En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 22 días del mes de Septiembre del año dos mil catorce, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Jorge Pfleger, Daniel Alejandro Rebagliati Russell y Alejandro Javier Panizzi, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"PCIA. DEL CHUBUT C/G. D. A.-J. A. M. s/víctima-El Maiten"**(Expediente N° 21.227 –F 56 – Año 2008).

Del sorteo resultó el siguiente orden para la emisión de los votos: Pfleger, Panizzi y Rebagliati Russell.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Los antecedentes del caso

a. Ha llegado a conocimiento de la Sala, por vía de la impugnación extraordinaria del Ministerio Público Fiscal, la sentencia de la Cámara en lo Penal de Esquel que el día tres de Mayo del año dos mil trece, falló: "… 1) *Hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado D. A. G.; 2) Revocar la sentencia Nro. 2042/2012 OJ Esquel dictada en fecha 18 de octubre de 2012; 3) Absolver al acusado D. A. G., cuyas demás circunstancias*

///

personales obran en autos, respecto del hecho ilícito por el que fuera sometido proceso…"

b. En el auto de apertura del juicio oral, sobre el que versó el debate, el hecho objeto de imputación fue: *"…el episodio ocurrido en la localidad de El Maitén, en un lugar descampado a orillas del río Chubut, más precisamente en el mes de junio del año 2001, probablemente durante el mes de junio, en circunstancia en que D. A. G., procedió a abusar sexualmente de A. M. J., quien para esa fecha contaba con 11 años de edad, accediéndola carnalmente por vía vaginal, mediante fuerza física, en dos oportunidades (con una separación de aproximadamente dos semanas); resultado de estos hechos el embarazo y posterior nacimiento de C. A. J. verificado el día 25/03/2002. Que en ambas oportunidades G., interceptó a la menor cuando esta regresaba a su casa desde la iglesia; en una zona descampada, luego de cruzar el puente del río Chubut; la llamó de algún modo, la tomó de la mano llevándola hacia la costa del río, siendo ya de noche (aproximadamente las 21,30 horas), tirándola a los pastos, bajándole los pantalones y la bombacha sujetándola mediante la fuerza y utilizando todo su cuerpo y sometiéndola*

///

sexualmente con acceso carnal por vía vaginal, para luego dejarla el lugar, alejándose…"

Luego del debate, en la sentencia subsecuente, se circunscribió el hecho: "… *a una sola relación sexual entre el imputado y A. M., sin violencia física ni amenazas, ya que en el debate la víctima dijo que había sido un solo hecho y no dos -como imputó el MPF- en el mes de junio del año 2001, año cuando la nombrada contaba con 11 años de edad y por lo tanto no tenía capacidad para consentir, interpretar y decidir sobre una relación sexual, máxime frente a un muchacho de casi 20 años de edad…*" y se calificó la conducta como constitutiva del delito de abuso sexual con acceso carnal (art. 119 primero y tercer párrafo del C.P.).

El Tribunal de Jueces Penales condenó al encausado a pasar seis años en prisión, imponiéndole las accesorias legales y costas.

c. La sentencia de la Cámara Penal.

El Tribunal del recurso ordinario, luego de un pormenorizado análisis del soporte fáctico y sus incidencias jurídicas, mudó la relevancia legal del hecho hacia la figura del Estupro (art. 120 del Código Penal), y concluyó en que había extinguido la acción penal por obra de la

///

prescripción, razón por la cual revocó la sentencia controlada y absolvió a D. A. G..

c. El recurso

1. El Ministerio Público Fiscal introdujo impugnación extraordinaria en el escrito agregado a fojas 281/300.

En su presentación, el apelante dividió su alegación en dos partes, a saber: 1) "… ***la resolución atacada es producto esencialmente de una errónea aplicación de la ley penal, en particular de lo normado por los arts. 59 in. 3, 62 inc. 2 y 67 del CP….***" y, 2) "***...la resolución es el producto de un procedimiento defectuoso, en relación al previsto por las reglas del C.P.P. en tanto se han afectado gravemente las facultades del M.P.F. y el principio de igualdad entre las partes; se ha violentado el principio de preclusión, de lealtad y buena fe procesal; se ha resuelto la cuestión con evidente arbitrariedad en la lectura y valoración de los antecedentes del caso; la Cámara Penal se ha excedido en su competencia para decidir (arts. 370, 373 inc. 3ro. 378 inc. 2do. 375 inc. 1, y 376 inc. 1), y asimismo se ha aplicado erróneamente el derecho…***"

2. En el desarrollo del primer agravio, luego de reseñar los votos examinados, se expidió sobre

///

lo que consideró una errónea aplicación del derecho por parte del Tribunal revisor.

Al respecto, puso de manifiesto que el artículo 59 inc. 3 del C.P. establece que la acción penal se extinguirá por la prescripción, y señaló que su igual 62 inc. 2do. Estipula que la acción se prescribirá: "… después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratara de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años…".

En esa inteligencia resaltó que el tribunal del juicio condenó a D. A. G. como autor penalmente responsable del delito de "Abuso sexual con acceso carnal" en los términos del art. 119 primer y tercer párrafo del C.P, norma que prevé una escala penal entre seis y quince años.

Dijo que, así, debían transcurrir doce años, desde el día en que el hecho se cometió sin que se hubiera dictado sentencia o acontecido algunos de los supuestos del art. 67 del C.P. (interrupción o suspensión)

Puso de relieve que los Jueces de la "a-quo", consideraron que se había acreditado un error de prohibición vencible y que, conforme las posturas

///

doctrinarias expuestas en sostén, acudieron a la escala penal de la figura del estupro (art. 120 del C.P.) errando en la aplicación del derecho.

Sostuvo que corregir la pena en orden a la culpabilidad disminuida advertida por el Tribunal, en modo alguno indica que el análisis de la prescripción deba hacerse a la luz de aquella figura penal.

El impugnante puso en duda que los jueces puedan acudir, como lo hicieron, a la escala del "Estupro" por considerarla adecuada al grado de culpabilidad acreditado en el juicio, por aplicación de la analogía "in bonan partem", pero negó rotundamente que esa remisión por analogía pudiera impactar en el plazo de la prescripción de un hecho que fue y seguirá siendo una violación en los términos del art. 119 primer y tercer párrafo del Código Penal.

En la segunda parte de la impugnación, el Fiscal denunció que la "a-quo" había realizado un análisis indebido de la sentencia de la revisión anterior que había declarado la nulidad de todo lo actuado a partir de la apertura.

Afirmó que de esa forma había dado un alcance nulificatorio que el propio fallo no tenía, excediéndose en su capacidad revisora, al punto de constituir una arbitrariedad.

///

Realizó una profusa queja de la implementación del sistema procesal y de la demora inherente al trámite.

En ese camino volvió a cargar contra las nulidades decretadas en el pasado y reclamó la vigencia del decreto de apertura y de la acusación.

Bajo esa perspectiva advirtió que la acción penal seguía viva por no haberse cumplido el plazo establecido por la norma (arts. 62 inc. 2° del Código Penal) aún tomando como base la pena máxima prevista para el delito de Estupro (6 años).

En el final hizo reserva del caso federal y solicitó que se adecuara a derecho la sentencia recurrida y se declarara el derecho aplicable.

II. La solución

a. Nomás empezar me permitiré anunciar el epílogo de ésta mi ponencia al Acuerdo: soy del criterio de que la sentencia en crisis debe ser confirmada y D. A. G. absuelto de los cargos que se formularon en su perjuicio.

Preludio también con una expresa mención al virtuosismo de los Jueces que integraron la Cámara Penal que decidió el asunto, pues agotaron el tema con profundas y sesudas reflexiones

///

abonadas con ajustadas citas de doctrina y jurisprudencia.

Y si bien cada cual dio su matiz a cada voto, pondero por igual los trabajos porque lo merecen.

b. Indico también la decepción que me provoca el lapso que ha insumido la sustanciación del caso, en relación con lo que fue su objeto.

Tomo nota del tiempo que insumió la sustanciación del primer recurso extraordinario para meditar seriamente acerca de la efectividad del sistema establecido por el Código Moderno en la materia, especialmente en lo que concierne a la capacidad impugnativa del Ministerio Fiscal.

c. Al paso de las letras, apunto a una dificultad que pareciera ingénita al comportamiento judicial y que se manifiesta aquí con una proyección que alarma.

Me refiero a la inteligencia dada a la decisión de la Sala Penal que está añadida entre las hojas 115 a 120 que confirmó aquella que obra entre las hojas 37 a 48.

Si la sentencia de marras anuló todo lo actuado por falta de instancia a partir de la apertura de la investigación, ello implicó la sanción para ese acto. Porque si la barrera de procedibilidad no había sido levantada, mal podía desarrollarse un devenir válido. El uso de la

///

locución “viciado” y la liberalidad lingüística “…efecto difusivo…” en mi voto (una trasgresión que asocié a las voces difundir o propagar) se referían a todo cuanto hubiera sucedido sin instancia correctamente habilitada.

Y propondría una solución drástica del problema sobre esa base, por observancia irregular de la nulidad declarada, si acaso no enfrentara un dilema que se resuelve en favor de la más razonable decisión.

Es que si coincido con los argumentos dados por la Cámara que, en análisis sustancial, provocó la liberación del causante por prescripción, flaco favor haría a la Ley reivindicarla por su mero valor.

d. Una digresión. He leído con atención el recurso del Ministerio Público Fiscal y, al respecto, me voy a permitir indicar que sin perjuicio de los argumentos que lo abastecen, conductores de la idea que el autor pone empeño en la tarea lo que es muy loable, tiene el defecto, en su epílogo, del lenguaje emocional y el argumento efectista.

Pero no merece la instancia una prodigalidad de palabras tal que exceden el marco de la estricta competencia que tiene asignada; limitada

///

al tratamiento de cuestiones estrictamente jurídicas.

Es verdad que el énfasis discursivo es un elemento vital para quien sostiene una posición, pero ha de administrárselo de manera adecuada al estadio procesal en que se desarrolla.

e. Apunto, a esta altura, las limitaciones del recurso fiscal en la instancia. No debe perderse de vista que las disposiciones del Código en la materia son simétricas a la casación tradicional y que, por consecuencia, la mera discrepancia con la opinión jurídica del Tribunal apelado no es aceptable como fundamento para la admisibilidad, salvo el supuesto de error grosero o palmaria ilegalidad o contradicción con la jurisprudencia constante de la Sala.

Empero, la naturaleza del caso y su originalidad exige brindarle tratamiento a la cuestión.

f. Ya en plan de referir estrictamente al asunto, reitero mi coincidencia con la posición de la mayoría de la Cámara Penal en el asunto.

No me parece desatinado, sino lo contrario, buscar soluciones justas que permitan la aplicación de la ley con apego a las circunstancias especiales de cada caso.

///

Esta sería una frase vacía de contenido sino se nutriera, en el litigio, de una verdad que la instancia de control ordinario construyó con acierto: el imputado obró bajo los efectos de un error vencible de prohibición, dado el contexto en que se produjo la relación sexual consensuada.

g. La solución de referir al art. 120 del Código Penal es válida.

Comparto en ese sentido la posición del doctor Montenovo en la búsqueda de una escala acorde el remanente de reprochabilidad, que no será arbitraria si el Juzgador selecciona el tipo en que ese remanente encaja perfectamente.

h. Y como el delito es una construcción que surge de la reunión de todas las condiciones necesarias para la aplicación de la pena (pena o medida que constituyen su esencia), y el Estado- prescripción mediante- renuncia a su capacidad de perseguir sobre la base de una escala de punición, halla razón la manera de solución encontrada.

Pues el motivo fundante del instituto de que se trata es la falta de interés social en sancionar al delincuente, pues ello ha perdido sentido.

i. El argumento desarrollado por la impugnante tendría asidero en otro momento

///

procesal, cuando la determinación de los presupuestos de la pena no están definidos.

Pero cuando la decisión jurisdiccional estableció certeramente los hechos, es la escala aplicable la que cobra relevancia.

j. Así las cosas – y especialmente acorde a lo expuesto en el ítem **c.** de este trabajo- creo que los hitos que tomó la Cámara para contar los tiempos de prescripción son los correctos y el contraste con el rango penal aplicable da como resultado la extinción de la acción (art. 59 inc. 3°, 62, inc. 2° y 67 del C.P.)

III. Epílogo

En consecuencia, propongo que se rechace la impugnación del Ministerio Público Fiscal y se confirme la sentencia en crisis, en lo que ha sido materia de recurso.

Así me expido y voto.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Como ha quedado expuesto en el primer voto, convoca la atención de la Sala la impugnación extraordinaria del fiscal general Fernando Luis Rivarola (hojas 281/300) en desmedro de la sentencia N° 924/2013 emitida por la Cámara en lo Penal de Esquel –integrada por los jueces Leonardo Pitcovsky, Mónica Rodríguez y Martín Montenovo.

///

Esa decisión jurisdiccional admitió la impugnación ordinaria de la defensa técnica del imputado D. A. G., revocó el fallo condenatorio y lo absolvió.

La relación efectuada en el primer sufragio con respecto a la motivación del recurso, me exime de repetirla, a fin de no aburrir al lector.

II. Coincidiré con el ministro Pfleger en punto a la apreciación de que en el trámite se inobservaron los efectos de la nulidad del juicio y de todo lo actuado, decretada por medio de la resolución N° 534/07 del Tribunal Colegiado de Esquel (hojas 37/48), que esta Sala confirmó mediante la sentencia N° 58/2010, de fecha 22/10/2010 (fojas 115/120 y vuelta).

Es decir, aquel pronunciamiento, que declaró la nulidad del juicio y de todo lo actuado en la carpeta judicial a partir de la apertura de la investigación, implicaba una anulación total del trámite cumplido y exigía que el proceso se renovara íntegramente.

Sin embargo, observo que radicadas las actuaciones en la instancia inicial, el fiscal general Fernando Luis Rivarola, en las hojas 152/155, presentó derechamente la acusación.

///

Así las cosas, el nuevo trámite careció de etapa preparatoria, lo cual no sólo implica el quebrantamiento de la normativa ritual, sino también el apartamiento de decisiones judiciales firmes.

La etapa preparatoria, de acuerdo al artículo 256 del Código Procesal Penal, *tendrá por objeto determinar si hay base para el juicio, mediante la recolección de los elementos que permitan fundar la acusación y la defensa del imputado*.

Se halla erigida como fase esencial del procedimiento y como un imperativo legal, a punto a tal que la última parte del artículo 274 del digesto doméstico –referido a la audiencia de apertura de la investigación- ordena que si se amplía el objeto o se incorporan nuevos hechos o imputados, será necesaria una nueva audiencia.

Así las cosas, la ausencia de apertura de la investigación, atenta contra el debido proceso. De modo que la acusación presentada carece de validez y no surte los efectos que le confiere el artículo 291 del ceremonial.

El vicio detectado no provocará las consecuencias jurídicas propias de este tipo de sanciones procesales, ya que se ha excedido

largamente el plazo razonable al que aluden los Pactos Internacionales, desde que el trámite se inició. Es decir, se ha verificado un transcurso ocioso del tiempo sin que el Estado haya realizado actividad útil para obtener un pronunciamiento.

Por lo tanto, declararé el sobreseimiento de D. A. G..

III. Por otro costado, al solo efecto *obiter dictum*, apuntaré que resulta paradójico que los miembros del tribunal de alzada luego de tener por probado el hecho insimulado por el acusador público -abuso sexual cometido en perjuicio de una menor de trece años, agravado por haber existido acceso carnal-, encuadren el accionar del incuso en la figura del estupro, por considerar que aquél obró con error de prohibición vencible.

El tribunal no puede acudir a una ficción para aplicar una figura jurídica artificial. Ello por cuanto la ausencia de un tipo culposo de violación, impide echar mano de un injusto de menor culpabilidad, como ha sucedido en el trámite.

Los sentenciadores deportaron la mensura de la culpabilidad, que debe hacerse en el momento de establecer la pena, al tiempo de juzgar la

///

existencia o no de culpabilidad del atribuido. Sigo a Claus Roxin en cuanto sostiene que el efecto atenuante de la ilicitud sólo puede tener lugar en el ámbito de la individualización de la pena (citado por Enrique Bacigalupo en "Derecho Penal - Parte General" Ed. Hammurabi, página 411).

La decisión de la Cámara en lo Penal de la ciudad cordillerana es arbitraria, por ilegal. Sin embargo, la solución propiciada en el apartado II. me obliga a sobreseer al atribuido.

IV. En resumen, los argumentos expuestos por el Fiscal General son acertados. No obstante lo cual, las razones invocadas con respecto al vencimiento del plazo razonable, hacen que propicie que este Tribunal ejerza la casación positiva, y se sobresea a D. A. G., (fundamentos esgrimidos en el punto II. de este sufragio).

Así voto.

El juez **Daniel Alejandro Rebagliati Russell** dijo:

I) Con el voto de mis colegas se ha resuelto la suerte de este largo proceso sobre el que poco me queda por agregar.

Nada diré sobre la sentencia recurrida pues la existencia de vicios en el procedimiento permite avizorar que inevitablemente el

///

pronunciamiento resultará afectado en su validez y, al mismo tiempo, impedido de ser objeto de reenvío para la renovación de lo actuado.

En efecto, como bien se ha dicho en los votos precedentes, la sentencia dictada por esta Sala y obrante a fs. 115/120 había confirmado la pronunciada por la Cámara Penal de Esquel a fs. 37/48. En esta última se resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la apertura de investigación.

Dicho acto también ingresaba dentro de los anulados, pues de lo que se trataba era de la ausencia de instancia, requisito ineludible en los delitos indicados en el art. 72 inc. 1 del C. Penal.

Devueltas las actuaciones, la Fiscalía presentó directamente la acusación omitiendo de este modo toda actividad previa, en especial aquella que tenía que ver con el ejercicio de la acción dependiente de instancia privada que se había reclamado e indicado claramente en los fallos precedentes.

No es posible en esta instancia extraordinaria disponer un nuevo reenvío de los autos para la corrección de lo omitido, pues la parte acusadora debe absorber ahora las consecuencias de su remiso accionar.

///

Dichas consecuencias no son otras que la afectación al debido proceso por el transcurso del plazo razonable previsto en el Art. 44 de la Const. Provincial, 19 y 146 del C.P.P.

En efecto, se trata de una causa iniciada en noviembre del año 2006, por un hecho que habría ocurrido a mediados del año 2001. Es decir, han transcurrido 13 años desde esto último y más de 7 desde que se iniciaron las actuaciones judiciales.

La complejidad, desde el punto de vista de la investigación resultaba mínima, pues la parte contaba con prueba testimonial, documental e informe pericial genético suficiente como para llevar a cabo adecuadamente y en tiempo oportuno la acción penal.

Las contingencias procesales adversas al acusador no pueden ser puestas ahora sobre las espaldas del imputado, pues no ha sido éste quien ha concurrido a provocarlas. El tiempo transcurrido excede al que manda la norma procesal, y por ende la situación del arrimado a proceso debe ser resuelta de conformidad con lo preceptuado en el Art. 147 del CPP.

Corresponde así dictar el sobreseimiento de D. A. G. y remitir las actuaciones a la

///

instancia de origen para su archivo. Así lo voto.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) Declarar el sobreseimiento de D. A. G..-

2°) Remitir las actuaciones a la instancia de origen para su archivo.

3°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo. Jorge Pfleger- Alejandro Javier Panizzi-Daniel A. Rebagliati Russell-
Ante mi José A. Ferreyra Secretario

///