CAUSA:"Provincia del Chubut c/ G., D. A." {Carpeta Judicial N° 14 - Legajo Fiscal N6 9206/04)

En Esquel, Provincia del Chubut, a los tres dias del mes de mayo del año dos mil trece, en la Sede de la Cámara en lo Penal de Esquel, integrada por el Dr. Leonardo Pitcovsky- a cargo de la Presidencia- y los Dres. Mónica Rodríquez y Martin Montenovo, se procede a dictar sentencia en el caso **"PCIA. del CHUBUT c/ G., D. A. (Carpeta Judicial N° 14 — NUF 9206/04)**, que se le sique a D. A. G., argentino, titular del DNI N° XX.XXX.XXX, nacido en El Maitén Provincia del Chubut el 10 de J. de 1981, hijo de J. C. y de N. Arb, soltero, instruido, empleado, domiciliado en calle L. P. s/n de la localidad de El Maitén Provincia del Chubut, y en el que son partes el Ministerio Público Fiscal, representado en el debate y en la audiencia de impugnación por el Sr. Fiscal General Dr. Fernando Rivarola y el Sr. Defensor Particular

Dr. R. G., como defensor técnico del imputado.

---------- Y **CONSIDERANDO:** ---------- ------

Ha llegado el presente caso a la instancia planteada para resolver la impugnación ordinaria (art. 374 del C.P.P.) que fuera deducida por el Dr. R. J. G., Defensor particular de D. A. G., contra las sentencias dictadas en contra de su pupilo por el Tribunal de Juicio, los días 18 de Octubre y 4 de Diciembre de 2012, mediante las que se le impuso a D. A. G.,' la pena de Seis años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12,29 inc. 3, 40 y 41 del C. Penal y 239, 240 y 241 del C.P.P.) como autor material y penalmente responsable del delito de Abuso sexual con acceso carnal calificado por haber sido cometido contra una menor de trece años

(arts. 45 y 119, tercer párrafo en del C. Penal}, por el hecho perpetrado en la localidad de El Maitén, en perjuicio de A.M.J.

El impugnante interpuso recurso contra el resolutorio aludido que condenara a G., solicitando se lo absuelva de culpa y cargo en tanto consideró que el tiempo transcurrido desde el hecho como desde la denuncia, al igual que desde el debate en 2007 hasta la fecha, son indicadores de la vulneración de lo prescripto por los Tratados Internacionales, es decir, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable {art. 8 CADH).

Asimismo adujo que el tratamiento dado al caso fue arbitrario, al hacer caso omiso a lo declarado por el imputado respecto a que, si bien afirmó haber mantenido por ese entonces una relación con la joven J., desconocía la edad de ésta y creyó que tenía más de 14 años de edad, incurriendo así en un error de prohibición insalvable, lo que constituye en atípica la conducta del mismo. Para sostener esta tesis, explayó las circunstancias que generaron el error; así, el aspecto físico de la víctima y su modo de vida, pues la joven vivía sola en la "casa de la iglesia", trabajaba como doméstica, retornaba a su casa a altas horas de la noche y no tenía buena comunicación con su madre, cuestiones éstas que fueron corroboradas por todos los informes ambientales y psicológicos tanto de la víctima como del imputado. Agregó al respecto que es el Estado quien debe Probar el conocimiento de la edad de la víctima por el imputado.

En otro punto planteó la excepción de falta de acción, en razón de que la damnificada radicó una denuncia por abuso sexual con acceso carnal respecto de Pantaleón V., no de su defendido, y expresó claramente que no quería denunciar a G. por los motivos que expuso en esa oportunidad, en septiembre de 2004, aludiendo a que en dicho acto procesal fue interrogada acerca de las circunstancias en las que habría concebido a su hija C. A., lo que se deduce de la contestación ya que la pregunta no consta en el acta. Puso de resalto que con ello se violentó su derecho contra injerencias arbitrarias en su vida íntima y familiar (art. 16 CDN).

Afirmó que habiéndose nulificado el proceso desde la apertura de la investigación, resolutorio que se encuentra firme, las pruebas con las que se cuenta son las mismas, y por lo tanto es una fiel reproducción de lo acontecido en el marco del debate efectuado en el año 2007. Reprodujo pasajes de los votos para concluir -en que ante las dos versiones contradictorias, los dichos de ambos, la víctima y el imputado, y la falta de otras pruebas debe sin más estarse a favor del imputado aplicando la máxima "in dubio pro reo."

Citó jurisprudencia local en caso análogo "Provincia de Chubut c/ Colque, Eulogio Eleodoro s/ Abuso Sexual" Carpeta N° 976 OFÍJÜE.

En su conteste, el Fiscal General, Dr. Fernando RIVAROLA, contestó que el Defensor sólo se limita a reiterar sintéticamente todos y cada uno de los postulados de su propia teoría del caso, lo que no conmueve la pieza atacada, que se muestra como un acto jurisdiccional válido.

Expresó que en el juicio el Tribunal con claridad rechazó la excepción de falta de acción, ahora reeditada sin poder demostrar cual ha sido el vicio de arbitrariedad que se habría cometido.

Aseveró que el Tribunal en la sentencia ha dado respuesta detallada del modo de valoración de la prueba producida, por lo que entiende que no debe hacerse lugar al recurso impetrado y confirmarse la sentencia atacada.

En la audiencia prevista por el art. 385 del C.P.P., cada una de las partes reeditaron los argumentos vertidos por escrito detallando los fundamentos esgrimidos, los que se encuentran volcados en el disco respectivo y al que nos remitimos brevitatis causae.

Que puestos a resolver, encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa contra la sentencia condenatoria?, en su caso ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329 del C.P.P.) se estableció el siguiente orden de votación, en primer término el Dr. Martín Montenovo, en segundo lugar el Dr. Leonardo Pitcovsky y finalmente la Dra. Mónica Rodríquez.

El Dr. Montenovo dijo: I.- En función de evitar reiteraciones estériles, he de omitir el detalle completo de los antecedentes del caso, posturas de las partes y términos del acto impugnado, remitiendo para ello al que luce al comienzo de la presente.

He de seguir para mi exposición una serie de temas que considero trascendentes para la decisión, que coinciden con los puntos de agravio planteados por el recurrente.

II. - La Acción, la Instancia y las decisiones jurisdiccionales.

1) El Tribunal de Juicio original: Lo primero que debo decir es que, en un proceso que a esta altura lleva insumidos más de ocho años de trámite, en el que fue cuestionada la instancia de parte requerida por los arts. 71 inc 1) y 72 inc. 1) del CP, para los casos de delitos que atentan contra la libertad sexual, y en el cual el primer Tribunal de Juicio decidió que tal instancia no habla sido efectuada debidamente, aún se continúan discutiendo aspectos de la cuestión, que ha merecido claras decisiones jurisdiccionales, que se podrán compartir o no, pero que a esta altura no es posible ignorar.

Allá por el 27/8/07, el mencionado Tribunal de Juicio integrado por los Dres. J., G. y S. decidió, por una mayoría integrada por los dos últimos, declarar la nulidad de todo lo actuado en la Carpeta judicial a partir de la apertura de investigación, tal cual reza en el resolutorio del acto.

Hemos deliberado sobre el asunto y coincidido en que no resulta posible interpretar dicha resolución de otra forma que no sea la fulminación del proceso en su totalidad, pues la llamada "instancia privada" implica una condición pre procesal prevista en beneficio de la víctima, para evitar la publicidad, aún reducida por las N. pertinentes (arts. 309 inc. 1) CPPCh; 46 primer párrafo Constit. Pcial.}, de un hecho íntimamente vinculado a su vida privada, su moral, su pudor.

Pero también, y en tanto regulatoria del régimen de la acción penal ejercida contra el imputado, resulta una garantía de este.

Los Jueces de la mayoría resolvieron nulificar, y de una atenta lectura de sus sufragios, sus citas doctrinarias y jurisprudenciales, en particular el de la Dra. G., se desprende que invalidaron todo lo actuado, el proceso, lo que incluye, desde ya, a la apertura de investigación.

Sostiene Guillermo Fierro (Código Penal comentado, BaigúnZaffaroni, Tomo 2 pags. 757/759), que la instancia privada, concebida como manera de evitar para el damnificado por un delito sexual, el "strepitus fori", al revestir el carácter de regla de ejercicio de la acción establecida públicamente, el acusado puede denunciar su violación, o el Tribunal sancionarlo de oficio, en el supuesto de ausencia de tal estimulo, solo a partir del cual es posible proceder.

En esas condiciones, si bien no solemne, la manifestación de voluntad de la víctima de ejercer la acción penal debe ser libre, por lo que no cabe reemplazarla por la citación a declarar, acto cuya naturaleza es 'el de carga pública; es fugaz, pues se agota con su sola formulación; e implica una condición válida e indispensable para la formación de la causa. Por ende, si no está, no hay proceso.

En igual sentido se expresa Eduardo Jauchen (Tratado de Derecho Procesal Penal, pgas 708/724, Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni), que define al instituto como una condición de procedibilidad. Y agrega algo más, a mi juicio relevante en el sub-judice, consistente en que aquel interesado en impugnar la validez de la instancia, debe probar tal situación. Por ende, la parte que sostiene que el presupuesto procesal fue cumplido correctamente, también debe acreditarlo.

Resulta ello una derivación del sistema acusatorio propio de nuestro orden adjetivo actual, por lo cual reiteramos que si bien no apelando a solemnidades o ritualismos, pues no deja de regir el art. 165 del CPPCh., es el Acusador el encargado de demostrar que existió instancia, y que esta tuvo los caracteres ya aludidos.

Aquí, ya por ausencia de instancia, o por falta de acreditación de que esta fue realizada, el Tribunal decidió anular, y lo concreto es que ello acarreaba todo lo actuado, incluyendo la apertura de investigación, lo cual posee efectos para el temperamento que corresponde adoptar sobre el reproche, como veremos más adelante.

La posición de interpretar que el primer Tribunal de Juicio ha resuelto considerar a la acción instada, pero no "acreditada en Juicio" tal circunstancia, por lo cual lo único que había que reiterar era el Debate, no solo es inadmisible para la mayoría de la Doctrina como hemos visto, pues la acción mal ejercida hace decaer todo el proceso, no solo una parte de él, sino que reviste el carácter de falacia pues, como sabemos, en Derecho Penal lo que no se prueba debidamente, más si es en contra del acusado, no existe.

Por último en cuanto al punto, decisiones como la que ahora nos ocupa no hacen cosa juzgada sobre el fondo del reproche pues no lo tratan, por lo cual una vez firme,

Formulada la instancia en caso que la víctima así lo decidiera libremente, el proceso puede renovarse.

2) La Sala Penal del ST J y la CS JN: El máximo Órgano Jurisdiccional de esta Provincia tuvo intervención a raíz de la Impugnación extraordinaria deducida por el Ministerio Fiscal y la ordinaria interpuesta por la Defensa.

En cuanto a la primera, los Ministros coincidieron en que el Acusador Público carecía de la facultad de ocurrir por esa vía, pues lo decidido por el Tribunal de Juicio no ponía fin a la acción definitivamente, por aquella posibilidad de renovación del proceso aludida, lo que puede observarse claramente del sufragio del Dr. Rebagliati Russel.

También, de lo expuesto por el Dr. Pfleger se desprende que fue anulado "el procedimiento", en su totalidad, y que al quedar la chance de un nuevo proceso y eventualmente Debate, no existía menoscabo al derecho de defensa. En ello coincidieron los tres Ministros para rechazar ambos Recursos. Utilizada la

vía extraordinaria federal del art. 14 de la Ley 48, la Corte apelando al art. 280 del CPCCN, el llamado "certiorary", rechazó la

Queja (el REF había sido denegado previamente por el STJ), por lo que aquella decisión del Tribunal de Juicio adquirió firmeza.

Y lo hizo en los términos a los que hemos aludido en el apartado precedente. Mal podemos reclamar a la Sociedad respeto por el rol y las decisiones de la Justicia si los propios operadores del sistema judicial las desconocemos.

Aquí hubo tres Tribunales de instancias diferentes que se expidieron en el sentido de que la acción penal no había sido instada correctamente. Se podrá compartir o no sus respectivos criterios pero lo concreto es que así sucedió y desde tal situaciónse debía partir a los efectos de renovar lo actuado, pudiéndose reincorporar los elementos de convicción adquiridos mediante actos no definitivos e irreproducibles, de hecho así ocurrió, era imprescindible un ejercicio regular de la instancia por la parte damnificada, para dar comienzo al proceso.

Sin embargo, una vez regresado el expediente a la instancia ordinaria, el Acusador Público formuló una nueva Acusación en marzo del año próximo pasado, requirió la voluntad de la víctima para instar la acción dos meses después, digitalizó el acta donde asentó tal circunstancia y la remitió por correo electrónico a la Defensa, suscitándose la incidencia que emerge del audio de la Audiencia preliminar previa al segundo Debate llevado a cabo en estos actuados.

Es decir, este trámite careció de etapa preparatoria, pues conforme ordenaron los tres Tribunales que se expidieron respecto de la acción y su irregular instancia, había que iniciar de nuevo el proceso, luego de recabar la voluntad de la víctima para ello, pero se renovó desde la Acusación, lo

que poco tuvo que ver con las decisiones firmes de los órganos jurisdiccionales anteriores.

La situación descripta tiene efectos en virtud de la solución que hemos acordado para el caso.

II. - El Plazo razonable de juzgamiento.-

Es necesario' resaltar que un trámite que se prolongó por más de ocho años cuando las dificultades de investigación no eran demasiadas, ni la cantidad de imputados, ni las exigencias típicas de la figura seleccionada, excede un concepto sustancial de razonabilidad.

Incluso, la Defensa había articulado un planteo vinculado al punto en la Audiencia de apertura de investigación celebrada allá por el mes de Noviembre del año 2006, pues vale recordar que las actuaciones se iniciaron en el año 2004, cuando estaba vigente el orden ritual anterior {entonces Ley 3155), desarrollándose una serie de diligencias (declaración de la víctima, validación psicológica, pericia de ADN entre otras) , núcleo de la prueba de cargo de aquel primer Debate y del posterior, pero no fue invitado a dar su versión G., lo que ocurrió en la indicada apertura de investigación, por lo que a tenor del art. 421 del reglamento adjetivo actual, el caso quedó regido por sus disposiciones.

Ahora bien, el Tribunal que naturalmente integro, la Cámara

Penal de Comodoro Rivadavia, se ha expedido favorablemente en cuanto a la aplicación del art. 146 de la Ley XV9 en calidad de ley procesal penal más benigna, a los casos iniciados bajo el rito anterior, pero la Sala Penal del Superior

Tribunal ha tratada el tema en el precedente Lescano (Expte. nro. 20674, F 248 año 2006), entre otros, expidiéndose en sentido contrario, y a ello cabe estar, por lo que en cuanto a la razonabilidad del plazo, se debe computar desde la apertura de investigación en el sub judice.

Además, también el más Alto Tribunal Provincial en materia Penal en otro fallo, "Albistur", excluyó del término del art 146 del rito,

reglamentario de la garantía establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos atinente a la duración máxima del proceso, el tiempo de trámite de la impugnación ordinaria, en la época transicional pues hoy lo realizan las Cámaras Penales, en que la Corte Provincial cumplía dicho rol, cuadro ante el que, y habiéndose extendido el lapso que insumieron las vías ordinaria y extraordinarias entre fines del año 2007 hasta fines del año 2011, es a partir del 2012 al presente que el término volvió a computarse, y aun agregando el segmento que va desde el 2006 al 2007, los tres años no han transcurrido aún, tal como ha expresado el Sr. Fiscal en la Audiencia previa a este acto.

Todo ello no impide resaltar que desde los indicadores en orden a la dilucidación de la razonabilidad a la que alude la garantía qué se invoca, que resultan ser la complejidad del caso (extensión objetiva y subjetiva de la imputación); complejidad y dificultades indagatorias, presencia de comportamientos dilatorios por parte del acusado, conforme ha sostenido la Corte Europea de

Derechos Humanos (Edwards, Carlos Eduardo

"Garantías

Constitucionales en Materia penal", pags. 94/95), la evaluación del subjúdice sobre tales parámetros arrojarla un saldo totalmente positivo respecto de las aspiraciones de la Defensa.

No obstante, por las razones expuestas, el agravio tampoco ha de prosperar.

III. - La conducta de G.-

Hemos acordado al deliberar que es necesario dar una respuesta sobre el fondo del asunto, el reproche efectuado al acusado, pues en función del tiempo transcurrido sin que ello haya ocurrido lo merece, al igual que la víctima.

Considero apropiado resaltar una serie de aspectos del suceso que se le ha endilgado.

En junio del año 2Q01 en la localidad de El Maitén, D. G., en ese entonces de 19 años, accedió carnalmente por vía vaginal a A. M. J., de 11 años, en dos oportunidades y mediante fuerza, acto del cual quedó embarazada de C. A. J., quién nació en fecha 25/3/02. Así planteó el Fiscal su caso. Pero dos de los Jueces de grado, los Dres. Estefanía y O Connor, descartaron la existencia de dicho medio comisivo, dejando subsistente la ecuación propia de la edad, partiendo de la base que la víctima, por tal razón cronológica, no tenía posibilidad de consentir el acto. También, el Tribunal en pleno concluyó que no se habían tratado de dos hechos, sino de uno.

La versión, validada psicológicamente por la Lie. M., de la entonces menor, lo declarado por su madre y hermana Claudia, la pericia de compatibilidad de ADN entre la pequeña C. y el acusado, más la admisión de este, conforman un cuadro suficiente para el logro de la certeza apodíctica de un pronunciamiento de condena, respecto del hecho atribuido, el que sin dudas poseía relevancia penal.

No he de abundar más en cuanto al punto ya que el Tribunal de Juicio lo ha tratado correctamente y el agravio remite a la posible existencia de error de tipo y/o de prohibición, no habiéndose cuestionado ni la materialidad ni la autoría delictiva.

G. sostuvo que mantenía con la damnificada una relación sentimental, lo que esta negó, y para el caso poca trascendencia hubiera tenido desde que el legislador ha obligado a presumir "iure et de iure" que los niños de menos de trece años no tienen capacidad para consentir realizar actos de índole sexual.

Pero también aseveró que desconocía la edad de la menor, aspecto del tipo objetivo del art. 119 el CP que puede llevar al error de tipo alegado.

Sin embargo los Jueces, sobre la base de los testimonios (los mencionados más la amiga de A., M. M. y el Comisario P.), y la Historia clínica, dejando a salvo que el "visu" de la víctima les fue imposible por el transcurso del tiempo, concluyeron que era una niña con ciertas limitaciones cognitivas, delgada, de contextura pequeña, por lo cual denotada morfológicamente la edad que cronológicamente tenía a mediados

del año 2001. Con ello, descartaron el error alegado, y entiendo que con fundamentos sólidos.

Pero es el nivel de conocimiento de la prohibición por G., el tema crucial de los agravios. Y para ello hay que fijar la atención en este, en su capacidad de comprensión, y no solo en la damnificada. '

Al respecto, del sufragio de la Juez que lideró el Acuerdo, surgen evidencias en cuanto a un proceso de "naturalización" en el adelantamiento del inicio de las relaciones sexuales en la zona de El Maitén por los menores, que la Licenciada del Servicio Social de la Defensa Pública Griquela advirtió luego de entrevistarse con el imputado, la Sra. V., el Juez de Paz del lugar, Ingeniero Palmieri, circunstancia que provocó, algunos años después del suceso de autos, una iniciativa del Ministerio de Educación Provincial especifica para la zona, consistente en un programa escolar de información sobre sexualidad y prevención del embarazo adolescente, debido a las altas tasas, superiores a la media estadual, de verificación de los mismos.

En un país donde el Estado no llega, o llega tarde, la circunstancia mencionada habla bastante sobre el concepto de los jóvenes acerca del sexo en la localidad donde ocurrió el hecho, y de la entidad de dicha realidad.

No obstante, los Magistrados desde un razonamiento relacionado con el "Derecho Penal nuclear", su vinculación con la ley del incesto, y las condiciones personales de G., descartaron la existencia de un error invencible de prohibición. Pero sus argumentos no atendieron a la posible vencibilidad de tal error.

Considero que, elevado a la categoría de hecho notorio, cabe presumir que todas las personas desde su proceso de socialización incorporan el concepto de asociar con lo disvalioso tener sexo con niños y en contra de la voluntad de otra persona.

No obstante, el problema reside aquí en el contorno de la prohibición, en determinar cuando era admisible para G. tomar una iniciativa sexual hacia una joven, en un medio en el cual la iniciación de los menores en la materia se verificaba mucho antes de los trece años. En definitiva, sí el acusado

se representó en A. una mujer "prohibida" por ser niña o ya permitida conforme al medio social en el que ambos vivían.

A esta altura del análisis adquiere relevancia que la propia víctima admitió que fue abordada por el imputado sin violencia, fuerza, amenazas, y no se resistió, por lo que cabe presumir que se conocían previamente, lo que coincide con lo expuesto por Claudia J. en cuanto a que el incuso parecía querer tener "algo" con todas las chicas de su grupo; que no recordó si hablan "estado" una o dos veces con el encartado; que el motivo del develamiento del suceso fue un segundo embarazo que cursó, posterior al de C.; que no ha quedado demostrado que las limitaciones cognitivas de la joven hayan sido un dato conocido, y aprovechado, por G. para verificar su conducta.

Si bien es cierto que el imputado vivió en la ciudad de Trelew, lo que tuvieron en cuenta los Jueces para descartar que desconociera la prohibición de su acción, no lo es menos que ello no resulta un extremo determinante de por si para descartar la existencia de un inconveniente de comprensión en cuanto a la ilicitud de su conducta. Su edad al momento del evento suma al razonamiento que expongo, pues hablamos, para esa época, de un menor adulto, y no de un mayor de edad.

En resumidas cuentas, es posible afirmar, en coincidencia con el Aquo, que era improbable que el acusado desconociera completamente la antijuridicidad de su iniciativa, pero no que en el caso concreto pudiera haberse considerado habilitado para llevarla a cabo, por una distorsión en cuanto al contorno exacto de la prohibición, aspecto que, en última instancia, no se preocupó demasiado en esclarecer, pudiendo hacerlo fácilmente, sobre todo desde el aspecto físico y el conocimiento previo que tenia de A.

J.; El beneficio de la duda indudablemente aporta a esta interpretación

Allí residió la reprochabilidad de su accionar, lo que lo coloca en situación de responder penalmente pero no de forma plena, pues no es posible descartar la concurrencia de un error de prohibición, aunque vencible.

Zaffaroni propone pautas para deslindar la existencia de invencibilidad en el error, siempre atendiendo a la situación concreta del sujeto activo: si le fue posible acudir a un medio idóneo de información, cuya respuesta en el caso hemos expresado que es afirmativa; si la urgencia en la toma de la decisión le hizo imposible informarse o reflexionar, lo que no era imposible; y si de acuerdo a su capacidad intelectual, instrucción y entrenamiento, pudo presumir la ilicitud de su conducta, lo que hemos expuesto que quizás no pudo hacerlo, pero no le era inalcanzable la información (Zaffaroni- Alagia Slokar "Manual de Derecho Penal", pag.. 570 Ed. Ediar).

Es lo que modernamente se ha dado en denominar accesibilidad y determinabilidad N. por la N., la posibilidad subjetiva de conocimiento de la antijuridicidad y de los presupuestos de la prohibición (conf. Diego Manuel Luzón Peña Libertad, Culpabilidad y Neurociencias", en Revista de Derecho Penal, Culpabilidad: nuevas tendencias—I, 2012-2,Ed. Rubinzal Culzoni, pag. 213), lo que ponemos en una situación ambivalente, integrando el "Derecho Penal nuclear" la cuestión en términos genéricos, pero no en lo concreto, alli en El Maitén, en la época del hecho y para lascapacidades cognitivas de G., el que, no obstante, bien tuvo a mano los medios para conocer, lo cual no hizo.

y.- Culpabilidad reducida y Extinción de la acción por prescripción.-

Sin apartarme de la Teoría estricta de la culpabilidad, la que mayoritariamente se sique en nuestro país a pesar de las críticas que ha recibido precisamente en lo referente a la solución que asigna a los supuestos de error de prohibición directo superable (Zaffaroni-Alagia Slokar ob. cit. pags. 572 y ssgts.; Righi, Esteban "Derecho Penal" Parte General, pags. 330 y ssgts. Ed Abeledo Perrot), considero que el problema a superar es la identificación de la escala a aplicar.

Justamente, si lo que estamos pretendiendo significar es que G. merece pena, pero no

la del art. 119 del CP pues su culpabilidad ha quedado reducida por alcance del art. 34 primer párrafo de CP, se impone cuantificar tal reducción. Si

recurriéramos a la analogía, en su beneficio, deberíamos propiciar una solución

similar a la del error de tipo vencible, la remisión a un tipo culposo que en el capítulo no existe, y por ende estar a su absolución, en custodia del principio constitucional de legalidad.

Pero ya en otros casos similares me he inclinado por seleccionar una escala acorde al

remanente de reprochabilidad identificado (Sentencias de la Cámara Penal de Comodoro Rivadavia 20/04; 12/09), aún a riesgo de arbitrariedad, en la convicción que en supuestos como el que nos ocupa, no se llega a la conclusión de que el acusado, si se me permite la expresión, nada hizo de malo, sino que no hizo algo tan malo como, en el sub-lite, el Fiscal y el A-quo consideraron.

Ello obliga a examinar los delitos contra la libertad sexual, y a partir de ello no

abrigo dudas que la escala a considerar es la del Estupro (art. 120 CP), pues en definitiva dicho injusto presenta cierta conexión desde sus exigencias típicas subjetivas con la conducta del aquí acusado. Y obviamente, posee una escala inferior a la del art. 119, cuyo máximo es de seis años de prisión.

Inciden aquí también cuestiones vinculadas a la proporcionalidad de la sanción, y a

la situación actual de G. luego de transcurridos casi doce años desde el hecho, habiendo conformado una familia, soportado el ejercicio de la acción penal en su contra en todo el período, en la incertidumbre de afrontar sí iba a ser sometido al cumplimiento de una privación de libertad.

No merece un premio, sin dudas, pero pretendo decir que aún desde, exclusivamente, la

punibilidad surgirían razones para arribar a la misma solución que proponemos.

Pero, partiendo de la base que el error vencible de prohibición es la herramienta dogmática que mejor se adecúa al caso, en tal entendimiento la acción penal se halla extinguida por prescripción, ya que desde el hecho transcurrieron más de seis años sin actos interruptivos, más teniendo en cuenta que G. no posee antecedentes computables.

Entre el año 2001 y el año 2007 no ha existido secuela de Juicio.

Hemos afirmado que
la audiencia de apertura de investigación debe considerarse anulada por el primer

Tribunal de Juicio, desde alli solo sería acto interruptivo la Acusación de comienzos del año 2012, tomando el texto del art. 67 conforme la Ley 25990 como retroactiva por ser más benigna.
Incluso, en mi criterio tampoco correspondería tomar como tal la Acusación aludida, pues el Sr. Fiscal debió comenzar el proceso como le fue ordenado, y este se iniciaba, previo instada la acción, con una nueva apertura.

En definitiva, tomando la escala penal del Estupro, o así sea la del art. 119 tercer párrafo, pero reducida por Tentativa, la solución no variarla.

Por todo ello, es que corresponde sobreseer, o absolver, ya que materialmente ambos pronunciamientos importan idénticas consecuencias, a D. G.

De esa forma, los ingredientes que ha tenido el caso, culpabilidad disminuida, decisiones jurisdiccionales firmes que han fulminado actos procesales, y el transcurso del tiempo, han incidido en el temperamento que hemos adoptado.

Por último, entiendo cabe imponer las costas al acusado {arts. 239, 240, 241 y concs. CPP), y regular los honorarios profesionales de la Defensa particular, en la suma de veinte () JUS, de acuerdo a la labor llevada a cabo en esta etapa (arts. 5, 6 bis, 7, 13 y 44 de la ley XIII-4, t.o. Ley XIII N° 15; Asi

voto.-

El Dr. Pitcovsky dijo: Los antecedentes que dieran motivo a este pronunciamiento han

sido explicitados en el primer voto, por lo que en honor a la brevedad me he de referir directamente a la solución del caso, conforme lo hemos consensuado en el Acuerdo luego de la deliberación de - ley.

Los primeros agravios de la Defensa fueron más allá del contenido de la propia sentencia puesta en crisis, pues reeditó planteos relacionados a la incorrecta perdurabilidad de todo el proceso en base a la falta de instancia declarada por el Tribunal de juicio en el año 2007, tiempo en que se debió absolver a G.. En aquella oportunidad, el Tribunal del debate decidió por mayoría declarar la nulidad del juicio y de todo lo actuado en la Carpeta Judicial a partir de la apertura de la investigación por falta de la debida instancia (Art. 72 del C.P.). Llegada esta Carpeta al Superior Tribunal de Justicia, confirmó la sentencia dictada por los Jueces, la que se encuentra protocolizada bajo el nro. 534/2007, devolviendo las actuaciones para que las mismas prosigan según su estado.

Vale de aquella primera sentencia la puntualización de los fundamentos expuestos por

los Dres. S. y G. respecto a la nulidad decretada por falta de instancia, pues ello tendrá directa relación con la posición que finalmente adoptará ésta Cámara en lo Penal. En tal sentido, es de destacar lo expresado por el Dr. Víctor S. cuando dijera sobre el tema en examen lo siguiente: "(••) Por todos los fundamentos tácticos y jurídicos precedentes, corresponde resolver favorablemente el planteo de nulidad ' -por insubsistencia de la acción penal por falta de instancia idónea- articulado por la Defensa Técnica del imputado...(...) agregando más adelante, con cita de Baigún - Zaffaroni - Terragni, Código Penal... T.2 notas a artrs. 71/76, pag. 757, que: " (...) tal nulidad debe ser declarada de oficio, con el consiguiente archivo de las actuaciones, acto que no produce cosa juzgada con valor sustancial, **pues la victima puede con posterioridad a ello promover validamente la instancia... (...)** ; completando el Juez su pensar

con cita de R. Nuñez en su libro "Código Procesal Penal", al referir sobre la nulidad que: "(...) implicando la "violación de la N. constitucional del debido proceso, ya que este requiere, entre otros elementos un acto legitimo de acusación..., **lo que autoriza a declarar de oficio la nulidad de todo lo actuado desde la iniciación de la causa**. (...)". La negrilla me pertenece.

Al tiempo de considerar el asunto, la Dra. G. dijo: " (...) En el fuero penal existen las condiciones de procedibilidad que deben cumplirse bajo sanción de nulidad absoluta porque su inobservancia afecta el debido proceso. En los casos en que la acción penal depende de instancia privada (no se procederá a formar causa) hace a la competencia por materia del tribunal **y a quien prohíbe investigar o seguir un proceso penal si los dueños de la acción no la han promovido legalmente** (art. 72 C.P. y 301 C.P.P.). La negrilla me pertenece.

> Adviértase que el Tribunal de juicio dispuso que la Carpeta debía volver al curso del proceso desde el principio, para luego reiniciar "todos" los actos necesarios que sustentaran una nueva ofensiva contra el imputado, si ese era el interés de la parte acusadora -con la venia obviamente de la víctima (Art. 72 del C.P.), quedando- claro desde aquel entonces que el primer acto procesal -auto de apertura de la investigación- había sido declarado nulo **[acto consecutivo]**, ya que el documento que le había dado origen y que habilitaba la instancia ya no preexistía por decisión del propio Tribunal.

Es así que vuelta la Carpeta desde el Superior Tribunal, la Fiscalía reinicia su caso directamente con la pieza acusatoria, advirtiéndose, ante la incertidumbre de la Defensa técnica que fluctuaba entre la declaración de la víctima y la [in]existencia del documento que así lo acreditaba (nueva denuncia), si otra vez la instancia estaba debidamente acreditaba, cuestión que luego fue zanjada en forma positiva por el Juez Penal en la audiencia preliminar.

En consecuencia, resultando este acto -acusación- el punto de partida del nuevo proceso en contra de G., he de tratar de seguido el planteo de la

Defensa relacionado al plazo razonable de duración del proceso y su probable vencimiento.

Veamos que dice al respecto calificada doctrina. El "Plazo razonable es la expresión más significativa que utiliza la dogmática de los derechos fundamentales para regular la prerrogativa del imputado a que su proceso termine tan pronto como sea posible. Esta redacción proviene del art. 6.1 del Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (CEDH), suscrito en Roma en 1950, y es reproducida literalmente por el art.

8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), firmada en San José de Costa Rica en 1969. Algunos catálogos de derechos fundamentales recurren a otra fórmula, el derecho del imputado a ser juzgado sin dilaciones indebidas o injustificadas (así el art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [DADDH], de Bogotá, 1948, el art. 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP], de 1966, y la Constitución española de 1978, art. 24.2). Asimismo, la Enmienda Sexta de la Constitución de los EE.UU. otorga el derecho a un "juicio rápido" y la Corte Suprema Argentina ha señalado que la Constitución Nacional contiene, implícitamente y como derivación del principio de defensa, el derecho del imputado a obtener, del modo más rápido posible, un pronunciamiento definitivo sobre su situación frente a la ley penal. [Jurisprudencia constante desde el caso "Mattei" desde 1968 (CSJN, fallos, t.272 ps. 188 y ss.)] . Todas estas fórmulas remiten a una misma configuración del derecho fundamental en análisis y tiene los mismos alcances: el imputado goza de un derecho constitucional subjetivo según el cual su proceso debe finalizar definitivamente dentro de un plazo que asegure un enjuiciamiento expeditivo." Así comienza su objeto de estudio el Dr. Daniel Pastor en su obra "El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho", págs. 47/48.- A estas fórmulas inaugurales debo añadir aquellas propias del ámbito local: la Constitución de la Provincia del Chubut -Debido proceso-, "Todo proceso debe concluir en un tiempo razonable"; art. 3 del C.P.P. "Durante todo el proceso se observaran los

principios de ...simplificación y celeridad"; art. 19 del C.P.P., "Toda persona tiene derecho a una decisión judicial definitiva en tiempo razonable, conforme los plazos establecidos en este Código" [arts. 137, 142, 143, 144, 146 y ss. del C.P.P.].

El hecho, objeto del presente juicio, nunca fue clasificado como complejo. Tipificado penalmente como abuso sexual con acceso carnal a una menor de trece años de edad, se ha comprobado que se cometió en el mes de junio del año 2001. La nueva acusación por parte de la Fiscalía consta presentada en el mes de marzo del año 2012 -luego de haber sido declarado nulo el proceso- en el año 2007, con debate oral en el año 2012 y ya entrado el año 2013 nos encontramos resolviendo en impugnación ordinaria si el imputado es el autor responsable del mismo. Vaya despropósito. Si acaso se pretende una explicación a esta indebida demora, cualquiera que pueda aparecer desde el Estado, es a mi juicio injusta, pues es el propio Estado quien debe responder por sus procedimientos y respetarlos en cumplimiento de las "fórmulas" puntualizadas en los Pactos, los Tratados, las Constituciones y las Leyes en salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo. En el caso en examen, no dudo que los plazos han sido incumplidos en detrimento de todas las personas que han sido partes en este largo proceso, sumario que no tuvo, valga la disquisición, un circuito sin solución de continuidad, sino que, por el contrario, entre una etapa y otra reposó sin actos significativos donde se pudiera apreciar el verdadero esfuerzo del Estado en la persecución penal. La víctima en el momento del hecho tenía 11 años de edad, el denunciado 19; hoy la denunciante cuenta con 23 años y el imputado con 31 años de edad. La respuesta debería, en principio, ser la propuesta por el Sr. Defensor.

Empero, por cuestiones de seguimiento de Doctrina Legal en el ámbito provincial en relación al cómputo de los plazos procesales, a la que ya hizo mención el Dr. Montenovo, he de rechazar el planteo de la Defensa sobre el asunto y continuar con el orden de tratamiento de la impugnación.

No se ha discutido que G. haya sido el autor materialmente responsable del hecho en juzgamiento. Tampoco que se trató de un abuso

sexual con acceso carnal a una menor de trece años de edad; ni que el hecho fue cometido en el mes de junio del año 2001. El fondo de la cuestión radica en que el G. expresó que no tenía conocimiento de la edad de la víctima, por lo que el Sr. Defensor pretendió oportunamente, cuestión que a mi juicio fue bien rechazada por el Tribunal, que su defendido debía ser absuelto por presentarse en el caso un error de tipo penal.

El error de prohibición. Es sabido que la línea divisoria entre el error de prohibición vencible o evitable e invencible o inevitable no se ha podido precisar con claridad. Y en esta línea delgada dentro de la dogmática penal, resulta ineludible traer al voto lo que se ha expresado sobre el tema: "En rigor de verdad, la evitabilidad del error de prohibición es un límite de culpabilidad, es decir, un límite de exigibilidad y consiguiente reprochabilidad. Y es sabido que a este respecto no puede haber reglas fijas e inamovibles. Siempre habrá que analizar las particularidades de cada caso." Código Penal, Análisis doctrinario y jurisprudencial - D. Baigún, Eugenio R. Zaffaroni. Marco Terragni. pag. 560.

En esa línea de pensamiento introdujo la cuestión nuevamente la Defensa, por lo que habrá de evaluarse, tal como lo discutimos en la deliberación, el horizonte de onocimiento que tuvo e inculpado respecto a la propia prohibición y en consecuencia de su capacidad de comprensión de la antijurícidad. Tal como lo apunta la cita de doctrina, es menester apreciar para resolver la cuestión, el entorno de vida de G., las particularidades de la localidad donde residió -El Maitén-, el tiempo en que viviera en Trelew, su formación apreciable con el medio donde ocurriera el ilícito y las propias expresiones de los profesionales que auxiliaron en la toma de posición y decisión del Tribunal en el asunto.

Fue dicho en el proceso sobre estos puntos, que en El Maitén, tiempo después de ocurrido el hecho [Y por tantos otros sucesos de ingreso a la sexualidad a muy baja edad de los jóvenes del pueblo] que el Estado provincial, advirtiendo la real dimensión del problema, adoptó medidas tendientes a superar esta situación que ocurría en el lugar. De este rasgo específico poblacional, aún circunstancial, seguramente no podía estar ajeno el imputado.

El Tribunal destaca en sus argumentaciones sobre el tópico, que la víctima tenía 11 años de edad y que G. casi 20. En realidad el imputado, si bien a un mes de cumplir esa edad, tenía en realidad tenía 19 años. De ello deriva, como un cuestionamiento a este análisis en la sentencia, que si bien en la generalidad de los casos no es relevante, sí lo es para el caso en particular, puesto que la menor A. M. J. si bien tenía 11 años de edad, estaba a dos meses de cumplir los 12. La fundamentación asignando "más edad" al inculpado, corrige y luego dirige -a mi parecer— el juicio lógico de razonamiento en contra de éste. Por otro lado, si los Jueces descartaron que el imputado mantuvo una relación de noviazgo con la menor -lo cual comparto, luego no pueden juzgar que si la hubiera tenido le tendría que haber preguntado su edad.

Que luego de haber evaluado detenidamente la declaración del imputado, más conforme las probanzas arrimadas al proceso y los informes de los auxiliares peritos que testimoniaron en el mismo, entiendo que no resulta improbable que G. haya tenido un problema de comprensión en cuanto la dimensión de la ilicitud de su acción, quien culturalmente condicionado pudo sentirse habilitado a tener relaciones sexuales con la menor J., por lo que entiendo justo y razonable subrayar en el caso una menor culpabilidad en el accionar del imputado que debe ser atendida en una menor reprochabilidad, a fin de no criminalizar conductas por fuera de lo subjetivamente cometidas. El error de prohibición vencible, tal como lo dejáramos sentado en el Acuerdo, es el instrumento legal que mejor conviene al presente caso.

El enlace hacia la imposición de la pena es complejo, pues la escala debe quedar sujeta y disminuida al espacio de menor reprochabilidad que se viene de considerar. De estarse al error de tipo vencible, correspondería la aplicación del tipo culposo y en su caso -como el presente—, por ausencia del mismo, la absolución, Empero, como se ha dicho, la acción como conducta disvaliosa efectivamente ocurrió y debe ser reprobada penalmente.

Corresponde entonces, conforme hemos convenido, situarnos en la figura del Estupro, previsto y reprimido en el artículo 120 del C.P., cuya pena es de un Mínimo de un año de prisión - y un' máximo de seis años de prisión.

Conforme se viene de decir y tal como - lo apuntara al principio del voto, el primer acto procesal vigente con fuerza suficiente para interrumpir el curso de la prescripción, luego de ocurrido el hecho en el año 2001, ha sido la pieza acusatoria presentada en el año 2012, por lo que corresponde, por tratarse de cuestión que interesa al orden público, declarar la absolución por prescripción de la acción penal de D. A. G., en tanto ha transcurrido desde el momento de comisión del hecho el término de seis años, plazo máximo previsto para el caso sin que haya surgido ningún acto interruptivo de la prescripción al año 2007, fecha en que se cumplió el término de mención. Así lo voto.

Comparto la opinión sobre costas, y también sobre los honorarios que ha fijado el primer votante respecto del trabajo profesional desarrollado por el Letrado particular.

La Dra. Rodríquez dijo: 1. Es preciso señalar desde un comienzo que este Tribunal ha coincidido, de modo prácticamente unánime, respecto de la solución que ha de consagrar, en el sentido de considerar atendibles los tres agravios que postula la Defensa, esto es, la cuestión vinculada a defectos en la promoción de la acción penal, a la excesiva duración del proceso y a una errónea valoración de la prueba.

Una decisión que considerara procedente cualquiera de los planteos estrictamente procesales denunciados (falta de instancia y vencimiento del plazo razonable) habilitaría per se el cierre definitivo del proceso. Sin embargo, teniendo en Cuenta las numerosas irregularidades que exhibe el trámite y, fundamentalmente, la prolongación en el tiempo que ha tenido el tratamiento de este caso, hemos considerado adecuado dar una respuesta jurisdiccional que, ingresando al fondo de la cuestión debatida, intente brindar unasolución más respetuosa de los derechos de las partes y que comprenda una respuesta sustancial respecto de losintereses puestos en juego.

2. Entrando, ahora sí, al análisis concreto de los agravios cabe recordar que en el caso, luego de sustanciarse el proceso hasta la finalización de la etapa probatoria del debate, al momento de los alegatos la Defensa plantea la falta de acción por ausencia de acreditación del acto promotor de la instancia, extremo este último que expresamente exige el art. 72 del Código Penal.

Tratándose el investigado de un delito dependiente de instancia privada, la omisión de acompañar al debate la denuncia de la representante legal de la víctima llevó al Tribunal del mérito a declarar -por mayoría- la nulidad de todo el proceso. Los jueces, sin dejar de reconocer que el art. 72 CP ha previsto un presupuesto de procedibilidad a favor de la persona damnificada, consideraron que se trata de una N. que integra la noción de debido proceso legal, cuya violación impide un pronunciamiento sobre el fondo del asunto por ser una condición de licitud para la persecución- y declara la nulidad de lo actuado a partir de la apertura de investigación ("nulidad del juicio y de todo lo actuado en la carpeta judicial" puede leerse en el fallo). No obstante, los Jueces omiten expedirse sobre la

solución que corresponde al caso, en particular, Zas consecuencias de tal decisión respecto de la situación procesal del acusado, -más allá de cuáles se consideren correctas- pues el asunto ponía en juego la garantía contra la doble persecución penal.

Más tarde, la decisión de nulidad por falta de instancia quedó firme, al rechazar el STJ sendas impugnaciones de la Defensa y de la Fiscalía {fs. 115/120). Esta última, por inadmisible, al entender los Magistrados que no era una sentencia de aquellas impugnables por el fiscal.

El recurso de la Defensa, a su vez, fue desestimado por improcedente pero, al resolver, el Tribunal no se limita a decir que la solución pretendida -absolución o sobreseimiento- resultaba ajena a la competencia del Tribunal, sino que agrega -sin mayores precisiones- que el trámite del proceso aún no habia concluido, y que la situación procesal del imputado G. sería "definida en el debate oral y público que se llevará a cabo en este proceso" (del voto del juez Rebagliati Russell).

Teniendo en cuenta el limite del agravio de la Defensa, y declarado inadmisible el recurso de la Fiscalía, es evidente que la postura del Alto Tribunal, al sentar implícitamente posición sobre el aludido principio constitucional (ne bis in idem) -que no había sido debatido en la instancia- afectó la prohibición de la reformatio in pejus. Ello, por cuanto se pronuncia más allá de lo pedido y en perjuicio del imputado, tomando partido por la pervivencia del proceso anulado, ordenando, incluso, la continuación del trámite, pese a que la decisión sobre la falta de instancia había adquirido firmeza a partir de ese pronunciamiento.

3. Si bien la lacónica sentencia del STJ representó una luz verde para iniciar el nuevo proceso, aun aceptando que la decisión de nulidad no trajera aparejada la absolución del acusado, es obvio -a mi entender- que la nueva tramitación sólo era posible una vez removido el obstáculo procesal

que determinó la invalidación de lo actuado. Una nueva persecución sólo pedía encararse en tanto y en cuanto se demostrara la existencia de una manifestación expresa de la persona ofendida -o de su tutor, curador o representante legal- acerca de su voluntad de instar la acción penal.

Un paréntesis. Si bien resulta irrelevante señalarlo aquí, es posible que en el supuesto de haber integrado el Tribunal que dispuso la nulidad, yo misma hubiese acompañado con mi voto la posición de la jueza J., teniendo en cuenta las particulares características de este procedimiento, iniciado con el anterior código procesal. Sin embargo, ello no me impide advertir que la decisión mayoritaria, una vez firme, signó el curso posterior del proceso, obligando a las partes -más allá de sus posiciones personales- a asumir una actitud de leal acatamiento a la sentencia.

No obstante, devueltas las actuaciones luego del trámite de las instancias extraordinarias, la Fiscalía presenta una nueva acusación sin acreditar aquel extremo, omitiéndose la etapa preparatoria del proceso. Si bien en la audiencia preliminar la Fiscalía dice haber recabado la opinión de la víctima -ahora mayor de edad- formalizándola en un acta que pone a disposición de la defensa, el propio Fiscal reconoce que el presunto acto promotor es posterior (Mayo de 2012) a la presentación de la nueva pieza acusatoria (marzo de 2012).

La actitud de la parte acusadora de no introducir formalmente al proceso -por segunda vez y en contra de una decisión mantenida, por dos instancias extraordinarias revisoras- el acto promotor de la instancia, puso en riesgo nuevamente la pervivencia del proceso.

Es que el edificio de la nueva persecución emprendida contra el acusado debía edificarse a partir de los cimientos dados en la aludida sentencia de nulidad y, por ende, con estricto apego a la postura allí sentada. Y, justamente, el fundamento de la invalidación del proceso fue la falta de acreditación de la existencia de la instancia privada.

Por ello, la "nulidad de todo lo actuado a partir de la apertura de investigación" no puede, a mi juicio, tener otra lectura que la de aniquilar la totalidad de los actos procesales cumplidos con anterioridad y, entre ellos, también de la propia "apertura de investigación". Mal podría tenerse

como subsistente dicho acto (menos, en perjuicio del acusado) pues la nulidad se basó, justamente, en la falta de acreditación de un requisito de procedibilidad que -más allá de si se trata de un acto procesal o preprocesal- funciona en este tipo de delitos a manera de presupuesto legitimante de la decisión fiscal de apertura.

4. En relación al agravio, reedita el Sr. Defensor en esta Sede argumentos que vuelven sobre la ausencia de voluntad de instar la acción penal respecto de la denuncia inicial, del año 2004, presuntamente realizada por la madre de la menor. Es claro que no cabe volver sobre ese asunto; sin embargo el defensor indica, además, que la Fiscal tampoco en el segundo proceso acreditó la existencia de instancia privada, toda vez que en el nuevo juicio utilizó idénticos medios de prueba que los ofrecidos para el sustanciado en el año 2007.

La decisión que se revisa no avanza sobre tales aspectos sustanciales. Se limita a resolver, de modo impersonal, es decir, sin voto individual y fundado de cada uno de los Jueces, afirmando que la cuestión ya fue resuelta en la audiencia preliminar y que, por ende, ha precluido.

Sin poner en tela de juicio aquí que en la audiencia preliminar el fiscal haya exhibido un acta de la que surgiría la voluntad de la víctima ya mayor de edad- de impulsar la acción penal, acta que habría dejado constancia de que la damnificada "quería que este caso llegara a juicio y sondena", la misma no fue introducida de manera formal - insisto- al proceso, ni ofrecida como prueba para el juicio.

Tratándose de un delito sólo perseguible por instancia del ofendido, teniendo en cuenta que el proceso había sido anulado por falta de instancia, resultaba evidente la lecesidad en el caso de que en el nuevo trámite el acusador extremara los recaudos en la acreditación de tal presupuesto labilitante de su actuación, mediante la introducción formal ie la denuncia o acusación del agraviado.

Otro paréntesis. He escuchado atentamente el relato de La joven A. M. J., realizado en el debate en fecha 31-10-2012. Honestamente, no he podido desentrañar de sus áichos -ya no la fórmula mágica, como la denomina el

Fiscal- sino tampoco una voluntad clara e. informada acerca de qué significa para ella que se "haga justicia" en este proceso.

Digo asi, pues la postura que surge de sus manifestaciones está más bien enfocada a su legitimo reclamo por habe'r tenido que criar sola a la hija de ambos y a la falta de presencia paterna en estos años, tanto en lo económico cuanto en lo emocional. Asi, dice "después que yo sufri todo, recién se acordó que tenia una hija", "recién hace un año que lleva el apellido de él la nena, y fueron muy pocas veces que él terminó dejando la cuota alimentaria, después no la dejó más", "de vez en cuando hablábamos, él queria ocupar el lugar (de padre)", indicando que recientemente le habria ofrecido transferirle un automotor de su propiedad. Interrogada puntualmente acerca de qué esperaba de la Justicia en este caso, la joven vuelve a hacer alusión a que a pesar del tiempo transcurrido el acusado sólo ha ayudado con unas pocas cosas, llevado quizá por la presión del proceso ("ya va a salir el nuevo juicio y ahi se va a acordar que tiene una hija").

No cabe asimilar, sin más, supuestos en los que el STJ pudo fallar en el sentido que pretende el Fiscal, pues en el presente caso la voluntad inicial de instar no aparece’ prístina, como afirma el distinguido Magistrado, sino que desde un comienzo presentó aristas dudosas que dejan hasta hoy ciertas sombras respecto de la libre y espontánea decisión de que se persiguiera penalmente al acusado G..

Cabe recordar que originariamente se habló de un acto promotor en el que se denuncia a otra persona, no al imputado G., y por un hecho distinto, ocurrido algunos años después del atribuido al acusado. Esto no es menor, pues sabemos que rige el principio de divisibilidad real en la denuncia, lo cual significa que las actuaciones sólo pueden iniciarse respecto de una libre manifestación de voluntad del ofendido y solamente respecto del hecho denunciado, no de otros.

Es clara y pacifica esta noción en la doctrina: "el límite de la acción a desarrollarse, será el escenario fáctico planteado en la denuncia. Ello impedirá que, a pesar de avanzarse y esclarecerse una hipótesis delictual mayor, el Estado pueda extenderse más allá de la intención de la

víctima al momento de denunciar" (JAUCHEN Eduardo, Tratado de Derecho Procesal Penal, T. I, Rubinzal Culzoni, Año 2012, pág. 713).

La Fiscalía ha dicho que la facultad de instar la acción penal es un resorte que protege el interés de la víctima y no derechos del imputado. Asimismo sostuvo que no exige formas sacramentales, no siendo necesario que el ofendido diga "sí, insto la acción penal", sino que se trata de una "decisión concreta de la víctima, expresada en actos concretos".

Cierto es, como dice el Fiscal, que el acto promotor de la instancia no exige formalidades específicas. Sin embargo, es el documento que la contiene aquel que permite determinar, no sólo la identidad de quien la formula y, por ende, su capacidad legal para hacerlo, sino también si ha existido una real voluntad de denunciar o si, cuando menos, la misma puede ser inferida claramente de su contenido. Asimismo, dicho documento permitirá evaluar si el agraviado se ha manifestado de modo- libre, pues la presencia en sede policial- o[L] judicial, tendiente a poner en conocimiento de la autoridad el delito, debe ser espontánea (BAIGUN- ZAFFARONI, T. II B, Código Penal y N.s complementarias, Hammurabi - J.L.Depalma, 2ª edición, Año 2007, pág. 382).

Porque una cosa es la ausencia de requisitos formales y otra, muy distinta, es la necesidad de demostración de la real y concreta manifestación de voluntad libre en tal sentido, otorgada por aquellas personas expresamente autorizadas por ley, a fin de permitir el control judicial respecto a que ese obstáculo de procedibilidad ha sido legalmente removido.

Insisto, para poder ejercer el control judicial de la legalidad de la promoción de la acción es imprescindible contar con la posibilidad de acceder al contenido del acto promotor, no sólo en la etapa preparatoria sino, fundamentalmente, en el acto central del enjuiciamiento: el debate.

Si consideramos, como enseña Maier, que el acto (procesal, no preprocesal) promotor de la instancia es "un acto básico de información que formará parte del procedimiento y, especialmente, de sus medios de reconstrucción de la verdad, esto es, será valorada como un medio de prueba junto a los otros que sean incorporados a él" (MAIER, J. B. J., Derecho

Procesal Penal, T. III. Parte General, Actos Procesales, Editores del Puerto, Buenos Aires, Año 2011, p. 226; la cursiva me pertenece) , es claro que en el nuevo juicio sustanciado contra G. no se ha acreditado la existencia de acusación o denuncia del agraviado tal lo exige el art. 72 del CP.

Por otra parte, sabemos, la denuncia o acusación que prevé el art. 72 CP no es un mero acto de anoticiamiento. Por ende, la conducta que asume obligatoriamente una victima citada a declarar a un proceso en marcha jamás puede asimilarse a una expresa habilitación de la instancia. Es sabido que una persona, quiera o no quiera denunciar, una vez compelida a comparecer declarará, por lo general, cuantas veces sea requerida.

El Fiscal sostuvo que en este caso hubiese podido, incluso, obrar de oficio. Sin embargo, es sabido que sólo por excepción la persecución penal en este tipo de delitos puede ser enteramente oficial y, en tales casos, con más razón la Fiscalía debe demostrar los presupuestos fácticos que habilitan la excepcionalidad de la situación, los cuales tampoco aparecen, en mi opinión, de modo evidente en este proceso.

5. Por todo lo dicho, considero que no ha sido acertado el tratamiento dado por los Magistrados del juicio a esta cuestión, increíblemente reeditada hasta el presente.

Ello, por cuanto considero que el asunto no se vincula a una cuestión de preclusión, sino de prueba. La preclusión, sabemos, implica la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal, cuando ha trascurrido el periodo del procedimiento en el cual debió ser llevado a cabo el acto. Reconoce fundamentos de seguridad jurídica, y se vincula a la necesidad de que el proceso avance con celeridad.

.Pero esta noción, mucho, más acotada en el proce.so penal que en el civil, no es operativa cuando de lo que se trata es de determinar qué se probó y qué no en la etapa de juicio {único ámbito de recepción probatoria). Asi, más allá de la mención y exhibición que se hiciera en la Audiencia Preliminar de un acta destinada a acreditar tal extremo, el acto no fue ofrecido como prueba, en virtud de la incorrecta, en mi opinión, postura de la Fiscalía.

Es cierto que la instancia privada tiende a "preservar a la victima de una doble lesión, la causada por el delito en sí y la que le origina la trascendencia que esa investigación conlleva (strepitus fori) Baigún Zaffaroni, op. cit., pág. 382).

Pero no menos cierto es que la cuestión hace al debido proceso, pues en este tipo de casos la validez de la "acusación" en el sentido de etapa sustancial que integra la noción de juicio previo-, está supeditada a la existencia de una manifestación de voluntad con ciertas características que hacen a su validez. Así, la habilitación legal de la persona que la realiza, su capacidad, la decisión libre y espontánea de que se investique, el contenido y extensión de la información que brinda, entre otros, son extremos que no pueden quedar librados al exclusivo control Fiscal. Insisto, en este tipo de ilícitos, el acto promotor contiene información sustancial, que debe ser introducida al debate, sujeta a contradicción y valorada por el tribunal de juicio.

La falta de acreditación de este presupuesto esencial, tal como se señalara más arriba, una vez finalizada la etapa probatoria en el juicio ya no podría subsanarse, circunstancia que ternaria al vicio en absoluto e irreparable y, ahora sí, sin duda obligaría a disponer la absolución del acusado.

Por ello, no resultaría jurídicamente incorrecto, entiendo, dirimir el conflicto a partir de consagrar una solución idéntica a la impuesta por el primer Tribunal de juicio interviniente, esto es, la nulidad de todo lo actuado por falta de instancia y, en consecuencia, dar por concluida definitivamente {art. 387 CPP) la persecución penal contra el imputado en relación al hecho atribuido.

No obstante, a fin de aventar toda sospecha de excesivo rigorismo ritual en el análisis, hemos decidido -como se anticipara- avanzar en el tratamiento de los agravios, particularmente respecto de aquel que brinde una respuesta sustancial a los requerimientos de las partes.

6. El segundo agravio de la Defensa se centra en la excesiva duración del proceso.

A partir de la sanción del nuevo Código Procesal, nuestra provincia ha avanzado —sabemos— en la consagración de un plazo legal. Así, salvo en los supuestos de los procesos declarados "complejos", el término ordinario es de tres años (art. 146 del CPP), no computándose el tiempo que insuma la tramitación de las instancias extraordinarias. El dies a quo del referido plazo está constituido por la denominada "apertura de investigación".

El Defensor toma, en el caso, como fecha de iniciación del proceso la presunta denuncia de la madre de la víctima, realizada en septiembre de 2004. Dice que el trámite lleva más de ocho años de duración, omitiendo toda consideración al cómputo del plazo legal que prevé el art. 14 6 CPP, pese a haber sido el núcleo de la posición fiscal al respecto.

La Fiscalía sostiene, en cambio, que aún no ha vencido el plazo legal que prevé el art. 146 del CPP. Computa el término desde la originaria -y única- apertura de investigación, de fecha 9 de noviembre de 2006, y descuenta el tiempo que insumieron las instancias extraordinarias, como prevé expresamente la N. citada.

Ha quedado fuera de toda duda que el procedimiento se originó en septiembre de 2004. Sin embargo, no habiéndose recibido declaración al imputado, el proceso tramitó bajo las reglas del nuevo Código, de acuerdo a lo establecido en el art. 421 CPP. La Fiscalía formaliza la apertura de investigación en noviembre de 2006, esto es, más de dos años después del alegado acto promotor.

Sustanciado el debate, en agosto de 2007 se dicta la sentencia de nulidad, insumiendo casi cinco años (cerca del doble del plazo máximo legal), la tramitación de las instancias extraordinarias. Hasta la acusación de marzo de 2012 llevamos, como dice la Defensa, más de ocho años de proceso (casi tres veces el término ordinario para la tramitación de un caso).

El plazo razonable de duración del proceso configura una garantía constitucional que ampara a toda persona sometida a persecución penal (art. 18 CN, 7° inc. 5° y 8° inc. I° CADH, art. 44, IV, CCh) . En Fallos 272:188 la Corte ha dicho que integra la garantía de la defensa en juicio (art. 18 CN) "el derecho de todo imputado a obtener, luego de un juicio tramitado

en legal forma, un pronunciamiento que, definiendo su situación frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del. modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal" (considerando 14°).

Por ello, más allá de todo cómputo matemático, el caso merecerla resolverse acudiendo a la noción —no derogada— de plazo razonable, cuyos parámetros constituyen pautas de recibo en la doctrina y la jurisprudencia tanto local como internacional.

Digo esto pues, en virtud de las particularidades del caso, operar como garantía el plazo "legal" en lugar de uno razonable no dejaría de ser una interpretación perversa de aquella.

Por otra parte, viene al caso recordar lo que ha sostenido el juez Pfleger, en cuanto a que "la razonabilidad del lapso estará dada por las particulares características del caso en relación con el tiempo que hubiera demandado su tramitación, el comportamiento estatal en esa circunstancia y las razones de la eventual dilación" (Lescano, Ulises D. - Contreras, Ariel Enrique s/ 'Robo agravado en grado de tentativa, Expte. N° 20. 674-2482006).

De la misma causa puede citarse la opinión del juez Panizzi, quien señala "El de razonabilidad es el único principio absoluto del orden jurídico y, en el caso, advierto su evidente transgresión, pues las circunstancias en las que se desenvolvió el hecho y su investigación, no presentaron (una) complejidad...".

De manera idéntica al sentenciado en el caso que se alude, en los presentes el ilícito qué nos ocupa tuvo como base un hecho simple. Desde la fecha de comisión del presunto ilicito han transcurrido casi doce años, circunstancia que nos coloca en situación de dictar un pronunciamiento cuya extemporaneidad resulta evidente.

A su vez, es claro que la demora aparece como imputable exclusivamente- a la actividad estatal, pues el acusado se ha limitado a ejercer sus derechos y sometido a cuanta diligencia procesal requirió su comparecencia. Por ende, y sin reprochar a jueces ni fiscales, parafraseando al juez Pfleger en el fallo que se cita, lo que resulta evidente es "que un

caso fácil no ha encontrado solución pronta y no se ha dado una explicación adecuada (que ninguna explicación, es mejor afirmar) que permita justificar la dilación".

7. La apertura de investigación en el caso es de fecha 9 de noviembre de 2006. Teniendo en cuenta lo dicho más arriba sobre los alcances de la nulidad dispuesta, tampoco cabria tomar como fecha de iniciación del plazo del art. 146 ese acto viciado y, por aplicación de la ley procesal penal más benigna, deberla computarse como dies a quo la fecha del primer acto de persecución contra el acusado, ocurrido durante la vigencia del anterior código procesal, en el año 2005.

No obstante, esa opinión personal debe ceder -ausente una declaración de nulidad expresa del referido acto- frente a la reiterada doctrina del STJ en cuanto a que plazo máximo de duración del proceso, en particular aquellos iniciados antes de la vigencia del nuevo Código pero regidos por la ley actual, se computa a partir de la apertura de investigación, descontando el tiempo insumido en las instancias extraordinarias (autos "Livera, Faustino s/ dcia. Vejaciones", Expte. N° 21.557-L-2008; "Pcia. de Chubut c/ Vargas Leopoldo - Campos María Inés - El Hoyo- s/ Impugnación", Expte. N° 21.439- F° 95- Año 2008, entre otros).

Por ello, más allá de entender que resultaría de toda equidad y sentido de justicia disponer la cesación irrevocable del trámite de la causa por vencimiento del plazo razonable de duración del proceso, he de atenerme a la citada doctrina de nuestro Alto tribunal, en consonancia con la posición fiscal al respecto.

8. No obstante todo lo hasta aqui analizado, y tal como se anticipara, cabe ingresar a la cuestión de fondo a fin de dar una respuesta sustancial a la cuestión planteada.

En tal sentido he de acompañar el inicial razonamiento seguido por los Sentenciantes del mérito en punto a constreñir la base fáctica de la hipótesis fiscal, en cuanto han limitado la atribución a un único episodio -con las salvedades que expondré-, el cual fue llevado a cabo sin violencia ni intimidación.

Los Magistrados consideraron acreditado que en fecha aproximada al mes de junio del año 2001 el acusado D. A. G., de 19 años de edad, mantuvo una relación sexual con A. M. J., de 11 años, a resultas de la cual quedó embarazada, naciendo C. A.hí en fecha 25 de marzo de 2002. La filiación paterna .de la niña -como hija del acusado- se acreditó a partir de. un análisis de ADN que fue incorporado como prueba al debate (Evidencia "C").

El imputado realizó un extenso y pormenorizado relato en el proceso, reconociendo haber tenido trato sexual con la menor, dentro del marco de una breve relación sentimental mantenida con ella. Indicó haberla conocido en el pueblo (El Maitén), indicando que nunca la obligó a mantener relaciones sexuales, sino que esto se dio como una cosa natural entre ambos, "como se da en cualquier pareja; nos fuimos conociendo, fuimos charlando y se fueron dando las cosas".

Afirmó que al principio la acompañaba e iban juntos hasta el puente y que, luego, tuvieron relaciones sexuales en varias oportunidades (estimando siete u ocho). Agregó, de manera espontánea: "anduvimos determinado tiempo y después cortamos, no nos vimos más", señalando que se enteró de que era padre de una nena cuando, luego de varios años, lo llamaron desde Esquel para imputarle el hecho. Dijo que él pensó que la menor tenia 14 años en aquel momento, que nunca tuvo un problema semejante, que jamás le hablaron de educación sexual y que desconocía los términos de la ley al respecto.

La joven J. en el debate dijo que el imputado abusó de ella, que la dejó embarazada y que luego no apareció más. Que no conocía a G., y que una noche éste la interceptó cerca del puente, llevándola hasta la costa del rio, manteniendo relaciones sexuales con ella; explica que no hablaron, que G. la condujo de la mano hasta ese lugar, y que si bien ella no sabia qué le iba a hacer no hubo violencia física ni amenazas.

Los Jueces tuvieron por acreditada la existencia de un único episodio, a partir -dicen- de la propia declaración de la víctima. Sin embargo, repasando con detalle esa extensa declaración, surge con claridad que si bien en un comienzo refiere una única situación, contrastados sus dichos por el Fiscal con los prestados en el juicio anterior, reconoce que pudieron ser dos los encuentros con el acusado.

Esta última circunstancia -no saber precisar la testigo si fue un sólo hecho o más-

autoriza a presumir que existió más de un encuentro y que la menor conocía al acusado, como sostiene G., pues por regla general las víctimas de un delito sexual no dudan al precisar esa circunstancia - cantidad de episodios- si acaso se trata de un ataque realizado por un desconocido.

Por otra parte el hecho se investiga varios años después de ocurrido, a partir de un nuevo embarazo de la joven, cuando contaba ya con 14 años de edad. La ausencia de denuncia por aquel entonces, esto es, cuando menos al tornarse evidente el estado de preñez de la adolescente, también permite ser valorado como indicativo de lo que se viene afirmando. No cabe sino coincidir con los Sentenciantes, particularmente con los votos de los jueces Estefanía y O'Connor, en cuanto afirman que no se acreditó en el caso la existencia de violencia o amenazas como medio para cometer el hecho. Otros modos comisivos no fueron atribuidos a G., por lo que su tratamiento excede la congruencia que debe guardar el fallo con la plataforma fáctica contenida en la acusación.

Teniendo por cierto, además, que la niña contaba con once años de edad en la época en que se produjeron los hechos., queda claro que carecía de capacidad para consentir válidamente la relación sexual.

Ello asi, toda vez que la ley (art. 119 CP) presume, sin admitir prueba en contrario, que hasta cumplidos los trece años tal aquiescencia no elimina la tipicidad de la conducta del sujeto

activo, en razón de la falta de madurez suficiente de la victima para decidir con libertad respecto de actos que afecten su indemnidad sexual. La edad de la victima, pues, torna objetivamente prohibido el hecho.

9. No obstante, la Defensa ha puesto en tela de juicio el aspecto subjetivo del ilicito, al sostener que su defendido obró con el convencimiento de que la menor tenia 14 años. Cabe, pues, ingresar a este segundo aspecto de la conducta atribuida.

Considero que la sentencia ha dado suficientes razones como para rechazar la existencia, en el caso, de un error del acusado respecto a la edad de la menor. En el punto encuentro impecable el desarrollo realizado por el juez O'Connor acerca de la edad real de las personas y de su apariencia, los hitos en el crecimiento, así como el racconto que realiza sobre la prueba valorada en tal sentido.

Si bien las características físicas de la niña al tiempo de los hechos no han sido captadas en forma directa por los Jueces del mérito, ha podido saberse que en aquel momento media menos de 1.50 mt. de estatura; a su vez, que en la etapa final de su embarazo pesaba 44 kg.

Si bien las medidas antropométricas no desmentirían per se la veracidad de la creencia que invoca el acusado, han coincidido los Jueces en conferir credibilidad a los testigosque depusieron sobre variadas circunstancias vinculadas a la edad de la menor y a su apariencia física.

En este punto, como señala acertadamente la jueza Estefanía, cabe valorar el desarrollo físico, el desarrollo mental y el comportamiento social de la menor, a fin de determinar si resultaba posible caer en el error invocado.

Encuentro correcta la valoración efectuada sobre los testimonios de la madre de la joven, de su hermana Claudia y de su amiga M. M., quienes describen una constitución física pequeña y una notoria delgadez en la niña, lo cual lleva a pensar que tenia once años y parecía de esa edad.

Otras razones han valorado, correctamente a mi juicio, los Sentenciantes para desvirtuar este argumento defensivo, más allá del hecho objetivo de tratarse de una niña de contextura física pequeña. Básicamente, han ponderado ciertos aspectos conductuales de la menor que no podían ser desconocidos por el acusado al asumir sus primeros acercamientos, ya que se trata de una población pequeña y él mismo dijo conocer a la familia de la niña, quien, por entonces, asistía a la escuela primaria (4° grado).

También, en el punto, han considerado de modo correcto el testimonio de la Lie. M., quien si bien afirma que por estar cursando un embarazo no se profundizó el análisis, la niña presentaba ciertas limitaciones congnitivas.

En tal contexto, la alegación del acusado acerca de que pensó que tenia 14 años no resulta creíble, teniendo en cuenta que G. tenia 19 años por entonces, poseía experiencia en el trato con personas del sexo opuesto y no presentaba ninguna dificultad perceptiva o cognitiva.

10. Considerando. razonables y suficientes los argumentosdados por los Sentenciantes para descartar el error acerca de la real edad de la menor, resta revisar el pronunciamiento en cuanto decide desechar, también, el invocado desconocimiento de la prohibición legal de mantener relaciones sexuales con una persona menor de trece años.

En este punto he de discrepar con mis colegas de Tribunal, asi como con la esforzada fundamentación dada por quienes conformaron la decisión de condena. Contrariamente a lo sostenido en el fallo, considero que la parte acusadora no ha demostrado que el acusado, en el contexto situacional en el que decidió el obrar atribuido, haya tenido consciencia de estar cometiendo un delito ni, tampoco, motivos concretos y fundados para dudar acerca de la licitud de su obrar.

El imputado ha sostenido, a partir de un extenso rélato -en el que pudo ser interrogado ampliamente también por la Fiscalía- que ignoraba que su conducta estuviera prohibida. El relato en ese aspecto denota, en mi opinión, un sincero convencimiento.

Es sabido que el llamado "error de prohibición" está receptado Normativamente en el inc. 1° del art. 34 del Código Penal argentino. El texto legal exige, para excluir la responsabilidad penal, que el error sobre la ilicitud del hecho haya sido imputable al autor, condición que la dogmática actual aborda como error invencible. En cambio, cuando a partir de la situación concreta fuera exigióle al autor superar ese estado psicológico de ignorancia o de duda respecto a si la acción está prohibida o no, el error se denomina vencible o evitable.

El error invencible de prohibición -sabemos- elimina la culpabilidad, el vencible, en cambio, sólo la atenúa. Y si bien la N. citada no contempla una fórmula de atenuación punitiva, como otras legislaciones, es preciso en tales casos ajustar el reproche al grado de culpabilidad demostrado por el autor.

Los Sentenciantes se han inclinado por descartar el alegado error del acusado respecto de la prohibición legal, considerando que el contenido esencial de dicha N. es de conocimiento general y evidente para las personas. Tuvieron en cuenta, además, las condiciones personales del joven -por entonces menor adulto- asi como que hubiese vivido, antes de los hechos, en la ciudad de Trelew.

Discrepo con tal posición. Considero, en cambio, que el limite de corte (hasta 1999 de 12 años, a partir de entonces de 13 años) no es una N. que pueda asimilarse al llamado derecho penal nuclear. La ilicitud del trato sexual que resulta notoriamente evidente es aquella que se da entre adultos mayores y niños de corta edad, no la que se da entre una adolescente

En el caso la relación se dio entre una menor que estaba próxima a cumplir 12 años (la menarca marca el paso de la infancia a la adolescencia, como bien se ha dicho en el fallo) y un joven, aún menor de edad también.

Por ello, sin desconocer el significado ancestral de la prohibición del incesto que, a modo de ley universal, regula cuáles son los intercambios sexuales permitidos y cuáles no, la conducta atribuida resulta completamente ajena a esa noción. Ello es asi, sabemos, pues se trata de infracciones reguladas de maneta diferente por las distintas legislaciones, que si bien reconocen un patrón' similar, difieren en uno, dos y hasta tres años en la

edad de corte para considerar válido el consentimiento prestado por el/la menor (Uruguay, México (según los estados), Estado del Vaticano (Códice Zanardelli), 12 años; España 13 años; Chile y Bolivia, 14, por poner algunos ejemplos) . Sin ir más lejos -dato que no puede pasarse por alto en la presente-, hasta poco tiempo antes de los hechos (14/05/1999, Ley 25.087) la ley penal argentina fijaba ese limite en los doce años y a la joven J., sabemos, le faltaba poco más de un mes para cumplirlos. Hablo de un consentimiento válido, siempre que no mediara aprovechamiento de su inexperiencia.

Asi, tan infimo lapso no puede configurar la distancia entre un elemento meramente convencional dentro de un tipo penal y una noción axiomática de derecho penal nuclear o básico, evidente para cualquier persona en cualquier tiempo o lugar.

Considero ilustrativo, en este aspecto, citar un fallo del Tribunal Supremo Español, que aborda la cuestión del error de prohibición -vencible o invencible- con base en un supuesto que se asemeja al aqui analizado. Además de mostrar las distintas posiciones que al respecto se han plasmado en esta causa, en el fallo puede leerse: "Desde luego, la ilicitud en estos casos de conductas sexuales, que depende de la edad de las personas y del ámbito cultural de uno u otro pais en que se desenvuelven, no responde al concepto de delito natural (prohibita quia mala), es decir, no nos hallamos ante unos hechos reputados como infracción penal en todas las épocas y en todos los países, sino ante una consideración como delito o no según las diferentes valoraciones sociales vigentes en las diversas culturas, esto es, ante una infracción mala quia prohibita" (TSE, Sala en lo Penal, Res. N° 336/2009, de fecha 2 de abril del 2009). Los Jueces del mérito han descripto el contexto en que se desarrolló la conducta y han mencionado, en particular, la extendida práctica de una precoz iniciación sexual en los adolescentes de la zona, la ausencia de programas estatales de educación sexual, los frecuentes casos de embarazos adolescentes (el más alto índice en la Provincia, se dijo) no denunciados ni investigados -hay que decirlo-, tal como fue en un principio el caso que ha sido objeto de este proceso, etc.

Tampoco cabe ignorar que en el caso el acusado declaró que A. M. le había dicho que andaba con el hijo de un pastor de la iglesia a la que iba, de nombre Bruno Pereyra. Si bien la joven negó esa circunstancia, la madre en el debate, interrogada sobre si sabía quien era esta persona, dijo "que fue el novio de A., que quería andar, pero no tuvieron nada", respuesta que sin ser completamente asertiva, tiñe de verosimilitud lo afirmado por G. y aporta otro indicio, tenue sí, pero indicio al fin, de que el imputado creía obrar lícitamente en su iniciativa hacia la menor.

El cuadro de situación fijado en la sentencia se aleja de la posibilidad de hablar de vencibilidad del error. Es que no alcanzo a visualizar cuál o cuáles habrían sido los motivos que debieron haber llevado a G. a dudar sobre la licitud de su comportamiento, si el medio social había "naturalizado" ese tipo de acercamientos • sexuales adolescentes.

Ello, en modo alguno implica poner en vilo la objetiva vigencia de la N. o dejar sujeta, su aplicación a particulares visiones o creencias. De lo que se trata es de respetar, con la mayor honestidad intelectual posible, el principio de culpabilidad en el caso concreto, sin pretensión alguna de establecer parámetros interpretativos generales.

Sabemos que la situación -en punto a la información y comprensión de la conducta sexual de los jóvenes- ha cambiado en la última década, ya que no sólo se han implementado programas en el ámbito educativo, sino que se han encarado acciones positivas desde el Estado para erradicar la violencia de género, prevenir los embarazos adolescentes, visibilizar la problemática del abuso sexual infantil, etc..

Pero no era ese el panorama que se vivía en esa zona, para la época en que ocurrieron los hechos que aquí se juzgan.

11. Así las cosas, entiendo que si algún recelo tuvo el acusado pudo ser más bien de índole moral acerca de si estaba bien o mal -en términos de aceptación o de valores sociales- mantener trato sexual en el marco de una relación recién iniciada (a la postre fugaz) con una adolescente inexperta y de temperamento retraído. Comparto, en el punto, la reflexión hecha por el juez Rolón, quien con toda lógica reflexiona: "al menos pudo plantearse

una cuestión moral". Yo agregaría que también pudo imaginar, con relativa facilidad, que podría sobrevenir un embarazo y, por ende, consecuencias que involucraban su responsabilidad personal, patrimonial, etc., actuando desaprensivamente en tal sentido.

Pero ello no autoriza a afirmar que necesariamente estuvo en condiciones de advertir que sus escarceos amorosos fueran conductas punibles para la ley penal, o que su comportamiento sexual con la adolescente pudiera acarrearle una pena privativa de la libertad.

Cierto es que en el ámbito de la culpabilidad el conocimiento no necesariamente debe ser efectivo, sino tan sólo potencial. Ello significa que el sujeto debe estar en condiciones de "poder conocer" -no forzosamente conocer- la antijuridicidad de su conducta,

Pero si, como he dicho más arriba, considero que el acusado tenía el convencimiento sincero de que mantener relaciones sexuales con la menor no constituía un ilícito penal, mal puede exigírsele que no haya buscado la forma de salir de ese estado de ignorancia. Es, justamente, la ausencia de duda lo que torna inexigible un obrar diferente.

En el fallo del TS español citado más arriba se lee: "...no parece adecuado que en esa situación psicológica, en la cual él no puede plantearse cuestión alguna al respecto, le pueda ser exigióle que buscara alguna forma de salir de tal error".

Es cierto que la víctima dijo que no quería mantener relaciones sexuales con G., pero también refirió que no hubo violencia ni amenaza alguna por parte del acusado. Como bien lo describe el juez O'Connor al reseñar la defensa de G., la circunstancia de que el acusado "interpretara que la menor había aceptado tener relaciones sexuales, más allá de conocer su edad, lo habría persuadido de qué la conducta no estaba prohibida".

Así, más allá del lógico recelo por todo lo padecido después por la joven -más por consecuencia de un embarazo adolescente que por los hechos en sí-, ha quedado claro que si bien no hubo un consentimiento expreso de su parte para el intercambio sexual, la ausencia de toda demostración de disenso, así como la reiteración de los encuentros, alejan la idea de que el acusado pudiera haber sometido a la víctima contra su voluntad.

Considerando, pues, que el acusado obró con un error de prohibición invencible al asumir los hechos atribuidos, corresponde hacer lugar al recurso de la defensa, revocar la sentencia condenatoria y absolver al acusado D. A. G. por los hechos por los que recibiera acusación.

12. Una última reflexión. Se ha calificado en la sentencia la infracción como una "insoportable vulneración del orden moral", que afecta "los más elementales límites de lo permitido y lo prohibido" o, también, como "una de las prohibiciones básicas del derecho penal". Creo que no corresponde hacer semejante analogía, pues si bien existe un rechazo total de la sociedad respecto a cualquier intercambio de índole sexual entre un niño y un adulto, la noción de abuso sexual infantil no aplica a las relaciones sexuales entre adolescentes, por lo que no cabe caer en exageraciones impropias de la imparcialidad que debe guiar a todo magistrado judicial.

Tampoco cabe afirmar que G. haya tenido dificultades culturales que le impidieran internalizar conductas penales básicas sino, solamente, que resulta verosímil reconocer que el imputado desconociera los contornos exactos de la prohibición.

Entiendo que aquellas apreciaciones, como otras citas doctrinarias empleadas por los Jueces en la sentencia de mentó, aluden a situaciones en las que personas adultas -no adolescentes- abusan coactivamente de niños para hacerlos participar en actividades sexuales prematuras, que perturban su desarrollo, situaciones a las que sin duda caben las valoraciones mencionadas.

Claro que existe la presunción de que el derecho se presume conocido por todos y que no excusa la mera alegación de su ignorancia (en materia penal, el denominado error iuris nocet). Sin embargo, sabemos que se trata de una ficción, necesaria, trascendente, pero una ficción al fin y, como

tal, admite la demostración contraria, la que deberá ser sopesada con suma cautela por los jueces teniendo como norte el principio de culpabilidad. Esto no es novedoso, ya los glosadores y posglosadores de las Partidas reconocían el efecto eximente del error "cuando, por la naturaleza del acto, era verosímil que el agente ignorase la prohibición" (ZAFFARONI Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal - Parte General, Año 2000, p. 506).

Sin embargo, una cosa es admitir la extrema prudencia que cabe esperar de los jueces en la valoración de este tipo de defensas excepcionales y otra, bien distinta, es ignorar los datos de la realidad y las máximas de la experiencia. En lo personal he podido constatar que aún personas jóvenes con formación terciaria o universitaria no saben responder, a ciencia cierta, a qué edad un adolescente puede consentir válidamente una relación sexual.

13. Siendo minoritaria mi posición en este punto del acuerdo, entiendo que debo continuar con el análisis del caso a partir de la posición de la mayoría y considerar, pues, que existe un remanente de responsabilidad en el acusado por no haber hecho un esfuerzo mayor para conocer la prohibición legal (error vencible de prohibición) que, por supuesto, debe mensurarse.

Numerosos han sido los esfuerzos dogmáticos tendientes a brindar respuestas adecuadas en los supuestos de culpabilidad disminuida -tal el caso de autos- ante la ausencia de una fórmula legal específica.

Para determinar la pena en el caso de errores vencibles de prohibición se han propuesto diversas soluciones, tal como la perforación de los mínimos legales, la aplicación de la pena de la figura culposa, cuando fuere posible o, en caso contrario, la escala penal correspondiente a la tentativa.

He de acompañar la propuesta de tomar la escala penal de la figura del Estupro (art. 120 CP). Ello así pues, sabemos, el delito atribuido a G. no prevé una tipicidad culposa. Pero, además, porque se trata de una infracción penal con connotaciones afines a la situación investigada.

Teniendo en cuenta que la figura penal escogida prevé una escala penal que reconoce un máximo de seis años de prisión, cabe inspeccionar de oficio si acaso existen actos interruptivos de la prescripción de la acción

penal, cuyo término principió a correr en la fecha del hecho (art. 63 CP), no siendo aplicable al caso (art. 2° CP) la reforma operada por Ley 26.705, por ser ley posterior.

El primer acto de persecución que tuvo ese efecto fue la acusación, de marzo de 2012. Por ello, en sintonía con lo que se ha dicho sobre la duración del proceso, cabe declarar que en autos se ha extinguido por prescripción la acción penal (art. 34 inc. I°, 119 inc. 3°, 120 y 62 inc. 2° del Código Penal), debiendo disponerse la absolución del acusado. Asi voto.-

14. Adhiero a la propuesta del primer votante en materia de costas del proceso y honorarios profesionales.

Por todo ello, la Cámara en lo Penal dicta la siguiente:

-------- SENTENCIA --------------

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 ilicito por el que fuera sometido a proceso;

4) Imponer las costas al acusado (art. 242 inc. 3 CPP);

5) Regular los honorarios profesionales en la suma de Doce Jus (12) JUS por la labor desarrollada en esta instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 6 bis, 7, 13, 44 y conos. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2.200); y

6) Regístrese, protocolícese y notifiquese.

7) La presente ha sido suscripta con firma digital por los tres miembros del Tribunal, y remitida a la Secretaria de Cámara. (Art. 331, última parte del C.P.P.).

Registrada bajo el nº 924/13
Fdo. Leonardo Pitcovsky. Mónica Rodríquez. Martin Montenovo