiencia prevista por el art. 262 del CPP, para que el imputado pudiera conocer cuáles eran los hechos atribuidos, su calificación legal y las pruebas en su contra existentes... (omisis)"

Acompañó el pensamiento expuesto con una extensa cita de la opinión del señor Procurador General de la Nación en autor "T, H s/ recurso de Casación"

g. Por fin, el casacionista solicitó tratamiento preferencial y pronto despacho movilizado por la gravedad en lo humano e institucional que –entendió- revestían las características e implicancias del caso.

Culminó peticionando se revocara el sobreseimiento de L H T y se ordenara la celebración de la audiencia de debate oral y público como estaba previsto, haciendo expresa reserva del caso Federal.

III. Es mi voluntad, en primer lugar, realizar una aclaración.

Abordaré el trabajo que me propongo sin temor a incurrir en "reformatio in peius". La razón estriba en que, aún cuando no comparta la mayor cuota de argumentos desplegada por el Ministerio Fiscal, que ha sido sinuoso en su desarrollo para mi gusto, los conceptos vertidos en el punto 1 f) y la jurisprudencia allí citada son una puerta por la que el examen de la aplicación retroactiva de la ley penal es factible; tanto y más cuando la cita jurisprudencial es compatible con ello y se asocia a la opinión del señor Procurador General de la Provincia, expuesta en las breves notas.

Dicho esto, iré al grano.

Verdad es que, este, mi sufragio, podría resolver el entuerto con una simple remisión o, acaso, con la repetición de un argumento.

Ya la Sala Penal se expidió en autos “R, S A- C, C R s/ hurto agravado por abigeato en grado de tentativa” cuando, al tiempo de rechazar la proposición articulada por la defensa pública, formuló una categórica definición respecto de la aplicación retroactiva de la norma procesal penal.

Sólo agregaré algunas reflexiones de mi coleto.

IV. Creo, como principio, que la mejor manera de enfocar la solución de un problema es buscar la opinión de la doctrina al respecto, en un primer escalón de análisis.

Particularmente tengo preferencia por los autores clásicos, pues, a mi juicio, el mundo jurídico padece de hiperinflación informativa que, motivada por razones muy poco altruistas la más de las veces, produce sólo reflejos de aquellos con verdadera autoridad intelectual.

Sostengo, por otro lado, que se ha perdido el apetito por el saber. Sólo se intenta saber convencer aún a riesgo de malversar argumentos o de exponer falacias en nombre de la ciencia. Quizás asistimos a la venida de nuevos sofistas, sin sus virtudes; quizás presenciamos el mundo de los farsantes del intelecto.

Pero volveré al ruedo del caso para no fastidiar a los eventuales lectores del intento. Obviamente que el objeto de nuestra preocupación es la aplicación de la norma procesal penal en el tiempo y allí y solo allí es que dirigiremos la mirada retrospectiva.

Giovanni Leone, en su “Tratado de Derecho Procesal Penal” Ed. EJEA, página 83, expone, con claridad, los principios reguladores de la sucesión de leyes procesales en el tiempo, que traduce en una palabra: “...rige plenamente el principio tempus regis actum...”.

Esto implica que: a. los actos llevados a cabo bajo una ley conservan su vigencia también posteriormente bajo el imperio de la otra ley. b. los actos que haya que llevar a cabo, aunque vinculados a actos precedentemente llevados a cabo, se disciplinan por la nueva ley.

Reconoce, sin embargo, que en caso de sucesión de leyes procesales, “...se dictan de ordinario normas particulares encaminadas a evitar los perjuicios y las incongruencias de un brusco paso de un ordenamiento procesal a otro...” y que el “..principio “tempus regit actum” ha sido adaptado a algunas exigencias de carácter equitativo...”.

Ernst Beling en su obra “Derecho Procesal Penal” (DIN Editora, página 12/ 13) trata el tema desde la perspectiva de la intertemporalidad procesal penal y luego de ceñir la cuestión indica que, y cito textual, “...Sobre este puntos no existe un precepto taxativo de la ley con alcance general, pero cada ley...(omissis) está provista de las necesarias disposiciones transitorias...(omissis). En el caso de que tales disposiciones sean insuficientes o entre en vigor una ley que carezca de ellas, la cuestión de la intertemporalidad tiene que ser resuelta por inducción del conjunto de normas y del criterio en que se inspira la ley que se trate. Para esta labor deberán adoptarse como criterios directivos los siguientes puntos de vista (salvo cuando exista expresa voluntad contraria del legislador): a. Todos los procesos incoados después de la entrada de la nueva ley han de ser regulados por ella. b. los procesos terminados según el derecho antiguo se consideran conclusos aún cuando, de acuerdo con el nuevo Derecho, si hubiese estado vigente con anterioridad, hubiese sido necesario continuarlos. c. en los procesos incoados y no terminados, la cuestión de la admisibilidad del procedimiento ha de juzgarse ex nunc: todo proceso inadmisible después de regir el Código nuevo debe ser sobreseído; por el contrario, el procedimiento imposible según el antiguo derecho, ha de continuarse si el moderno lo

hace admisible. Cuando ocurra esto último, la actividad procesal posterior ha de acomodarse al Derecho nuevo; por otra parte, la validez jurídica de los actos realizados al amparo del derecho derogado ha de resolverse de acuerdo con él, de suerte que si, según el mismo, tenían aquella validez, no la pierden por el hecho de que si se llevaren a cabo después de regir el nuevo derecho, no la tuvieran, y viceversa, no alcanzan fuerza jurídica por la innovación legislativa, si antes no la tenían...".

Vincenzo Manzini, autor del "Tratado de Derecho Procesal Penal" (Ediciones EJEA) considera la cuestión en el capítulo que nomina "Derecho Procesal Penal Transitorio" (ver T. I, página 228 a 241) y creo que a los fines que aquí interesa es conveniente transcribir algunos párrafos allí consignados.

En efecto, el autor sostiene como regla que "...donde no esté expresamente dispuesto en otra forma, hay que entender que todos los procedimientos y actos procesales cumplidos bajo la ley abrogada o suspendida mantienen plena eficacia bajo la nueva ley que dictó diversas normas procesales..."; la norma procesal, sostiene, será igualmente extraactiva "...cuando la nueva ley no reconozca ya o restrinja un derecho subjetivo individual admitido por la ley abrogada..." y explica en la nota: "...Al imputado que se encuentra en estado de custodia preventiva en el momento de entrar en vigor el nuevo Código, se aplican las disposiciones del código abrogado en cuanto sean más favorables. Esta disposición no está motivada solamente por la equidad, sino también por razones jurídicas. En efecto, las normas del Código de procedimiento penal que disponen sobre la libertad personal del imputado tienen carácter restrictivo y deben, por tanto, someterse a los criterios de derecho transitorio propios del derecho penal material y de toda otra ley que restrinja el libre ejercicio de derecho, y no a los de derecho procesal penal...".

Manzini brinda en el epílogo, una exhaustiva descripción del modo en que las normas dictadas resolvieron en Italia las misceláneas suscitadas.

Entre nuestros maestros, y con la sencillez que es su característica, Clariá Olmedo enseña que "...En materia de sucesión de leyes procesales penales, los problemas de eficacia temporal se plantean frente a los poderes y deberes de los sujetos procesales, y al acto cumplido o en trámite de cumplimiento en cuanto se refieren a la actividad prolongada en el tiempo, y a los criterios de

garantía individual o resguardo del interés social...” y en otro párrafo que merece destacarse alude a que “...Lo cierto es que el problema debe plantearse en el plano estrictamente procesal por ser las manifestaciones de ese carácter el contenido normativo de la Ley que nos ocupa: órganos judiciales, sus atribuciones poderes y deberes que se ejercitarán y actividad a cumplirse en el proceso...” y sigue: “...La verdad es que una ley procesal penal, creadora o modificadora de una actividad o situación, regirá de presente a futuro, no afectando la actividad ya cumplida ni la situación ya adquirida. A su vez, la norma derogada no regirá como regla para la actividad a cumplir o situación a adquirir: no ultra- actividad de la ley derogada....” (ver Jorge Clariá Olmedo en “Derecho Procesal Penal” Ed. Marcos Lerner, Córdoba. T. I, pág, 103/ 104).

El maestro, por lo demás, sostiene que las regulaciones que atienden a la benignidad deben ser consideradas como de excepción a la regla de la irretroactividad y “...rigen en lo que respecta a la situación y libertad del imputado. La Ley nueva no puede empeorar la situación ya adquirida; en cambio, sí se aplicará si favorece al contemplado en la norma por otorgarle una situación más beneficiosa que la adquirida por aplicación de la ley anterior. Se plantean casos semejantes con respecto a los efectos de los recurso, a los plazos judiciales y a las fianzas...” (ver autor citado, obra citada página 105).

En una nota a fallo publicada en “Semanario Jurídico” Tomo LI (“Comercio y Justicia” Editores) Ricardo Nuñez, resuelve el problema que ocupa de la manera en que traducen los párrafos que se extractan de continuo, admitiendo que es posible la aplicación retroactiva de la ley procesal ulterior siempre que “...no se afecten los actos concluidos...”

Y dice así pues cuando los actos concluidos han llenado las exigencias legales para realizarlos, acorde al momento de su conformación, son válidos pues sino toda reforma importaría una “..discontinuidad de la juridicidad políticamente inadmisible, ya que no es concebible una total o parcial discontinuidad o vacío jurídico respecto de los actos realizados en el desenvolvimiento histórico de un Estado...”. Y prosigue: “...A este criterio obedeció, por ejemplo, en el ulterior período de jure, la validez de los actos realizados en los períodos de facto, por afectados que estuvieren de ilegalidad o inconstitucionalidad frente al restaurado régimen de jure...” (la cuestión trataba acerca de la sanción del art. 40 de la Constitución de Córdoba que, reciente, exigía la presencia del defensor técnico en la indagatoria, y motivó la sentencia del STJ de esa Provincia que declaró a la norma de aplicación retroactiva por el voto de dos de sus integrantes)

Julio B. Maier en su “Derecho Procesal Penal” (T I. Fundamentos, páginas 245 y ss) aborda la cuestión desde la perspectiva del conflicto entre leyes penales sucesivas y es categórico a la hora de afirmar que las leyes rigen para el futuro. Luego de dar explicaciones justificantes del postulado, concluye en que las normas “...calificadas como de aplicación retroactiva, sólo representan mandatos para los ejecutores de la Ley...”. Piensa este autor en que incurren en error de enfoque sus pares tradicionales pues, indica, si un proceso es “...una secuencia de actos singulares, determinados por la ley...(omisis) “...Es perfectamente posible que la ley nueva rija a los actos que, en el procedimiento, sean llevados a cabo con posterioridad a su vigencia y que la ley antigua continúe rigiendo los actos realizados según ella, con anterioridad a su derogación, y que, consecuentemente, cada uno de esos actos sea valorado conforme a la ley vigente al momento de su realización; incluso- se debe decir- está sería la situación ideal...”.

Cuando los procesos de modificación alcanzan gran relevancia o renuevan totalmente la ley procesal, continúa, "...sucede normalmente que los procesos pendientes que alcanzaron cierto grado (cierto recorrido en su trámite) continúen rigiéndose hasta el final por la ley vigente cuando fueron iniciados (aplicación ultra-activa de la ley derogada) y los que no alcanzaron ese estado rijan sus actos, en más o en menos, por la nueva ley (posible aplicación retroactiva de la ley vigente) todo según las disposiciones legales expresas de la nueva ley..." de lo que deduce la posibilidad de la aplicación retroactiva de la ley "...según ella misma lo puede establecer...", a excepción de las reglas de competencia y las que reglamentan las medidas de coerción cuando son desfavorables al imputado.

Por fin, Alberto Binder, quien trabaja sobre el tema en el capítulo IX de su "Derecho Procesal Penal" (página 135 a 139) reivindica la función garantizadora que cumple la ley procesal, en tanto organiza y da forma al proceso mismo y asocia a la retroactividad o irretroactividad de la ley procesal penal con aquella tarea de resguardo de derechos, en la medida en que evita el ejercicio arbitrario del poder penal.

De allí que el principio garantista general, opina, sea el de la irretroactividad de la ley procesal penal. Sin embargo, a lo largo de su exposición, formula aclaraciones sobre el principio para evitar "...algunas confusiones..." y así desarrolla su idea de que el proceso es una unidad dotada de cierto sentido de política criminal, de modo que el proceso "...es regido por la ley procesal como un todo, puesto que consiste en un conjunto de actos encadenados que confluyen hacia el juicio y giran alrededor de él..." lo que importa que esa unidad no pueda ser alterada por la ley procesal nueva; esto le conduce, a Binder, a construir el precepto siguiente "...La ley procesal penal es irretroactiva cuando altera el sentido político –criminal del proceso penal..." y ¿ cuando lo altera", se pregunta; pues cuando "...distorsiona el concepto sustancial del juicio previo...", de esta manera considera que su régimen es similar al de la ley penal sustantiva. (ver op. cit. página 136).

El autor examina que el principio de la irretroactividad de la ley penal cuando afecta el sentido político criminal garantizador del proceso penal tiene excepciones y así se inclina por pensar en que ciertos actos que no guardan relación con ese sentido pueden regirse según los nuevos criterios y da ejemplos: "...cierto ordenamiento, cierta secuencia de los actos procesales,

ampliaciones o limitaciones de plazos, o requisitos para la realización de ciertos actos procesales...".

En lo que atañe a la ley penal más benigna, que considera paralela a la excepción que rige en el campo del derecho penal sustantivo, considera tal a la que fortalece el sentido político criminal del proceso tal como ha sido previsto en la constitución, de allí que "... Si en la Constitución nacional el proceso penal está presentado, fundamentalmente, como un régimen de garantías y de restricciones garantizadoras sobre el poder penal del Estado, toda ley que fortalezca esta opción tendría efectos retroactivos que, inclusive, pueden llevar a la renovación del acto que ha sido realizado de un modo menos garantizador..." y brinda el ejemplo de la norma antigua que no prevé la consulta previa con el abogado defensor antes de la indagatoria (caso en que tendría derecho a la renovación del acto ya realizado si el nuevo ordenamiento estatuye diferente, para completar el otro, advierte, adjudicando valor a la segunda); o las medidas cautelares de restricción a la libertad, lo que le sugiere muy claro.

Culmina Binder con la idea de que el tema tiene sentido si se concibe al proceso como una unidad ideal, ya que se trata a su juicio de una unidad de sentido, valorativa, no ontológica, lo que explica que el principio "...carecería de sentido si se considerara en forma aislada el acto que se está realizando en ese momento..." y que "...no existe mayor diferencia entre la irretroactividad de la ley penal sustancial y el régimen de la irretroactividad de la ley procesal penal. Una y otra constituyen mecanismos para evitar que la imposición de la pena se realice de modo arbitrario. Ambas concluyen en la idea de que tanto lo que constituye un delito como el modo de comprobación de la existencia de ese delito y de aplicación de la pena, tienen que haber sido previstos con anterioridad al hecho que motiva la sanción para que el ciudadano tenga claro, no solo lo que debe y no debe hacer, sino también cuál va a ser el camino por el que será sancionado, cuáles son sus derechos y obligaciones durante el proceso, cuáles serán las limitaciones del Juez, cuáles sus garantías..." (ver páginas 138/139 de la obra citada).

Con esto concluyo la relación del modo en que la doctrina más autorizada ha laborado sobre el tema que ocupa a este pronunciamiento.

Procuraré, en el punto que viene, dar un pantallazo acerca de las normas aplicables en la especie.

IV. Obviamente que planear sobre la normativa exige, en primer término, poner en el vértice a la Constitución Nacional (art. 31 C.N.). El art. 18 de este texto consagra el derecho al "juicio previo", fundado "...en ley anterior al hecho de la causa..." realizado por jueces "...anteriores al hecho del proceso...".

Así tiene status constitucional el debido proceso legal adjetivo y sustantivo, que son las dos facetas de un mismo rostro, caracterizado por el condicionamiento constitucional al Estado para la aplicación de la Ley penal. Como se ha dicho, el derecho penal no toca un pelo al delincuente; el vehículo de su realización es la norma procesal penal que estamos analizando en lo que atañe a su aplicación temporal.

Por cierto que este precepto, de antiguo cuño (su actual redacción es originaria de 1853-1860) se complementa con otras normas sobre derechos humanos reconocidos en los tratados incorporados por el art. 75 inc. 22 de la C.N. tal por caso: el art. 8 de la CIDH (Pacto de San José de Costa Rica).

Nuestra Constitución Provincial contiene normas de igual talante, aun cuando más específicas. El artículo 44 de la Carta Autonómica, amén de las garantías aludidas, reconoce, en lo que aquí interesa, el debido proceso legal y la aplicación- siempre- de la ley procesal penal más favorable al imputado.

El ordenamiento procesal derogado (Ley 3155) contenía (y contiene) normas regulatorias de las garantías procesales penales. Su art. 1° enclava y traduce el principio de Juez Natural, del de Juicio Previo, el sentido y alcance del "estado de inocencia" y la proscripción de la doble persecución. El 2° "Validez temporal de las Leyes" edicta que las normas procesales penales "...se aplicarán desde su publicación, aún en causas por delitos anteriores cuyas sentencias no estén ejecutoriadas..."

Exponente de un nuevo sistema procesal (el sistema mixto de instrucción escrita y debate oral y público en única instancia, que reemplazó el escriturario de cuño inquisitivo) previó normas para transitar de uno a otro, tal los arts. 498 (tratamiento de causas pendientes) y 499 (validez de los actos anteriores).

El primero mandó a que se aplicarían "...las disposiciones del Código anterior respecto de las causas pendientes, siempre que al entrar en vigor se haya presentado el escrito de acusación..."

El otro, estatuyó que "...Los actos cumplidos con anterioridad a la vigencia de este Código de acuerdo a las normas del abrogado , conservarán su validez sin perjuicio de ser apreciados según el nuevo régimen probatorio..."

La Ley 5478, consagratoria del diseño acusatorio en el proceso penal, que algunos pensamos que acerca decididamente el orden procesal penal al proyecto político de la constitución nacional y provincial, tiene en su seno normas simétricas a las del pasado, quizás poniendo mayor énfasis (ver el art. 1°, 2°, 4° y en lo que concierne al caso el numeral 30 y 32).

Aquél, el art. 30, marca que las normas procesales "...no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando sean más favorables al imputado..." y su par 32 manda a los jueces a procurar "...la solución del conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad a los principios contenidos en las leyes, es pos de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social..."

Rivadavia y Jones S/N | Rawson (9103) | Tel/Fax (02965) 482333 | sij@juschubut.gov.ar

En las disposiciones complementarias (art. 421 y 422) el legislador prevé dos situaciones, tal como lo hizo en el anterior ordenamiento: a. que en el tratamiento de las causas en trámite: "...se aplicarán las disposiciones del Código anterior respecto de las causas pendientes, siempre que al entrar en vigor el nuevo Código haya prestado declaración el imputado..." b. que "...Los actos cumplidos con anterioridad a la vigencia de este Código de acuerdo a las normas del abrogado, conservan su validez sin perjuicio de que sean apreciados según el nuevo régimen probatorio..."

V. Siguiendo a pie juntillas el método propuesto me acerco a la solución del problema que se plantea, pues, vuelvo a repetir, los plazos que rigen en este proceso en relación con los actos cumplidos son aquellos consagrados por la Ley 3155 y , por consecuencia, debe anularse la sentencia emitida y mandarse a la realización del juicio.

Para empezar mis conclusiones afirmo que la decisión de la Cámara del Crimen de la ciudad de Esquel padece, según aprecio, de un defecto formal que la invalidaría como acto jurisdiccional sino fuera que la solución que propicio implicaría declarar su nulidad en el mero interés de la ley.

Ella no expone la posición de la mayoría exigida para la manifestación jurisdiccional del Tribunal pues el voto nominal del Juez Criado, cedido en la palabra por el Presidente en la audiencia, si bien explaya argumentos sobre la cuestión asume la coincidencia del miembro tercero quien fue ignorado en el pronunciamiento, a salvo de su suscripción y de una referencia en plural (pareciera un Yo plural) a que se asume la posición mayoritaria. El Juez Sarquis, sí, expuso su disidencia de modo formalmente atinado.

Los pronunciamientos que ocurran durante el debate (art. 311 del C.P.P, Ley 3155) se dictan verbalmente. Esto es correcto y en ese sentido el comportamiento procesal de la sentenciante parece adecuado.

Empero, el art. 106 del mismo señala que: "...Las decisiones del Tribunal serán dadas por sentencia, auto o decreto...auto para resolver un incidente o artículo del proceso...(que) serán protocolizados por el Secretario..." y el par 107 que "...los autos deben ser motivados bajo pena de nulidad...(y que) podrán ser redactados en forma impersonal..."

Y allí está lo que a mi juicio constituye un yerro.

Porque si el Presidente dirige el debate (art. 334 del C.P.P, Ley 3155) es él quien debe leerla (ver, por ejemplo el art. 359 ídem), aun cuando es costumbre aceptada que el Secretario pueda dar a conocer las resoluciones dictadas en el curso del debate.

En el caso, no se explica claramente: a. la razón por la cual el Presidente delegó en el doctor Criado la exposición que documentó el acta. b. la forma de la decisión.

Podría aceptarse que, ante la disidencia, el Presidente optó por que uno de los miembros que contribuyeran a la ponencia contraria diera lectura de la decisión; una decisión del Cuerpo que él, el Juez Sarquis, presidía.

Pero si el Magistrado Criado tomó la voz cantante y expuso sus razones, personalizó la manera de exponer la voluntad del Tribunal, omitiéndose dejar constancia de cuál era el juicio de la restante Juez, aun cuando, como ya dije, pluralizó en el epílogo.

Sería prudente que en lo sucesivo, en los debates regidos por el procedimiento antiguo se observaran adecuadamente las formas.

VI. Nada nuevo hay bajo el sol. Esa vieja máxima escuchada en los claustros de la Universidad Nacional de Córdoba una y mil veces, que otrora se me ocurría de matriz conservadora, la comprendo aquí en su exacta dimensión.

No hay nada nuevo; solo es menester descubrirlo. Con ética profesional, mediando un trabajo serio, paciente, metódico.

Y esto es lo que se ha pretendido aquí cuando ocurrió el intento de recrear las opiniones fuertes de los tratadistas más respetados en la materia, cuya sabiduría permite verificar los principios y el hilo conductor del tema de la validez temporal de la ley procesal penal desde antaño a hogaño, cuestión que, a mi parecer, ha sido incorrecta y levemente tratada en la sentencia que se escruta

En primer término expongo que se mantienen virtuales en la doctrina los principios que indican que:

a. la aplicación en el tiempo de leyes procesales es una cuestión ardua

b. las leyes siempre se aplican para el futuro

c. los actos procesales se rigen por la norma vigente al tiempo de su producción (“tempus regit actum”)

d. por principio, las normas procesales son irretroactivas, salvo que las normas específicamente dispongan lo contrario.

e. la retroactividad de las leyes procesales penales sólo ocurre en los supuestos en que, por consecuencia de los actos pasados en el devenir de un proceso, se vinculan con normas de derecho sustancial, cuyo régimen es diferenciado, sea por razones de equidad (L), por afectarse derechos subjetivos particulares (Manzini), cuando conciernen a la situación y libertad del imputado (Claria), cuando refuerzan el sentido político criminal del proceso (Binder).

f. el legislador, de ordinario, dicta normas que regulan la aplicación sucesiva de las leyes procesales penales a efectos de evitar los efectos indeseables de los cambios bruscos y de asegurar el interés social, perfectamente compatible con la garantías que protegen a los hombres en desmedro de la actividad arbitraria del Estado.

g. los actos dictados bajo la legislación que ha dejado de ser se mantienen incólumes, tanto si se concibe al proceso como una sucesión concatenada de actos, o se lo mira en cuanto unidad conceptual.

Esta sucinta enumeración es una herramienta ideológica adecuada para interpretar las normas, que, como bien dice Beling, implican un proceso de inducción del conjunto y del criterio en que se inspira la ley que se trate.

El sistema procesal, como derivación del orden constitucional, opera, como ya vimos, como mecanismo de resguardo de los derechos individuales frente al Estado; así fue concebido en el origen de las democracias liberales y en nuestro caso en particular en el proceso de formación del Estado. Baste recordar los postulados de la "Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" emitida por la Asamblea Nacional Francesa en 1789 y los decretos de seguridad individual dictados en nuestro país en el 1811, y confrontar los dogmas de los experimentos constitucionales desde entonces hasta la sanción de la Constitución Nacional vigente.

Estos derechos individuales son las primeras conquistas, la primera generación, del proceso cultural que implica el reconocimiento de los derechos naturales del hombre, hoy derechos humanos.

Pero dentro de ese haz, y también lo recogen los textos aludidos y los vigentes, los hombres tienen derecho a que, desde el poder, se les garantice el pleno ejercicio de la libertad, la vida, la honra, la seguridad y la propiedad que no sólo puede ser afectada desde el Estado, sino desde otros de sus congéneres. Es más, le impone al Estado la obligación de velar por la virtualidad de esos derechos, sea absteniéndose de mellarlos sea cuidando que otros no los menoscaben.

Qué otro sentido tiene sino la proposición del preámbulo de la Constitución Nacional cuando dispone como objetivo fundamental el "...afianzar la justicia..." cuyo valor normativo es indiscutible e implica una fuerte obligación para los poderes públicos.

Señalo con esto que la Constitución, en el supuesto de aparente conflicto entre sus postulados dogmáticos, ha de interpretarse sistemáticamente procurando armonizarlos, pues de otra manera ocurriría que en una determinada situación, porciones de la constitución dejarían de tener efectos al perder vigencia, lo que resultaría inaceptable pues la Constitución rige en un todo, no en partes.

Igual es la manera de desentrañar el sentido y alcance de la Constitución Provincial.

El art.44 de su texto ha de ponerse en concordancia con los deberes estatales para con los habitantes de la autonomía, de suerte que el mandato a que "..siempre..." se aplique la ley procesal penal más favorable al imputado, debe compatibilizarse, en los términos en que estamos analizando, con la virtualidad de los mandatos anteriores que legalmente permitieron al Estado realizar su poder, y en la medida en que se afecte la libertad individual o la situación misma del imputado, entendida ésta como un concepto estático, un determinado "status" en un determinado momento del proceso.

Y así parecen haberlo entendido los legisladores que, bajo igual sistema constitucional (aún cuando la Ley 3155 que es anterior a 1994, ha regido 13 años bajo el imperio del texto actual provincial y nacional) han brindado normas que procuran realizar la sucesión de leyes procesales cuidando de no provocar afectaciones ni a los derechos de los imputados, ni al orden general.

O, en palabras de Nuñez, han procurado evitar la "..discontinuidad de la juridicidad políticamente inadmisible, ya que no es concebible una total o parcial discontinuidad o vacío jurídico respecto de los actos realizados en el desenvolvimiento histórico de un Estado..." (ver la obra y página citada más arriba).

Debo partir de la premisa de que el legislador no es inconsecuente o frívolo o parcela el sistema a la hora de legislar o rompe el sistema que contribuye a crear. Al contrario, el codificador ha actuado con racionalidad, poniendo las cosas en su orden, salvando los derechos y resguardando la institucionalidad, la mejor manera de asegurar los derechos.

Si el problema de este caso es la aplicación de los plazos consagrado por la novel norma derogando actos cumplidos bajo el anterior régimen de modo regular, con efectos extintivos sobre la acción penal, la solución adoptada por la Cámara es manifiestamente contraria a las leyes.

El propio sistema interpretado con corrección, a través del bagaje teórico que se ha desplegado, perfila la solución.

Se apega entonces a la constitución el modo en que el texto del Código de sanción reciente ha previsto para la sucesión de leyes, de manera transitorio; para que el tránsito discurra sin sobresaltos. No me parece oportuno volver a los textos vistos, cuya lectura he considerado imprescindible y por ello incorporé a la sentencia.

Es una pretensión vanidosa que desde una posición omnipotente los jueces nos separemos, so pretexto de resguardar garantías, de la Ley que es la primer garantía, tal lo dijera Marshall en "Marbury vs. Madison", cuando señalara el poder de la Ley sobre el de los hombres.

Aunque no está dentro del marco de lo que aquí se discute, es posible que los plazos que indica el régimen instalado ahora puedan ser erguidos como un cartabón para medir el concepto de "..plazo razonable..."; pero el hito de inicio para computarlo será – y aquí la armonía- el momento de entrada en vigencia de ese nuevo orden.

Nada se derogará, pero la relación jurídica iniciada bajo otro régimen beneficiará a quienes, de ahora en más, padezcan de la dilación en la finalización de los procesos.

Una digresión más. Lesiona al sentido común que la Ley emitida por los órganos de gobierno del Estado indiquen cómo hacer la realización del proceso, impongan las reglas de juego de cómo se

realizará la autoridad, sus actores se adecuen a ella y luego, sin más, aplicando un orden nuevo, en una situación que no es de aquellas aceptadas como capaces de mutar el pasado, se emita el mensaje de que: “todo está mal, debió ir más de prisa”, “sus actos son ilegales, y lo que cumplió también”.

Suena tanto como “debió adecuarse a un orden que no estaba vigente, pero debía prever”.

Le está prohibido a la Legislatura Provincial decretar amnistías en materia penal; ello es un poder delegado al Congreso Federal. Una interpretación como la que aquí se propone abrogar, proyectada en las causas que se encuentran en trámite, no serían más que un amnistía encubierta.

En otro orden, y para concluir, ya esta Sala, sin recurrir a ninguna posición contraria a la que sostengo, aplicó la garantía del plazo razonable y liberó de persecución a una persona afectada, en caso simple, de la incuria estatal.

Pero en este supuesto, y aún revisando con este cartabón cuáles han sido los procedimientos durante la etapa concluida, es desatinado pensar en ese plano.

Así las cosas, propongo la anulación del auto venido en casación y la vuelta del caso al Tribunal de origen para que, por quien corresponde, se desarrolle el juicio y se dicte sentencia acorde la doctrina legal sentada.

Así me expido y voto.

El juez Juan Pedro Cortelezzi dijo:

Sólo me queda agregar que el planteo aquí formulado ha sido resuelto por esta Sala en autos “V, P E s/abuso sexual” (Expte. 20.584-233-2006, sentencia interlocutoria n° 1 del día 30 de enero de 2007) y “R, S A. y otro s/ hurto agravado” (Expte. 20.588-233-2006, sentencia interlocutoria n° 2 del día 30 de enero de 2007), rechazándose la aplicación del principio de la ley penal más benigna relacionado con el art. 146 del Código Procesal Penal, Ley 5478.

En razón de haberse sentado doctrina legal respecto de este tema, viene al caso reiterar las consideraciones que condujeran en los casos mencionados a sostener que no se aplica el plazo incorporado en el artículo 146 de la nueva ley a los procesos ya instrumentados por el código anterior.

Se dijo que ´benignidad´ y ´razonabilidad´ son preceptos de aplicación obligada. Que el primer mandato significa transportabilidad de un espacio procesal a otro, y esa transportabilidad será posible cuando en ambos procesos exista la suficiente plasticidad como para receptarlos y adaptarlos sin inferir una lesión al modo en que regularmente se viene actuando, con el objeto de cumplir siempre con el principio esencial de afianzar justicia.

De esta manera, se concluyó que resulta irrazonable imponer términos pensados para un proceso a otro que ha sido concebido bajo parámetros diferentes.

Corresponde entonces, aplicando los lineamientos sentados en los casos mencionados, declarar procedente el recurso de fs. 463/75; revocar la sentencia de fs. 457/62 (C.P.P., art. 428) y devolver a la Cámara en lo Criminal de Esquel a fin de continuar con el trámite del proceso. Así voto.-

El Juez Alejandro Panizzi dijo:

Con los sufragios coincidentes de los doctores Jorge Pfleger y Juan Pedro Cortelezzi, existe mayoría de votos para conformar la voluntad del Superior Tribunal de Justicia; de modo que haré uso de la facultad que prevé el C.P.P., art. 357 -texto según ley 4550, art. 7.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente

---------- S E N T E N C I A ----------

1º) Declarar procedente la casación interpuesta a fs. 463/75 (C.P.P. -ley 3155, artículos 485, 486, 488 y concordantes).

2º) Revocar la resolución protocolizada con el número 281/2006, de fs. 457/62 y remitir las actuaciones a la Cámara en lo Criminal de Esquel a fin de continuar con el trámite del proceso.

3º) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: Cortelezzi, Pfleger, Panizzi: Ministros.-

Rawson, de de 2007.-

Rivadavia y Jones S/N | Rawson (9103) | Tel/Fax (02965) 482333 | sij@juschubut.gov.ar

NOTA n° /07 S.I.J.