-

En la ciudad de Rawson, Capital de Provincia del Chubut, a los días del mes noviembre del año dos mil veintiuno, la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Alej andro Javier Panizzi, Mario Luis Vivas y Rafael Lucchelli, con la presidencia del primero de los nombrados, dicta sentencia en los autos caratulados "O., K. E. s/ denuncia Trelew" (expediente no 100682 año 2021 carpeta no 7704 OJ Trelew).

Concluida la deliberación, y de acuerdo con la providencia de la hoja 200, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Vivas, Panizzi y Lucchelli.

El Juez Mario Luis Vivas dijo:

I. Llegó a conocimiento de la Sala, por vía de impugnación del Ministerio Público Fiscal, la sentencia del Tribunal de la ciudad de Trelew, que el día 26 de agosto de 2020, en el punto 1) dictó el sobreseimiento de A. L. E. A., por los hechos ocurridos entre los años . 2001 Y 2004 , en perjuicio de M. A. J.

II. La decisión atacada

Los jueces de mérito decidieron desvincular al encartado de los hechos identificados con la letra a), por prescripción.

Entendieron que los plazos o condiciones la prescripción no pueden aplicarse en forma retroactiva si perjudica al imputado. Y que las disposiciones sobre la prescripción integran el principio de legalidad del artículo 18 de la Constitución Nacional, que también prohíbe la retroactividad. Sostuvo el fallo que la garantía de legalidad impide que una persona sea penada por un

hecho que, al tiempo de su comisión, no era punible o perseguible.

También aclara la sentencia que desde el año 2001 al 2004 el instituto de la prescripción se regía por la Ley 25188, y a los doce años prescribieron los hechos identificados como a), es decir el 31 de diciembre de 2016.

III. Recurso Fiscal

La impugnación extraordinaria del ministerio público fiscal se encuentra agregada de la hoja 114 a la 134, y fundamenta que este Cuerpo (en Neira) interpretó erróneamente la norma en cuestión, y fundó el fallo en normas de inferior jerarquía. Agregó que no aplicó la normativa internacional como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer en, la Convención de los Derechos del Niño, y los demás tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

Por otro lado argumenta que en ningún momento Ministerio Público Fiscal retroactividad de la ley aplicable.

Más adelante asegura que el Estado Argentino podría incurrir en responsabilidad internacional por invocar un instituto de derecho interno prescripción de la acción penal- a los efectos de no investigar los graves hechos denunciados e impedir a la víctima acceder a la justica. Dice que la decisión atacada cercenó el derecho al acceso a la jurisdicción de la víctima, derecho reconocido diversos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (arts. 7 y 8 DUDH, art. 17 PIDCP, art. 25 CADH y art. 16 Convención sobre los Derechos del Niño).

Ello por cuanto, continúa, las dos Convenciones Internacionales mencionadas, en la que el Ministerio Público Fiscal funda el derecho a la tutela judicial efectiva, que invocó para mantener vivo el ejercicio de la acción penal, encontraban

vigentes cuando ocurrieron los hechos, y que dicha garantía debe regir aun cuando, según las reglas del régimen local puede considerarse que se extinguió por el paso del tiempo.

Luego cita jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Corte Nacional, que sostiene su postura.

Agrega que es clara la tensión que se verifica entre el derecho de las víctimas a la justicia castigo, los derechos fundamentales de la persona una sanción penal, ambos amparados por la Convención Americana (arts. 1, 2, 8, primero de ellos, garantizado, además, por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Para terminar sostiene que la incorporación de las normas internacionales que reconocen los derechos de las víctimas, ha aparejado una flexibilización la aplicación de los principios liberales del derecho penal (entre los que se encuentra el de legalidad) y de los institutos que derivan de ellos. Que estos principios que nacieron para limitar racionalmente el poder punitivo del estado, ceden en la actualidad en pos de garantizar la efectiva vigencia de los hechos humanos positivizados a través de tratados y convenciones internacionales y regionales, que obligan al Estado argentino frente a la Comunidad Internacional.

IV. La audiencia del art. 385 del C.P. P. Durante el desarrollo de la audiencia (hoja las partes se mantuvieron las posiciones.

En primer lugar alegó el doctor Franco y sostiene que la decisión del sobreseimiento de A. J. inobserva la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer.

Luego la defensa dice que las leyes penales no se aplican retroactivamente en perjuicio del imputado, Y que el principio de legalidad constituye una garantía del derecho interno que no siempre cede

ante la mera invocación de los convenios internacionales. Ello porque cuando el caso atañe a particulares, continuó, no hay afectación alguna a los derechos humanos que provenga de agentes públicos, y por ende no hay responsabilidad del Estado argentino. Cita jurisprudencia.

Formulada esta semblanza pasaré a emitir mi voto.

V. Decisión.

El Ministerio Público Fiscal sostiene que la decisión en crisis se fundó en normas de inferior jerarquía, y que se interpretó erróneamente la normativa internacional vigente al momento de los hechos (Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar, la violencia contra la mujer, Convención Internacional de los Derechos del Niño, y los demás tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional) . Y aclara que no pide la retroactividad de la ley penal aplicable.

La misma observación hace de este Tribunal cuando en autos "Neira" resolvió Que la Ley N 26. 705 (Boletín Oficial del 5/10/2011) rige para hechos ocurridos después de su entrada en vigor. Por tanto, respecto al hecho de la causa (1/3/2005) , tal reforma inaplicable aún retroactivamente: las condiciones suyas (artículo 1) , las que influyen sobre elcurso de la prescripción de la acción penal, son más gravosas para el imputado si se comparan con las previstas por la ley vigente al tiempo del delito (Código Penal , artículos 2 y 63).

Entonces, así, la ultraactividad de la derogada se impone. La Ultraactiva es Ley Nueva. No es la anterior, abrogada; tampoco la vigente, ajena al caso. Ella, en la continuidad específica de su vigor, opera de pleno derecho y deja sin base jurídica al remedio extraordinario. La impugnación del Fiscal, al revés, edifica la regla cuya aplicación pretende con inobservancia al Principio

de Legalidad o a las mandas del Código Penal, artículo 2: invoca la ley posterior in malam parte, impulsa la regla prohibida hacia el pasado y a la luz de semejante engendro, extrae conclusiones inaceptables...' (auto— interlocutorio nro. 68 del 5 de septiembre de 2017).

Sin embargo habré de confirmar la doctrina sentada en dicho precedente.

Es indudable que instituto de la prescripción de la acción penal está unido al principio de legalidad, y que de ninguna manera podría aplicarse una ley posterior que alterara su eficacia en contra del imputado.

Ya lo ha sostenido la CSJN en el caso "Mirás' oportunidad en la que dijo que el instituto de la prescripción cabe sin du en el concepto de ley penal, desde que ésta comprende no sólo el precepto de sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadores del régimen de extinción de la pretensión punitiva (287 :76, considerando 7)

Sin embargo, la Fiscalía -argumentando que no pide la retroactividad de la ley-, pretende que los fundamentos que apoyaron a la sanción de las leyes 26705 y 27206, sean utilizados en este caso, y así habilitar la posibilidad de juzgar a A. por los hechos ocurridos en el año 2001 identificados como a) - .

Enfatiza que estar vigentes las Convenciones Internacionales de Belém do Para y la de los Derechos del Niño, la declaración de prescripción de la acción penal por estos hechos, originaría responsabilidad estatal por violación de las obligaciones que el Estado asumió en el marco internacional.

En estos dos párrafos se describe intención del recurso, que no es más que aplicación retroactiva de esas normas.

Pero tal como lo sostiene el tribunal mérito, hacerlo, significaría transgredir principio de legalidad amparado por nuestra Constitución (art. 18), el que también se encuentra en los artículos 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 75, inc. 22 CN).

En concordancia, la Corte IDH ha sostenido que: De conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado no debe ejercer su poder punitivo aplicando de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas del delito. Asimismo, este principio implica que una persona no pueda ser penada por un hecho que no era delito o no era punible o -perseguible cuando fue cometido' -De la Cruz Flores vs Perú, párr. 105-.

No desconozco, Y adhiero, la nueva perspectiva que hay en la dogmática penal para defender y sostener una tutela judicial efectiva.

Y es loable la posición que asume nuestro Estado cuando suscribe los compromisos que nos obligan a brindar una especial protección a determinadas víctimas.

Pero ello no debe significar transgredir los derechos garantías consagrados en nuestra Carta Magna —y en Tratados Internacionales -, los que fueron pensados para proteger a los individuos de una aplicación abusiva y excesiva del derecho penal.

Y asumo que ningún instrumento internacional justifica la violación del principio de legalidad en perjuicio del imputado, sólo para beneficiar las víctimas.

Más allá de la concepción del principio de legalidad que Corte sostuvo para justificar la flexibilización del régimen de prescripción, lo cierto es que esta interpretación se permite cuando los hechos juzgados tengan que ver con delitos de

guerra y lesa humanidad. Pero de ningún modo pueden aplicarse esos conceptos de legalidad especial a hechos que no se encuentran en la categoría descripta.

Y esto también tiene que ver con la responsabilidad internacional que pueda llegar a generarse, y que según denuncia el Ministerio Público Fiscal, nuestro Estado podría ser condenado internacionalmente por invocar un instituto de derecho interno —prescripción de la acción penal— a los efectos de no investigar los graves hechos denunciados e impedir a la víctima acceder a la justica.

Dicha afirmación es errónea.

Vuelvo a decir lo que sostuve anteriormente, la CI DH definió qué acciones —o inacciones- de los Estados son aquellas que generan compromiso internacional: el Estado parte de la Convención Americana tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y sancionar a los autores y a quienes encubran dichas violaciones. Y toda persona que se considere víctima de éstas o bien sus familiares tienen derecho de acceder a la justicia para conseguir que se cumpla, en su beneficio y en el del conjunto de la sociedad, ese deber del Estado...' «Bulacio vs. Argentina», párr. 110

Es decir, la CIDH, analizando la Convención, sostiene que la ultractividad de la ley es respecto a los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, y confirma. que en estos casos el principio de legalidad no tiene el mismo alcance.

VI. Por todo lo expuesto voto por rechazar el recurso extraordinario interpuesto y confirmar el punto 1) de la sentencia en crisis.

Así voto .

El juez Alejandro Javier Panizzi dijo:

I. El ministro Vivas ha relatado en detalle las vicisitudes de la causa y los agravios esgrimidos contra sentencia venida en

impugnación, que doy por reproducidos en esta instancia por razones de economía procesal.

II. La cuestión planteada por el titular de la vindicta pública trata del sobreseimiento por prescripción de la acción penal de A. L. E. A. J., por los hechos ocurridos entre los años 2001 y 2004, en perjuicio de M. A. J. (artículos 262, inciso 20, 63 y 56 del Código Penal).

El recurrente afirma que la decisión aludida debió analizar el instituto bajo el paraguas de la Constitución Nacional y de los Pactos Internacionales Derechos que demandan de los jueces una aplicación de la ley en clave constitucional y convencional.

Cuestiona la interpretación que efectuó el tribunal de la normativa internacional, pues —entiende- omitió considerar Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño —que receptan el derecho a la tutela judicial efectiva y el interés en el ejercicio de la acción penal- las que se encontraban vigentes cuando ocurrieron los hechos investigados. Alega que esa garantía debe regir aun cuando de acuerdo a las reglas del régimen local, pueda considerarse que la acción se extinguió por el paso del tiempo. Asimismo, señala que la Convención Bélem do Pará y la Ley de Protección Integral a las Mujeres resultan operativas en el caso.

Advirtió, en definitiva, que la decisión adoptada podría generar responsabilidad del Estado argentino, por violación de compromisos asumidos a nivel internacional.

III. De modo conciso, el acusador público procura que se aplique al caso el espíritu contenido en las Leyes N° 26705 —«Ley Piazza»— (publicada en el Boletín Oficial el 5/10/2011) y N O 27206 -«Ley

de respeto de los tiempos de las víctimas»— (Boletín Oficial del 10/11/2015) y, que de esa manera, se permita la posibilidad de juzgar a A. J., por los hechos comidos entre los años 2001 y 2004 .

Concretamente, sin eufemismos, que pretende el Ministerio Público Fiscal es la aplicación retroactiva de la ley, al juzgamiento de los hechos atribuidos a A. J., que tuvieron como víctima a su hermana, M. T.

Es que el representante de la fiscalía intenta aplicar una causal de suspensión de la prescripción incorporada mucho después de que cesaran los ataques sexuales en desmedro de la víctima.

Mas, por aplicación del artículo 20 del Código Penal y del principio de legalidad contenido en el artículo 18 de la Constitución federal, las normas traídas, cuya aplicación se demanda, rigen para los hechos ocurridos después de su entrada en vigor y, por tanto, resultan inaplicables retroactivamente.

La pretensión de la vindicta es inadmisible e inaceptable desde que pretende valerse de una normativa posterior y novedosa para casos anteriores, en franca violación a principios constitucionales, con el pretexto de un control de convencionalidad, a partir de la incidencia de la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Belém do Pará.

En ese sentido, pondré de resalto que si bien suscribo la preocupación global Y los compromisos internacionales asumidos para garantizar, la tutela judicial efectiva de las víctimas de ultrajes sexuales y, en especial, los vinculados con priorizar el interés superior del niño, ello no implica anular otras garantías que surgen del derecho positivo de nuestro país (por caso, el principio de legalidad, referido).

En otras palabras: no es posible sacrificar las garantías del imputado en los alteres de los derechos de las víctimas.

En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos reconocen explícitamente la irretroactividad de la ley penal, excepto que sea más benigna al acusado.

De esta manera, las normas que garantizan o tutelan los derechos de los niños y mujeres deben ser armonizadas con aquellas que consagran el principio de legalidad y la prohibición de retroactividad de la ley penal más gravosa, a fin de evitar la colisión de unas con otras.

conclusión, juzgo que tiene plena operatividad el criterio sentado por esta Sala en «N., C. A. s/ denuncia abuso sexual r/ v hijo menor» (Expediente N° 100294 Folio I — Año 2017, Letra «N» Carpeta Judicial N O 9480 OJ Comodoro Rivadavia) . Se impone la solución propiciada por el tribunal de la instancia, que declaró la prohibición absoluta de la aplicación retroactiva de la ley pena más gravosa al imputado.

Por lo demás, las violaciones a los derechos humanos que acarrearían responsabilidad del Estado nacional no incluye a los casos de abuso sexual como el que se investigó en estos actuados.

Por lo tanto, corresponde ratificar la prescripción sobreseimiento dictados favor de A. L. E. A. J., por los hechos cometidos que damnificaron a su hermana, la niña M. A. J.

Así voto.

El juez Rafael Lucchelli dijo:

I. En atención a la cuidadosa y exhaustiva descripción de los agravios formulados contra la sentencia recurrida, por parte del Dr. Vivas, me remitiré los mismos de manera íntegra, efectuando sólo una breve reseña los antecedentes del caso.

II. El titular de la acción pública presenta impugnación extraordinaria contra sobreseimiento de A. L. E. A. J., en base a los hechos presuntamente ocurridos entre los años 2001 Y 2004 identificados

por el acusador en el apartado a) -, en perjuicio de su hermana M.T.A.J.-

En la sentencia cuestionada el Tribunal de mérito resolvió tal desvinculación en base a la prescripción de la acción penal (artículos 2, 62 inc. 2 y 63 del Código Penal) , puesto que cuando habrían ocurrido los hechos, era la Ley 25.188 a que regulaba el mencionado instituto, razón por la que la facultad de instar la acción habría expirado el 31 de diciembre de 2016, es decir, a los doce años del suceso enrostrado a A. J. , entendiendo los sentenciantes que no se podría aplicar, de manera retroactiva , otra legislación posterior en perjuicio del imputado . Asimismo, abonan tal temperamento con principio de legalidad, traducido como impedimento de penar un hecho, cuando en momento de su comisión no resultaba punible o existía un impedimento para su persecución. Los acusadores públicos recurren a esta Alzada en el entendimiento que se ha aplicado de manera errónea tal normativa, soslayándose por completo el amparo Convención Interamericana para prevenir, sancionar erradicar la violencia contra la mujer, así como la Convención de los Derechos del Niño, y demás instrumentos internacionales que regulan la materia, al momento de los hechos, todos ellos de jerarquía superior a la Ley aplicada.

En tal sentido, afirma que esa Parte nunca solicitó la aplicación retroactiva de la ley penal, sino, la vigencia de la mencionada normativa internacional que amparaba los intereses de la víctima: menor, mujer, y que, por circunstancias particulares —su corta edad- no pudo efectuar la denuncia, decisorio atacado coarta el derecho al a eso la justicia de la víctima, también de jerarquía constitucional (Arts. 7 y 8 de la DUDH, 17 PIDCP, 25 CADH y 16 CIDN), alertando, en caso de mantener el decisorio, sobre la responsabilidad

internacional que le podría caber al Estado Argentino ante el presente caso.

III . Previo a avocarme a la solución del caso voy a efectuar unas reflexiones preliminares sobre el tópico que nos toca dilucidar.

En primer término, no desconozco lo dicho por nuestro más Alto Tribunal Nacional, con relación a la prescripción de la acción al señalar que: " Cuando la Corte Interamericana de Derecho Humanos afirma que el deber de investigar constituye una obligación esta tal imperativa que deriva del Derecho Internacional y no, puede desecharse O condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole, sólo se refiere a que con la intención de impedir la investigación de violaciones a los derechos humanos y la sanción sus responsables , idea que no puede extenderse a previsiones generales de extinción de la acción penal por prescripción aplicables a cualquier caso en el que se investigue la comisión de un delito común " (conf. Fallos: 327:5668, voto del Juez Fayt, considerando 11) (del voto de la Dra . carmen M. Argibay) CSJN, 29-11-2011, D. 1682. XL, "D. R. J. s Incidente de prescripción de la acción penal, causa N O 24. 079", Fallos: 334:1504). -

Sin perjuicio de ello, traeré un precedente con similares características, al caso que nos ocupa, en el que he señalado: No se trata, como lo sostiene afanosamente la Defensa que la cuestión se resuelve aplicando -la -ley pena más favorable. Ello así dado que nos encontramos con normativa que diferente jerarquía que la Constitución Nacional. Vale decir, lo que estos instrumentos internacionales enuncian tienen prelación a lo que establece el Código Penal. Más aun, las disposiciones del derecho interno (conforme lo establece el artículo 27 de la Convención de Viena sobre tratados) no pueden ser opuestas ellas, siendo -las mismas plenamente operativas.

Es bueno recordar que en su sentencia del 20 de enero de 1989 en el caso Godínez Cruz, la corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que "la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de- los derechos humanos no se agota en la existencia de un orden 'normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure -la existencia, realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Esta garantía se vería herida de muerte, si se permitiera en el caso que el derecho interno (aplicando el instituto de la prescripción) impida el ejercicio de los derechos consagrados en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Siguiendo a Cafferata Nores, creo que las obligaciones esta tales de respetar los derechos humanos y asegurar su plena vigencia impuesta por la normativa supranacional, se proyectan bilateralmente en el área de la procuración y administración de la justicia penal, expresándose en salvaguardas que pueden ser, o comunes para las víctimas del delito que reclaman justicia y para aquellos a quienes se les atribuye la comisión o específicas para cada uno de ellos. .

(Cafferata Nores, José T. Proceso penal y derechos humanos, Cels, edición actualizada por Santiago Martínez, pág. 17) . -

Siendo que el Estado, conforme lo tiene dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe N O 34/96 del caso 11. 228, debe garantizar el derecho a -la justicia de las víctimas, la Convención le reconoce la atribución a éstas de reclamarla ante -los tribunales, a través de la tutela judicial efectiva (Arts. 1. 1,8. 1 y 25 de C.A. D. H.). El Estado, como enseña el autor antes mencionado, está obligado a proveer a los ciudadanos sometidos a su jurisdicción a una debida

protección judicial cuando algunos de sus derechos hayan sido violados. Se trata de una expectativa de la víctima y sus familiares que el propio Estado debe satisfacer (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gómez Palomino vs. Perú, 22/11/2005); caso Blanco Romero y Otros vs. Venezuela, 28/11/2005 y De la Masacre de Pueblo Bello vs . Colombia , 31/01/2006) . Esta protección corresponderá a cualquiera agente al cual pueda eventualmente atribuírsele vulneración, incluso cuando fuere un particular, ya que en este último caso el Estado habrá incumplido su obligación de evitar que tal vulneración ocurra, y si luego no brinda su protección judicial, en cierto modo la estaría auxiliando (Corte Interamericana de Derechos Humanos , sentencia Velásquez Rodríguez del 29/VII/88) , porque nada hay, en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados "derechos humanos esenciales del hombre – esté a los ataques que provengan sólo de porque como ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ekmekdjåan c/ So fovich, 7/VII/1992) "Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de esos derechos

Es decir, en los casos como presente, sistema interamericano de protección de Derechos Humanos ha establecido un estándar reforzado del deber de debida diligencia en los casos que involucra violencia de género. Así, el Sistema Universal de Naciones Unidas, en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, aprobada por La Asamblea General en 1993, se insta a los Estados a "proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar Y' conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de

violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por Estado o por particulares' (apartado c) del artículo 4) , mientras que en el plano regional y con jerarquía constitucional — el apartado b) del artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Para) requiere que los Estados actúen "con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer

Por otra parte, también se debe aplicar al caso lo normado en la Convención de los Derechos del Niño, ya que la vulneración de los derechos se habría producido cuando la víctima era una niña.

Es decir, las especiales características del caso nos obligan a darle un enfoque, también particular, que debe ser integral multidimensional Para ello nos vemos compelidos a utilizar el mecanismo de la interseccionalidad, la que resulta una herramienta útil para entender cómo se entrecruzan y concurren, en una misma persona, diferentes categorías de vulnerabilidad que, sumadas, hacen endebles y pasibles de verse afectados sus Derechos Humanos (Encuadre utilizado por primera vez por la C.I . D. H. en el caso: " Fernández Ortega y otras vs. México", Sentencia del 30/08/11, Par r. 200) .

En esa senda, a fin de clarificar el enfoque que se le debe dar a la cuestión, identificaré alguna de las vulnerabilidades que sufría la víctima: era menor de edad, es mujer, sufrió violencia de género tanto por su agresor como por parte de sus padres, quienes, por otro lado, eran los encargados (como representante legal de la niña) de realizar la denuncia pertinente, ya que el delito del que fuera víctima es dependiente de instancia privada.

Asimismo, debemos recordar que el acceso a la Justicia es un derecho humano reconocido en diversos

instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional (Convención sobre Derechos Humanos —artículos 8 y 25 de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre —artículo XVIII- Convención de Belém do Pará (artículo 7 numerales c, d, e y g).

Ahora bien, partiendo de esos parámetros, fácil es colegir que el Tribunal de la anterior instancia debió identificar —como una condición previa— si la víctima tuvo o no acceso a la Justicia, y en su caso desde cuándo, ya que de otra forma estas reglas deja rían de ser operativas.

Del estudio de la resolución recurrida, surge a simple vista que los Magistrados decidieron hacer un abordaje unidimensional. Este enfoque constituye un grave error (in procedendo) a la luz de las buenas prácticas que se deben adoptar para este tipo de casos, lo cual concluyó en otra clase de error (in iudicando) obturando inmerecidamente el acceso a la justicia de la denunciante. Doy razones.

Una mirada multidimensional del conflicto exige tener en miras la totalidad de los hechos, las normas en juego (a nivel legal, convencional constitucional, respetando las diversas jerarquías) conjugando todo ello con el valor Justicia, que un valor totalizador Y armonizador de los demás valores de alteridad.

De la acusación surge que los abusos sexuales que habría sufrido M. T. A. J. por parte de su hermano mayor, habrían ocurrido a partir de los cinco años de edad, creciendo en intensidad hasta accederla carnalmente a los nueve años de edad.

Dicho proceder siguió ocurriendo al menos dos veces por semana, bajo amenazas- hasta los doce años en que habría ocurrido el último ataque sexual. A los dieciséis años, después de tener un intento de suicidio, con apoyo psicológico pudo develarlo a su

madre, quien decide no creerle. Conforme lo explicita en su denuncia, transcrita en la pieza acusatoria: "M. T. A. J. vivía en un ambiente de hostilidad, descalificación Y autoritarismo paterno, en el que las mujeres de la casa 'debían obedecer formas de vestirse, horarios de salida y entrada del domicilio, y solo tener los amigos que el padre autorizaba. La madre, de actitud sumisa, no era ajena a esta hostilidad y hacía o creía -lo que el padre decretaba.

He dado cuenta de hechos que han tenido a la vista —por estar en la acusación— los Magistrados del Tribunal decisor, donde se da cuenta de la violencia de género que habría sufrido M.T.Ä.J. y del que surge —de manera inequívoca- que la misma se encontraba impedida de ejercer la acción penal — y de esa manera tener acceso a la justicia hasta tener 18 años, ya que a pesar que el develamiento se produjo cuando la víctima tenía 16 años, la madre decidió no impulsar la acción penal, incluso cuando el padre se enteró del hecho, unos pocos años después terminó concediendo que el enamoramiento entre hermanos sucede'

Toda esta situación, de desamparo, sin duda caló hondo en el ánimo de la joven. Sin ningún tipo de apoyo por parte de su familia parental, intentó recomponer su vida con su pareja -con serias dificultades a raíz del trauma vivido-.

Hasta que su hermano, una vez más, habría abusado sexualmente de un integrante menor de su familia. En este caso su sobrina. Al ser entrevistada, el día 31 del mes de agosto de 2017, M.T.A. J., por parte de M. P. F., por el abuso sexual que habría sufrido su sobrina M.A.A.O. a manos de A. L. E. A. J., decide contar lo que le había sucedido a ella, instando en ese momento la acción y solicitando una prohibición de acercamiento.

Dado que el último hecho que se le imputa a A. L. E. A. J. habría ocurrido en el año 2004 (cuando M.T.A.J. contaba con 12 años), por imperio del artículo 63 del Código Penal, los Magistrados juzgaron que comenzó a correr la prescripción a partir del diciembre de dicho año Y que luego de transcurrido el plazo que establece el artículo 62 inc. 2do del Código Penal (12 años) la prescripción habría operado el 31 de diciembre de 2016.

Así las cosas, en atención a que prescripción, a juicio del Tribunal habría operado a fines del año 2016 y la denuncia fue radicada el 31 de agosto del año siguiente, se sobreseyó al imputado por el delito denunciado.

Como ya dijera, la interseccionalidad del abordaje del caso, permite avizorar sin tapujos, que la yuxtaposición de vulnerabilidades que sufrió la víctima, por ser niña y sufrir violencia de género, sumado al hecho que el delito depende de instancia privada y aquellos que debían cuidar su integridad psicofísica, protegerla e incluso, dada su minoridad, instar la acción penal, decidieron no hacerlo y de esa. manera discriminarla aún más, hace que con propiedad se pueda afirmar que nunca tuvo la posibilidad -desde que comenzaron los abusos hasta su mayoría de edad- de acceder a la justicia. Vale decir, se violó a simple vista y de forma flagrante el acceso a la justicia que garantiza el artículo 25 de C.A. D. H. el cual es plenamente operativo y tiene como ya expresara jerarquía supra legal.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que la denunciante no pudo ejercer la acción hasta los 18 años, tal como se explicara, resulta desajustada declaración de prescripción efectuada por el Tribunal, dado que, de otro modo, una norma de jerarquía infra constitucional estaría interfiriendo con la realización de un derecho, como

el de la tutela judicial efectiva, que tiene raigambre constitucional.

La esforzada defensa a cargo del Dr. Bernesperi, ha señalado en audiencia, que se discutió en el debate, si la Convención de los Derechos del Niño y la Convención de Belém do Pará deben ceder o no frente a la prescripción solicitada la cual hunde sus raíces en el principio de legalidad, afirmando decididamente que lo resuelto por los Magistrados de la instancia anterior ha sido ajustado a derecho y que basaron su decisión en precedentes del Superior Tribunal de Justicia, como así también de la Cámara Nacional de Casación Penal y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Entiendo con relación a este planteo que no se trata de hacer ceder o no principios de igual jerarquía sino de ver como se armonizan y, en definitiva, se cumple con la pauta axiológica que establece el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional cuando habla de "afianzar la Justicia'

En ese sentido Sagües explica que, tarea de interpretar la Constitución Nacional, hay temas ya resueltos por la doctrina y la jurisprudencia. Así, la Corte Suprema argentina ha establecido que la exégesis que se haga de la Constitución debe ser sistemática y orgánica porque "la Constitución es un todo orgánico y sus disposiciones deben ser aplicadas concertadamente ("Bernuchi Fallos, 289:200, Y "Riego Ribas", Fallos, 258:267). En esa senda, se debe señalar que ningún artículo de la Constitución Nacional puede interpretarse aisladamente ("Brizuela, Fallos 296:432). No hay por consiguiente, " cláusulas solitarias' en la Constitución. De ello se desprende que toda cláusula nuestra Constitución, debe interpretarse coordinándola con demás (" Cardillo' Fallos, 240: 319), evitándose la autodestrucción de ellas (" Procurador Fiscal c/ Calvete' Fallos, 1 :300) . Cuando se emprende dicha tarea " debe cuidarse de

no alterar el equilibrio de su conjunto ("Brizuela Fallos, 296:432), debiendo propender, tarea interpretativa hacia constructivo

("Grisolta Fallos, 234: 482). Además, entiende nuestro Cimero Tribunal que, "cada palabra de la Constitución debe tener su fuerza y significado propio, no debiendo suponerse que ella ha sido inútilmente usada o agregada, o rechazarse como superflua (" Gedes Hnos ' Fallos, 95:334) (sAGüEs, Néstor Pedro, "Elementos de derecho constitucional Tomo -T, págs. 61/62).

Si debemos conjugar el principio de legalidad junto con la Convención de los Derechos del Niño y la Convención de Belém do Para, que obra en nuestro plexo normativo con jerarquía constitucional, como nos exige el caso, interpretación coordinada, anti conflictiva, equilibrada útil entender que la prescripción no corrió cuando la niña víctima era menor. Ello así, toda vez que fue el Estado el responsable que estuviera vigente al momento del hecho, una legislación. infra constitucional que le exigía que la clase de delito que sufriera fuera de instancia privada y que el impulso de la acción este a cargo de los progenitores, quienes como hemos visto, cercenaron —con una ostensible violencia de género- el acceso a la ' justicia que la sobreviviente de este abuso requería Y merecía.

De otro modo, resulta evidente en el caso, que a la primera violencia de género que sufriera la víctima por parte de su hermano, se le sumaría —al serle negados los recursos legales eficaces para tratar la misma- una segunda experiencia de desigualdad de género y discriminación, está vez a cargo del propio Estado, quien definitivamente negaría acceso a la justicia, revictimizándola.

Por todo lo expuesto, juzgo que la solución que propugno honra el principio establecido por el gran jurista romano Ulpiano en su obra 'Instituciones en la que acuñó que "La Justicia es la constante y

perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo' toda vez que, si el Estado, no habiendo sido llamado para prevenir la violencia de género que sufriera la víctima —en su minoría de edad- en manos de su atacante sexual, junto a la de sus progenitores, por las circunstancias particulares del caso ya apuntadas, al momento darle intervención la víctima teniendo capacidad para ello) , ser eficaz Y contribuir a la reparación del daño sufrido por sobreviviente de ultraje sexual, permitiendo, a través de un juicio justo llegar a la verdad. No debemos olvidar, que establecer la verdad -en este caso donde se produjo un abuso sexual con fuerte contenido de violencia de género intra familiar- es, por cierto, el primer paso y resulta imprescindible para comenzar el largo camino de recuperación que debe atravesar la víctima.

Así las cosas, considero que se deberá revocar la resolución atacada Y volver a la instancia de origen a fin que se lo someta a juicio a A. L. E. A. J. por el hecho por el cual fuera sobreseído.

Así voto.

De conformidad con los votos emitidos oportunamente, la Sala en lo Penal dicta la siguiente

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

1°) Declarar improcedente la impugnación extraordinaria deducida por el Ministerio Público Fiscal (hojas 114 a 134);

2°) Confirmar el punto 1 de la sentencia n° 1423/2020 (según registro de la Oficina Judicial de Trelew, cfr. Hojas 72 a 109); y

3°) Protocolícese y notifíquese.

1423/2020 (según registro de la Oficina Judici
de Trelew, cfr. hojas 72 a 109); y

3°) **Protocolícese** y notifíquese.

ALEJANDRO JAVIER PANIZZI

MARIO LUIS VIVAS

José A. FERREYRA
SECRETARIO

CHUBUT

Firmado digitalmente el 09/11/2021 09:10 p
LUCCHELLI Rafael