En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los cuatro días del mes de mayo del año dos mil doce, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Daniel Alejandro Rebagliati Russell, Jorge Pfleger y José Luis Pasutti, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en la causa caratulada **"D., R. D. s/ abuso sexual s/ impugnación"** (Expte. 22.290- F°38 -Año 2011).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 177: Rebagliati Russell, Pfleger y Pasutti.

El Juez **Daniel A. Rebagliati Russell** dijo:

I. La cuestión traída a esta Sala es la resolución registrada bajo el número 206 del año 2011, emitida por el Tribunal Unipersonal conformado por el doctor Guillermo Müller, Juez en lo Penal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, que sobreseyó a R. D. D. del delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa al menos dos hechos en concurso real, agravado por el vínculo y por la situación de convivencia.

II. Contra ese pronunciamiento interpuso impugnación extraordinaria la Fiscal General, doctora Liliana Ferrari.

///

En primer término alegó sobre su legitimación para impugnar el auto de sobreseimiento.

Luego ingresó directamente a demostrar la procedencia del recurso, indicando los motivos de agravio que autorizarían el ingreso a esta instancia.

Hizo un repaso de los antecedentes del caso, dando detalles de los distintos actos procesales celebrados en la presente investigación.

Todo ello para afirmar que la labor desplegada durante el proceso ha sido conforme a derecho y que en la audiencia de apertura no se deban los presupuestos que exige el ordenamiento de forma para dictar el sobreseimiento de R. D. D.

Sostiene que el plazo de la etapa preparatoria no estaba vencido al momento de formularse la acusación pública.

Critica la actuación del juez en la audiencia de apertura, ya que actuó fuera de los límites otorgados por el artículo 274 del C.P.P., el cual dispone que su tarea será examinar la admisibilidad de la apertura de la investigación dispuesta por el fiscal, comunicar al imputado el inicio de la investigación y garantizar el derecho de defensa. Sin embargo, continúa,

///

el magistrado en sus recomendaciones al Ministerio Público Fiscal excedió ampliamente el marco de la audiencia, ya que al inicio de una investigación no puede encontrarse en condiciones de afirmar si es un hecho posible de probar.

El sobreseimiento dictado es una resolución infundada, confusa y arbitraria.

Por otro lado apunta que los jueces que examinaron la segunda prórroga solicitada por el Ministerio Público Fiscal no declararon vencido el plazo de la investigación, de manera que quien luego suscribe la resolución en crisis no puede desoír esa decisión.

III. La legitimación invocada por el Ministerio Fiscal para impugnar la sentencia dictada, encuentra sustento normativo en las disposiciones del Art. 371 incs. 1° y 2° del CPP.

IV. Luego de escuchar con atención el audio en el que consta la audiencia de apertura, concluyo que la resolución dictada por el juez penal, Guillermo Müller, es infundada.

Veamos.

El acto procesal de referencia se centró en controlar los plazos de la investigación. Las partes de este proceso se limitaron a informar las fechas en las que se celebraron distintos actos procesales. Todo ello obedeció al pedido de

///

sobreseimiento formulado por la defensa por vencimiento del término.

Esta información el juez la utilizó para dictar el sobreseimiento de D. por aplicación de los artículos 148, 282 y 285, inc.7° del C.P.P.

Lo paradójico es que en ningún momento declara la expiración del término.

En su exposición, comienza afirmando que el plazo de la investigación se agotaba los primeros días de julio (sin dar una fecha cierta), a raíz de la prórroga otorgada con fecha 5 de marzo de 2010, por el término de cuatro meses.

Renglón seguido indica que con fecha 7 de julio de ese año el Fiscal presenta la acusación.

Inmediatamente ingresa a analizar este escrito, y sostiene que los hechos que se describen son difusos e imprecisos. Adjudica al Ministerio Público Fiscal haberse apartado del principio de objetividad y que no primo el sentido común en la decisión de continuar con el trámite del proceso.

También sostuvo que la Fiscalía contaba con herramientas procesales para acelerar la comparecencia del imputado, y sin embargo no las utilizó.

///

Finaliza entonces afirmando que se venció el plazo de la etapa preparatoria.

Esta breve síntesis tiene por finalidad demostrar la carencia de fundamentos para aplicar la sanción establecida por el artículo 282.

El magistrado en ningún momento grafica en fechas el vencimiento del plazo, únicamente lo declara.

Por otro lado reconoce la presentación de la acusación, lo cual indica la conclusión de esta etapa (C.P.P., art. 284).

Sin embargo y, utilizando las críticas señaladas precedentemente contra este auto, alega que al no poder ubicar jurídicamente los sucesos imputados, y teniendo en cuenta el tiempo que transcurrió durante la investigación, correspondía dictar el sobreseimiento en el marco del inciso séptimo, es decir por vencimiento del plazo de la investigación o del proceso.

Entiendo, entonces, que la decisión del *a-quo* constituyó un acto ilegal, que importó una transgresión al principio "*in dubio pro actione*".

Ilegal porque no se fundó en ninguna norma legal.

En el caso de autos el plazo de investigación no se encontraba caduco, ya que la acusación se había introducido vigente el término de la primera prórroga.

Por lo demás, la caducidad es un modo anormal de terminación del proceso, de allí que su aplicación deba ser restrictiva y excepcional.

///

V. Por lo expuesto, postulo la revocación del sobreseimiento y la devolución de los presentes autos a la instancia de origen, para que continúen según su estado.

Así lo voto.

El juez **Jorge Pfleger** dijo:

I.- Breve introducción

Recaló este asunto en la Sala por consecuencia del recurso extraordinario deducido por el Ministerio Público Fiscal en desmedro de la decisión del Juez Penal de Comodoro Rivadavia, doctor Guillermo Müller, quien el 28 de Febrero de 2011 dispuso el sobreseimiento del imputado R. D. G. por considerar aplicables los preceptos de los arts. 282, 148 y 285 inc. 7° del C.P.P.Ch.

Este dispositivo fue tomado en la audiencia de apertura de la investigación, aun cuando el sujeto recibiera- oportunamente- acusación fiscal, acto en el que se le endilgó el delito de abuso sexual con acceso carnal al menos más de dos hechos en concurso real agravado por el vínculo y por la situación de convivencia (art. 119, 3° y 4° párrafo inc. b y f, art. 42 y 55, todos del Código Penal) como atribución principal.

Allí mismo, el Ministerio Fiscal formuló dos hipótesis alternativas. La primera implicó poner en cabeza del atribuido el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, al menos más de dos hechos

///

en concurso real, agravado por el vínculo y por la situación de convivencia (art. 119, 2° y 4° párrafo inc. b y f y art. 55 del C.Penal). La segunda inculpó a D. el delito de abuso sexual simple, al menos más de dos hechos, en concurso real agravado por el vínculo y por la situación de convivencia (art. 119, 1° y 5° párrafo inc. b y f y art. 55 del C.P.).

La queja quedó plasmada en el escrito de las hojas 135 a 144, cuyos aspectos salientes fueron expuestos por el señor Ministro Rebagliati. Su prolija relación me exime de reproducirlo, pues cabe el riesgo de una redundancia inaceptable.

II.- La solución del caso

A. Voy a principiar ésta, mi ponencia, con dos advertencias preliminares: la primera el adelanto de su epílogo; la segunda el tema de la atención a los precedentes de la Sala.

En lo que toca a lo inicial acompañaré al distinguido colega en la posición que sostuvo: la resolución impugnada debe ser removida.

Lo que le sigue es la preocupación que observo en punto a que los precedentes de la Sala no son atendidos por los Jueces de grado, quienes si bien no están obligados a su aceptación a ciegas deben al menos brindar mejores argumentos para sobrepujarla. Es verdad que la independencia interna de los Jueces es un modo de evitar la intromisión de cualquier órgano de grado de competencia superior, principio desde el que se articula toda factibilidad del trazado de líneas directrices que hagan peligrar los derechos de las personas a través de la unicidad del pensamiento. Pero no menos veraz resulta que si no se brindan razones plausibles para apartarse, los fallos de la última instancia procesal de la Provincia

///

resultan orientadores y hacen previsible la decisión final de un asunto, brindando certeza, previsión y trato igual a los iguales, además de economizar los procesos que, de otra manera, se dilatan por obra y gracia de los recursos cuyo destino es- por lo dicho- augurable.

B. Este caso guarda analogía al plantearse la misma situación dada con: **"B., B. A. p.s.a. Defraudación r/v A. A." (Expediente N° 21.839 - F° 162 - T° II - Letra "B" – Año 2009)** causa en la que se censuró una decisión similar.

Allí, como aquí se hará, se consideró que la resolución se había tomado en infracción a la ley formal en la medida en que el presupuesto que la cimentaba era equivocado lo que irritaba al orden jurídico que regía el caso, tal cual hoy.

B.1. Creo que, como lo hice ayer, es preciso establecer algunas ideas que sirvan de marco a este pronunciamiento.

Lo hago en afán de repicar una y otra vez la posición que sostuve en el pronunciamiento mentado precedentemente.

Cito por enésima vez, como criterio de interpretación, aquello que la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió hace mas de 30 años y que, para mí, es guía inexcusable para los Jueces.

Me refiero al precedente "S. y D., C. G. s/ autorización" del 6 de Noviembre de 1980 (Fallo 302:1284) en el que, con claridad meridiana, se estatuyó que: a. las leyes deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como la judicial b. No debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma y c. La misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la

///

realización de la justicia, no pueden prescindir de la ratio legis y del espíritu de la norma (ver el sumario en la página web de la CSJN, o en el volumen que contiene el fallo de marras).

Señalo, por lo demás, que como afirma correctamente Mirjan R. Damaska en su libro "Las caras de la Justicia y el Poder del Estado- Análisis comparado del proceso penal", que desde tiempos ha se han opuesto, al menos como camino de estudio, dos sistemas: el adversarial y el inquisitivo o de no contradicción. El primero- por ahora- puede conceptuarse como aquél que "...surge a partir de una contienda o disputa: se desarrolla como el compromiso de dos adversarios ante un Juez relativamente pasivo, cuyo deber primordial es dictar un veredicto..."; el otro "...está estructurado como investigación oficial. Bajo el primer sistema los dos adversarios se hacen cargo de la acción judicial; bajo el segundo, la mayor parte de las acciones son llevadas a cabo por los funcionarios encargados de administrar justicia..." (ver el autor en la obra citada, Editorial Jurídica de Chile, página 13).

Creo entender de dicho autor que ambos sistemas raramente se dan en estado puro.

Parece fácil determinar esa condición en el sistema inquisitivo, pues una prueba cabal de ello es el sistema mixto, reemplazado en nuestro ordenamiento por el que rige.

No lo es tanto cuando llega la hora de focalizar las diferentes variables del otro, al que llamaremos acusatorio.

Creo que en nuestro caso la legislación de fondo en lo que atañe al ejercicio de las acciones condiciona fuertemente la devolución del litigio a las partes, pues no debe olvidarse la supremacía de este derecho por imperio de la Constitución Federal (art. 75 inc. 12 y 31 de la C.N.)

Esto también incide, de modo potente, en la aplicación de los institutos procesales regulados en digestos que se enrolan en la adversarialidad y en la interpretación misma de las normas que establecen roles.

Por fin, en esta pequeña semblanza introductoria, no puede dejarse de pensar en que el

///

proceso penal vigente puede fragmentarse en tres etapas: a. la investigación preliminar a cargo del fiscal b. el descubrimiento de la prueba y la concretización de la imputación en la faz intermedia. c. el Juicio y la sentencia, y- por fin- los recursos.

En nuestro caso, la preocupación se centra en decodificar los postulados que refieren a la primera de esas fases o etapas.

B.2. Ese sendero de análisis no puede recorrerse sino a través de la observación del caso, que nos va a conducir, paulatinamente, a la inteligencia que le brindamos a las normas en juego.

En rigor de verdad- y vuelvo a adherir a la posición del Ministro que lidera el acuerdo- la verificación de los hitos procesales del legajo hablan a las claras de que el Juez actuó en error.

La mera confrontación de los tiempos, sin entrar en el acierto o error de la decisión del Juez que estableció límites (tópica precluida), habla a las claras de que los plazos no estaban vencidos al tiempo del dictado del decisorio.

La resolución del doctor Rago (ver fs. 35), que fue tomada en audiencia a la que el imputado no compareció, jamás se protestó y peor aún cuando fue ratificada- en presencia de la defensa – al tiempo de tratarse el tema de la nueva prórroga, que quedó obturada por la presentación de la acusación el 7 de Julio de 2010, recomendada incluso allí mismo (ver acta de la hoja 61)

Así las cosas, es éste el motivo que permite brindar acogida a la impugnación articulada.

Como exterioricé en la causa citada en el ítem **B**, no es necesaria la audiencia preliminar para que, acuciado por los términos, el Fiscal realice la Acusación, puesto que la audiencia no es un presupuesto indispensable para su producción.

En ese instante respondí- en segundo lugar- a lo que podría ser una objeción fuerte, la redacción del art. 291 del C.P.P que estatuye que "...En ningún caso el Fiscal acusará sin que antes se haya concedido al imputado la posibilidad de ser oído, en la forma prevista para su declaración...", cuestión que aquí- obviamente- no ha sucedido.

///

Sobre el primer asunto, analicé el tema con precaución y observe del propio texto de la norma que no resultaba del todo claro si la audiencia de marras poseía la calidad que, en esta búsqueda intelectual, se le atribuía.

Y así dije pues ella (la audiencia de apertura) no es un acto intimatorio, asimilable al de interpelación, intimación o legitimación pasiva o declaración del imputado de los Códigos Mixtos.

Ni aún la incorporación- equivocada para mí- de la formula que obliga a la asistencia del imputado, revierte esta consideración.

Pondero más potente una posición que la defina como el instante procesal en que la investigación se judicializa y se hace patente el control de legalidad, por el Juez de las Garantías, de la actividad preparatoria del Fiscal y su contra- cara: el aseguramiento genérico del derecho de defensa del atribuido.

El artículo 274 del ritual, de otro lado, contiene una contradicción que sólo puede resolverse mediante la interpretación que me permito proponer para superar el primer dilema planteado.

Ello es así pues si bien el texto actual prescribe que a la audiencia deberá comparecer el atribuido, pocas líneas más adelante el precepto consigna que si se ampliare la investigación por razón de nuevos hechos y aparecieren nuevos imputados la audiencia no resultará necesaria (ver art. 274 "in fine" del C.P.P, en la redacción vigente al tiempo de su aplicación, la reforma lo ha cambiado).

No puede explicarse seriamente qué privilegios se justificaban en relación con el primer atribuido respecto de los que se determinaran en el devenir, de manera tal que esta norma bien merecía el calificativo de abstrusa y en consecuencia sus predicados han de ponderarse de modo tal que el sistema no padezca mella.

Por consecuencia – ya lo sostuve- el incumplimiento del deber de comparecer, a menos que el atribuido pretenda ejercer sus derechos, no apareja consecuencias negativas al desarrollo del proceso, pues si el sentido del acto es darle noticia

///

y no legitimarlo pasivamente, como ya expresé, ese imperativo pierde sentido.

Nótese que existen en el Código procedimientos especiales en los que, para mí, la audiencia que se analiza puede soslayarse.

Tal es el caso del art. 414 del C.P.P y ss. establecidos para el juzgamiento de ciertos delitos, en la que no pareciera resultar esencial.

También se eludía como factor necesario- y aquí acudo al pasado, al Código tal como fue sancionado- en los supuestos de rebeldía, art. 85 modificado por Ley 5187, ya que éste preveía que aquella declaración "...no suspenderá el procedimiento ni las resoluciones hasta la presentación de la Acusación...". Este criterio, a mi juicio, resultaba lógico en la medida en que no debemos perder de vista que el punto neurálgico del sistema es el juicio y, en orden anterior, la audiencia preliminar del art. 295, instante en que se realiza el verdadero control de la fuerza de la imputación y de su sustento para ser debatido.

Evoco aquí la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación citada en párrafos anteriores, pues frente a normas del talante de la que nos preocupa, la solución de equidad que deje incólume la homeostasis del sistema es la preferida.

Pero, repito, lo interesante aquí es destacar que la realización de la audiencia no es obstáculo para la acusación pues no se trata, como se ha sostenido, de un acto de "intimación" sino de "imposición", de "noticia" y de control de regularidad, por el órgano jurisdiccional que corresponde.

Aunque necesaria en el proceso, por propia imposición normativa- y salvo las excepciones a las que he hecho referencias- tengo para mí que la presentación de la acusación antes de aquella es posible, cuando se dan circunstancias como las que suceden en autos, tal se ha justificado ideológicamente en los renglones pasados.

Otrora resolví, por lo demás, la segunda valla que me planteaba como contra- argumento de mi tesitura

///

Dije al respecto que el art. 291 del adjetivo consagraba la obligación de dar al imputado "...la posibilidad de ser oído..." antes de pronunciar la acusación. Que si aceptábamos, como lo hacemos, que la audiencia de apertura de la investigación no constituía un presupuesto para la acusación, habría que verificar dos hechos: a. si se ha controlado la regularidad del procedimiento b. si el imputado ha tenido ocasión de ser escuchado.

En ambos casos la respuesta fue afirmativa: a. el imputado conocía la existencia del trámite, y contaba con un defensor técnico b. hubo Juez que controló la regularidad de la actividad del proceso: aquél que concedió las prórrogas

Puse de resalto que durante el devenir del caso, las notificaciones al atribuido resultaron infructuosas por causas ajenas al Ministerio Público.

Y en consecuencia me interrogué acerca del camino interpretativo a seguir.

Y me atreví a consignar, en principio, que cumplidos estos recaudos el presente estado de cosas resulta más beneficioso para el ejercicio de los derechos del atribuido, siempre que continuara la audiencia que el Juez abortó equivocadamente.

Como otrora, el fiscal ha exhibido su estrategia de imputación y las pruebas, otorgándole una posibilidad mejor de confutarlas, no podrá cambiarla luego y el imputado ejercerá, si así lo decide, sus derechos sobre bases mucho más consistentes que las que hubiera poseído al comienzo, pues el descubrimiento, quiérase o no, se ha producido.

Es cierto que lo expuesto puede sugerir la existencia de una situación paradojal: esto es que la audiencia de apertura se ayunte al cierre de la etapa preliminar, pero a la luz de lo que decíamos arriba respecto de la naturaleza del sistema y de las fases más relevantes del proceso ¿cuál será el perjuicio?, me interrogo, si acaso las perspectivas avientan cualquier situación de ese tenor y engarzan las normas para dejarlas a todas en armonía dentro del marco del proceso tal ha sido concebido.

Técnicamente el imputado no estuvo en rebeldía y pocas chances le quedaron al Ministerio Público más

que insistir en las solicitudes de prórroga y presentar acusación.

Todo esto, por fin, me conduce a proponer la revocación de lo decidido pues el único argumento dado para cancelar la persecución ha sido ponderar el transcurso del tiempo sin atender a las particularidades del proceso, la presentación de la acusación y los avatares para la comparecencia del imputado, y los principios equidad presentes en toda decisión judicial.

B. 3. Muy a mi pesar, debo destacar que, más allá del respecto intelectual y moral que merece su emisor, los fundamentos dados (que están expuestos en el registro de audio anexo y el acta labrada) son febles, por momentos confusos y hasta con algún ribete de inconsistencia, ya que, desafortunadamente, no ha considerado el menú de temas que la situación implica; circunstancia que conspira- a mi parecer- contra la esencia misma del pronunciamiento que ha de ser, como todos, una derivación razonada del derecho vigente con apego a las constancias de la causa.

Los problemas derivados del discurso de justificación de una sentencia no son menores. Y aún cuando considere que excede el marco que fijan los recursos articulados, sería deseable que, en lo sucesivo, se adoptara el criterio de preparar con esmero las basas de las soluciones antes de pronunciarlas para mejor claridad hacia las partes, los Tribunales de revisión y el pueblo mismo, que aún de manera simple, espera de los Jueces una explicación razonada de sus fallos.

El colega de Sala lo ha expuesto con toda precisión de modo tal que más palabras serían indeseables.

Como lo anuncié, entonces, el sobreseimiento debe revocarse y devolverse el trámite a la Oficina Judicial para su continuación.

Así voto.

El juez **José Luis Pasutti** dijo:

I. El artículo 25, último párrafo, del Código Procesal Penal, me impone la obligación de exponer los fundamentos que encuentro para confirmar o revocar la decisión atacada, de modo extraordinario,

///

por el Ministerio Público Fiscal de la ciudad de Comodoro Rivadavia, contra la resolución dictada en autos por el Juez Penal Guillermo Müller, el día 28 de febrero de 2011, protocolizada bajo el N° 203 del año 2011.

Omitiré toda reseña sobre el caso y los planteos recursivos, pues el relato que precedentemente llevó a cabo el Juez Rebagliati Russell sobre ambos temas, resulta suficiente.

II. Los Ministros que ya emitieron su voto, analizaron la decisión y concluyeron que la acusación glosada a fojas 62/66 y vuelta, había sido correctamente formulada.

Comparto la opinión de mis colegas en este aspecto, pues el titular de la acción penal introdujo la acusación antes de que feneciera el término de la investigación preparatoria, otorgado en la primera prórroga.

Ciertamente, el sobreseimiento fue dispuesto en el marco de la audiencia de apertura de la investigación, cuando el titular de la vindicta pública ya había presentado acusación.

Es que, ante la imposibilidad de llevar adelante la audiencia del artículo 274 del rito, por incomparecencia del imputado, y la proximidad del vencimiento del plazo otorgado por la primera prórroga, el Ministerio Público Fiscal se vio impulsado a formular acusación.

Tal circunstancia no tornó irregular el proceso, pues el imputado en la instancia procesal en la que se encontraba la causa tuvo ocasión de controlar la regularidad de aquél y asegurar su defensa.

Así las cosas, la decisión del a quo, se fundó en una inteligencia contraria a las normas legales que rigen la materia y además, se opuso, con razones endebles y ambiguas, al principio jurídico que establece la aplicación restrictiva de los modos anormales de terminación del proceso, como la caducidad.

III. Por todo lo expuesto, habré de concordar con los Ministros prevotantes en hacer lugar al remedio extraordinario deducido por las representantes del Ministerio Público Fiscal, y revocar la decisión adoptada por el Juez Penal de la

///

Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, cosida a fojas 134 y vuelta, ya que el plazo de investigación que tenía la Fiscal no se hallaba vencido al momento en que el magistrado dictó el sobreseimiento del atribuido, y la acusación así formulada resultaba válida.

De manera que deberán devolverse las actuaciones a la instancia de origen, para que continúen según su estado.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) Declarar procedente la impugnación extraordinaria interpuesta a fs. 135/44.

2°) Revocar la resolución protocolizada bajo el nro. 206/2011, obrante a fs. 134 y vta.

3°) Disponer el reenvío de las presentes actuaciones a la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia, a sus efectos.

4°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo. Daniel A. Rebagliati Russell-Jorge Pfleger-José Luis Pasutti-Ante mi: José A. Ferreyra Secretario. Registrada bajo el n° 47 del año 2012. Conste.

///