



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-132978-1

"Altuve, Carlos Arturo -Fiscal ante el
Tribunal de Casación Penal- s/Recurso
Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley"

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala Segunda del Tribunal de Casación penal resolvió casar la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 del Departamento Judicial de San Isidro que había condenado a R. A. M., a la pena de seis años de prisión por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante y en consecuencia declaró extinguida por prescripción la acción penal contra nombrado (v. fs. 45/49).

II. Contra dicha decisión el Fiscal ante el Tribunal de Casación interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad (v. fs. 53/63) el cual fue declarado admisible por la Sala revisora del *a quo* (v. fs. 93/95 vta.).

Denuncia el recurrente que la Sala Segunda del Tribunal de Casación realizó una arbitraria interpretación del artículo 2 del Código Penal -en referencia a la sucesión de leyes en el tiempo-, y en consecuencia calificó -erróneamente- los hechos como abuso deshonesto con la consiguiente declaración de prescripción de la acción penal, desvirtuando la norma aplicable en la especie -artículo 119 segundo párrafo del Cód. Penal-.

Señala que en primera instancia, la plataforma fáctica que se tuvo por probada permitió calificar legalmente el mismo en los términos del artículo 119, 2do párrafo -en función del 4to párrafo inciso "a"- del Código Penal.

Añade que con fecha 4 de diciembre de 2013 se realizó el correspondiente juicio oral en el cual se solicitó la imposición de una pena de doce años de prisión. El mismo día, el Tribunal decidió declarar la nulidad parcial de la acusación fiscal, la prescripción de la acción y por ende la absolución de M.

Explica que contra dicho pronunciamiento el Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación. El día 21 de octubre de 2014 la Sala Segunda del Tribunal de Casación resolvió hacer lugar al recurso interpuesto, casó el fallo recurrido por haber sido erróneamente aplicado el artículo 359 del Código Procesal Penal, correspondiendo revocar la nulidad de la acusación fiscal y la declaración de prescripción de la acción penal y reenvió las actuaciones para que se dicte un nuevo veredicto y sentencia.

Luego de reeditar lo expresado por la Sala revisora en su fallo menciona que la duración que tuvo el abuso denunciado, que se prolongó por un período aproximado de dos años, ya deja al hecho a cobijo del segundo párrafo del art. 119 del Código Penal que establece agravación del abuso sexual "por su duración".

Asimismo afirma que el tiempo transcurrido desde la fecha de comisión del hecho (año 1998 a 2000) hasta el primer llamado a declaración indagatoria (17/09/2000) no ha transcurrido el plazo que regula el art. 62 del Código Penal, de acuerdo a la escala prevista por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, que posee un máximo de diez años de prisión.

Postula que así, el órgano casatorio consideró comprobados los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-132978-1

hechos materia de acusación con entidad suficiente como para constituir un sometimiento gravemente ultrajante en los términos del artículo 119 segundo párrafo del Código Penal, y reenvió las actuaciones a la instancia de origen para el dictado de un nuevo veredicto y sentencia.

Señala que el día 2 de diciembre de 2015 el Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 resolvió condenar a R. A. M., a la pena de seis años de prisión del proceso por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante.

Explica que contra dicho pronunciamiento interpuso recurso de casación la defensora oficial del imputado al cual le hizo lugar la Sala Segunda del Tribunal de Casación por haber sido inobservado el artículo 2 del Código Penal y declaró extinguida la acción penal por prescripción en orden al delito de abuso deshonesto.

Afirma que la sentencia que cuestiona plantea la existencia de un conflicto de aplicación de la ley penal en el tiempo cuya resolución -entiende- por imperio del artículo 2 del Código Penal daría como consecuencia la aplicación del artículo 127 del Código Penal -previo Ley 25.087 (B.O 14/05/99)- y, por ende, la prescripción de la acción penal.

Plantea que la duración que tuvo el abuso denunciado -que se prolongó por un período aproximado de dos años- dejó el hecho al cobijo del segundo párrafo del artículo 119 del Código Penal que establece la agravación del abuso sexual "por su duración", lo que supone el mantenimiento de una situación típica de cierta duración -que en autos se extendió desde el año 1998 al 2000- lapso durante el cual se continuó con la

realización del tipo, por lo que el delito continuó consumándose hasta que cesó la situación antijurídica.

Trae a colación el recurrente el artículo 2 del Código Penal y señala que tal como lo sostuvo la CSJN en "Jofré Teodora s/denuncia, sent. de 24-VIII-2004" del artículo 2 del C.P pueden desprenderse tres momentos: 1. el tiempo de cometerse el delito, 2. el del fallo, y 3. el lapso intermedio entre ambos.

Expresa que, de ésta forma, ocurre que, en este caso, el tiempo de comisión del delito -es decir, el momento 1-, y teniendo en cuenta lo dicho respecto a la permanencia de la consumación en el delito de abuso sexual gravemente ultrajante por su duración, el período se extendió desde el año 1998 hasta el año 2000, y que en dicho prolongado tiempo se promulgó la ley 25.087.

Postula que no nos encontramos en la hipótesis del artículo 2 del C.P, que plantea únicamente un supuesto de un cambio de leyes entre el tiempo de comisión del delito y el de la condena o eventualmente, el intermedio, ni tampoco en los del artículo 9 de la C.A.D.H, ni del artículo 15.1 del P.I.D.C.P, pues en dichos instrumentos se habla del "momento de la comisión de delito"; pero nada dicen si este momento se prolonga y rigen dos leyes distintas.

Aduce que dicha situación no está expresamente contemplada en el artículo 2 del C.P que establece el principio de la ley más benigna, por lo que tal garantía no está en juego en el presente caso.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-132978-1

Esgrime que por el contrario, se está ante un supuesto de coexistencia de leyes teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del delito de abuso sexual gravemente ultrajante por su duración. Cita en su apoyo nuevamente el precedente “Jofré” de la CSJN.

Afirma el recurrente que R. M., continuó ejecutando la conducta disvaliosa durante la vigencia de la ley 25.087, que se reputa conocida por el autor, y que siendo posterior deroga a la anterior. En efecto, los abusos se sucedieron entre el año 1998 y el 2000 y la ley 25.087 fue promulgada en el Boletín Oficial en fecha 14/05/99.

Concluye que si en el caso de la acción continuada se modifica la ley durante la comisión del hecho, en razón que esta forma delictual debe apreciarse jurídicamente como una acción, sólo puede aplicarse la ley vigente al momento de realizarse el último acto del delito.

Añade el Fiscal que no se afecta el principio de no retroactividad de la ley más gravosa, porque la primera ley que debe tomarse en cuenta respecto de la benignidad, es la que rige en el tiempo en que se desarrolla la última parte de la conducta. Tampoco viola el principio de interpretación restrictiva de la ley penal, sino se cuenta con argumentos dogmáticos que, salvando la razonabilidad de la ley, indiquen que la correcta es la interpretación contraria a la que acá se sostiene.

Entiende que la solución propiciada resulta acorde con el principio de culpabilidad, y desde otra óptica no hiere el de igualdad, puesto que no puede equipararse

la situación de quien cesó de cometer el delito, una vez que la conminación penal se tornó más severa, con la de quien lo continuó a pesar de ello.

Finaliza sosteniendo que atento a que las conductas delictivas cesaron en el año 2000, quedando allí fijado el tiempo de comisión, estando vigente la ley 25.087, la resolución recurrida realiza una incorrecta aplicación de la ley penal.

Concluye que la calificación a los hechos de autos es la de abuso sexual gravemente ultrajante por su duración, -ergo- desde el año 2000 hasta el año 2007, fecha en la cual la víctima realiza la denuncia-, no ha transcurrido el plazo legal previsto por el artículo 62 del Código Penal, de acuerdo a la escala prevista para el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, que posee un máximo de diez años de prisión.

III. Sostendré el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal (arts. 21 inc. 8, ley 14.442 y 487, CPP), cuyos argumentos hago propios, y agrego los siguientes.

a. Antes de dictaminar, corresponde dar un repaso de las presentes actuaciones.

Surge que en fecha 27 de noviembre de 2007, la Sra. L. S. S., -madre de la víctima- efectuó una denuncia penal contra R. A. M., en virtud de haber tomado conocimiento de los sucesos que vivenció -por aquel entonces- la menor de edad P. L. Á.,. La menor víctima relató que cuando ella tenía ocho (8) años, el novio de su hermana -R. P.,- abusaba sexualmente de ella,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-132978-1

hecho sucedidos entre los años 1998 y 2000 (v. fs. 11 vta. del legajo nro. 63.816).

También luce a fs. 9/10 vta. que R. A. M., fue llamado a prestar declaración indagatoria (cfr. art. 308 del CPP) en fecha 17 de septiembre de 2009, en donde se le endilgó el hecho denunciado y que constituía el delito de abuso sexual gravemente ultrajante calificado por causar un grave daño en la salud física y mental de víctima -art. 119, párrafo 2° en función del 4° párrafo del inc. “a” del Cód. Penal- (fs. cit.).

Por su parte, en el Tribunal en lo Criminal N° 2 de San Isidro -integrado por los Dres. Gossn, Mirabelli y Moris-, en fecha 4 de diciembre de 2013 se desarrolló el debate oral y allí declaró la nulidad parcial de la acusación pública en virtud de que llevó al debate un hecho nuevo que no fue introducido en la requisitoria de elevación a juicio (introducción de dedos en la vagina de la menor), sin que haya requerido ampliación y generando sorpresa a ese tribunal; por tal motivo el Tribunal adelantó que veía como posible “la tipificación legal prevista por el primer párrafo del art. 119 del CP, abuso sexual simple” y advirtiendo que la acción penal estaba prescripta, sin que cobre relevancia la ley 26.705 dado que juega el art. 2 del C.P (v. fs. 19 y vta.). El día 11 del mismo mes y año, el tribunal de mérito desplegó los mismos argumentos en el veredicto absolutorio (v. fs. 29/30 vta.) y concluyó que la pena máxima prevista para el delito previsto en el art. 119, primer párrafo, del Código Penal es de cuatro (4) años, se encontraba superado ampliamente el término previsto por el art. 62 inc. 2 del CP, en virtud de que los hechos denunciados sucedieron entre los años 1998 y 2000 y la denuncia penal en 2007.

El Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación

agraviándose que no se había violado el principio de congruencia, ni se había impuesto un hecho o una calificante sorpresiva o sin acudir a las previsiones del art. 359 del CPP (v. fs. 35 vta./38 vta. del legajo citado).

Por su parte, la Sala II del Tribunal de Casación Penal –integrada por los Dres. Mahiques y Mancini– resolvió casar el fallo impugnado por haber aplicado erróneamente el art. 359 del Código Procesal Penal correspondiendo revocar la nulidad de la acusación fiscal y la declaración de la prescripción de la acción penal, reenviando las actuaciones para que se dicte un nuevo veredicto y sentencia (v. fs. 54/58 vta).

Para adoptar aquel temperamento sostuvo que *“...el hecho descrito en el alegato final es en esencia el mismo que fue materia de intimación, pero que fue detallado en el alegato con mayor precisión a partir de lo que emergió comprobado por la prueba ventilada en el curso del debate, debiendo aclararse que dicha mayor precisión (en este caso, la introducción de un dedo) no refirió a particularidades que, en esta ocasión tuvieran relevancia típica ya que de la condición de gravemente ultrajante se basó en la duración temporal que la figura agravada contempla.//Además, la circunstancia vinculada con la introducción de los dedos del imputado en la vagina de la damnificada no configura un hecho diverso al intimado al imputado como tampoco constituye de por sí una agravante de la calificación legal”* (fs. 55 vta./56).

Seguidamente, describió el hecho endilgado y sostuvo que los elementos probatorios obrantes en la causa (testimonios de P., Á., L. S.,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-132978-1

M. O., A. A., y M. S. P.) “...*acreditan sobradamente el hecho cuya autoría se le atribuye al imputado*” y que debe ser calificado como “*abuso sexual gravemente ultrajante, en los términos del art. 119, segundo párrafo del Código Penal*”, teniendo en cuenta la prolongación de los abusos -periodo aproximado de dos años y que dan cuenta de que fue abusado sexualmente al menor en 15 oportunidades-, la diferencia de edad entre víctima y victimario y la cercana relación que los vinculaba (fs. 57).

Por otro lado, abordó la temática de la prescripción y sostuvo que “...*desde la fecha de comisión del hecho (años 1998 a 2000) hasta el primer llamado a indagatoria (17/09/2007) no ha transcurrido el plazo que regula el artículo 62 del Código Penal, de acuerdo a la escala prevista por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, que posee un máximo de diez años de prisión*” (fs. 57 vta.).

Dicha sentencia fue notificada al imputado, quien manifestó su deseo de “apelar” y la defensa dejó sentada su reserva de recurrir pues no era en ese entonces sentencia definitiva. También requirió que en el caso de que no se interponga recurso de la defensa contra la sentencia que emita el tribunal de reenvío se le ponga en conocimiento a ese defensor, entre otras cuestiones (v. fs. 62 y 66/67).

Vuelta las actuaciones al Tribunal en lo Criminal nro. 2 departamental –integrado por los Dres. Andrejin, Ramirez y Tuya- en fecha 25 de noviembre de 2015, se llevó a cabo el debate oral y la defensa denunció afectación a los principios de cosa juzgada e irretroactividad de la ley penal por no aplicación de la ley más benigna. Agregó que no se pudieron precisar las 15 ocasiones en que fuera abusada impidiendo ello hacerlos

concurrir (fs. 1 vta./2).

En el veredicto condenatorio dictado por el órgano de instancia, los magistrados dieron repaso a la plataforma fáctica tenida por probada por el Tribunal Casatorio (fs. 5 del legajo nro. 75.881), y seguidamente expuso que “[l]a tarea a desarrollar en este ítem se circunscribe exclusivamente en determinar la existencia de probanzas que vinculen o no, al imputado con el injusto recreado” (fs. 5 y vta.). De ese modo, se dio por probada la autoría endilgada a M.. Merece destacarse que al evaluar las agravantes, el tribunal de reenvío sostuvo que “[c]abe prescindir de valorar como severizantes, la invocada cantidad de veces a que fue sometida la víctima a maniobras abusivas, pues tal premisa temporal permanece abarcada como elemento de la tipicidad agravada de los hechos que merecen reprocho” (fs. 8 vta.)

A la postre, los magistrados dictaron sentencia en fecha 2 de diciembre de 2015, entendiendo que los hechos debían ser subsumidos jurídicamente como constitutivos del delito de abuso sexual gravemente ultrajante, conforme artículo 119, segundo párrafo del Código Penal -texto según ley 25.087 (B.O 4/5/99)- del Código Penal, desde que esa es “...la significación jurídica que ha sido incuestionablemente considerada por el Tribunal de Casación”. Asimismo, señaló que “...las invocaciones defensasistas -en cuanto a la subsunción típica que a entender de la parte, merecen los eventos tenidos por comprobados, y de las normas aplicables al caso-, han sido ingresadas con posterioridad a la razonada y motivada decisión casatoria, de manera que carece de virtualidad para su posible consideración en la presente instancia jurisdiccional” (fs. 10 y vta.). De ese



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-132978-1

modo, condenó al nombrado a la pena de seis (6) años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 45 y 119, segundo párrafo del Cód. Penal, texto según ley 25.087 -B.O 4/5/99-).

La defensa interpuso recurso de casación denunciado nuevamente afectación a los principios de cosa juzgada e irretroactividad de la ley penal por no aplicación de la ley más benigna y, por otro lado, alegó falta de elementos probatorios para acreditar la autoría de su asistido (v. fs. 19/23 vta.).

Señaló sobre el segundo agravio que la figura de “abuso sexual gravemente ultrajante” fue introducida por ley 25.087 (B.O 14/5/99), de modo que si el hecho imputado comprende los años 1998 a 2000, no cabe sino aplicar la ley anterior a esta por ser más benigna -art. 120 del Cód. Penal texto anterior- lo que conduce a encuadrar el hecho como constitutivo del delito abuso sexual simple y que contiene una pena máxima de seis (6) años de prisión, por lo que la acción penal estaría prescripta -cfr. art. 63 anterior a la ley 26.705-. Agregó que para el caso de que el órgano revisor considera que estamos en presencia de un delito continuado y que pudiera presentarse un conflicto de aplicación de leyes, siempre debe aplicarse el ordenamiento más benigno (v. fs. 20 vta./21).

El Tribunal de Casación Penal, como ya lo expuso el recurrente, hizo lugar al planteo defensorista y consideró que resultaba aplicable el art. 2 del Código Penal. Ello así, pues la conducta desplegada por el imputado se llevó a cabo durante los años 1998 y 2000, por lo que habiendo sucedido una modificación legislativa durante el transcurso de la acción -sucesión de leyes- y siendo la última más gravosa para el encartado (Ley 25.087) correspondía aplicar el texto anterior. De ese modo, entendieron los casacionistas que

correspondía adecuar el hecho ilícito a la figura prevista en el antiguo art. 127 del Código Penal -abuso deshonesto-, delito que tenía una pena máxima de cuatro (4) años de prisión. Por otro lado, también por aplicación del art. 2 del CP, sostuvieron que resultaba aplicable el art. 67 -texto según ley 23.077-, ya que la ley 27.206 es más gravosa para el imputado. En consecuencia declararon prescripta la acción penal en orden al delito previsto en el art. 127 del Código Penal -texto anterior-.

b. Paso a dictaminar.

1. De todo lo anteriormente señalado, corresponde destacar que los reiterados abusos sexuales que sufrió la víctima -sucedidos entre los años 1998 y 2000- fueron encuadrados como un único delito, pues no se observa de la sentencia dictada por el tribunal de casación -en su primera intervención- ni tampoco la del tribunal de origen -en su segunda intervención- que se hayan concursado de algún modo las reiteraciones manifestadas por la víctima.

Cabe recordar que durante el primer debate oral, la víctima manifestó que los abusos los hizo “...durante dos años, lo habrá hecho 15 o 20 veces” (fs. 21 vta.), declaración que fuera incorporada por lectura en el segundo debate oral. Pero fundamentalmente, debe agregarse que la plataforma fáctica tenida por probada por el Tribunal de Casación y la sentencia condenatorio dictada por el órgano de juicio se estableció que la menor fue abusada sexualmente en al menos 15 oportunidades.

En efecto, esas reiteraciones deben ser encuadradas como un delito continuado, lo que a mi entender llega firme a esta instancia.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-132978-1

El delito continuado ha sido conceptualizado como aquel caso de *“pluralidad de acciones homogéneas que, a pesar de encuadrar cada una de ellas en el mismo tipo penal o en tipos penales con igual núcleo típico, una vez realizada la primera, las posteriores se aprecian como su continuación, presentando así una dependencia o vinculación en virtud de la cual se las somete a única desvaloración normativa, que las redice a unidad delictual. Se trata de una pluralidad de hechos dependientes con identidad o similitud de encuadramiento, cuya ejecución sucesiva los presenta como la continuación de un mismo delito, cuyo contenido de injusto intensifican, sin multiplicarlos”* (Carlos S. Caramuti, Código Penal de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Coordinado por Marcelo Antonio Terragni, dirigido por David Baigun y Eugenio R. Zaffaroni, 2º ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2007, pág. 607).

Por su parte, esa Suprema Corte de Justicia ha sostenido en varias oportunidades que para apreciar un delito continuado debe corroborarse *“la identidad de finalidad de cada uno de los actos. Es decir, ese aludido designio común, toda vez que lo que caracteriza al delito continuado -y lo diferencia del real- es la decisión única, ese dolo identificado por la doctrina como- ‘unitario’”* (causa P. 121.641, sent. del 31 de agosto de 2016, entre tantos otros).

2. Con ese piso, el Tribunal *a quo* consideró que durante la ejecución de la acción aquí enrostrada se publicó la ley 25.087 (B.O 14/5/99) modificado el artículo 119 del Código Penal que dispuso: *“La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de*

reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima”, la que no aplicó por los fundamentos anteriormente desarrollados.

De este modo, la cuestión a resolver se centra en determinar si esa modificación legislativa -más gravosa para imputado- puede ser aplicada al presente caso.

El artículo 2º, primer párrafo, del Código Penal establece que “*Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna*”.

Las hipótesis que abarca esa norma comprenden un cambio legislativo desde que se “cometió el delito” (es decir, rigiendo en el hecho una ley) hasta el “fallo” o “en el intermedio” y que la doctrina lo ha denominado “*sucesión de leyes*”. En cambio, cuando se producen cambios legislativos durante la comisión de un hecho se los denominada “coexistencia de leyes” que conlleva a aplicar la última vigente al cese del hecho, aún cuando aquella resulte más gravosa, por lo que el artículo 2º del Código Penal no resulta abarcado por esas circunstancias.

El recurrente trae acertadamente el precedente “*Jofré*” de la Corte Federal, pues si para un delito permanente rigen esas reglas lo mismo sucede –o con mayor razón- con un delito continuado. Me explico.

En aquel precedente la Corte Federal –de modo mayoritario- se remitió a las consideraciones vertidas por el Procurador General –punto IV. 2 y 3-; allí



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-132978-1

sostuvo, en lo que interesa destacar, que *"si el sujeto persiste en su conducta punible, si sigue adelante con su acción pese a lo que manda la nueva disposición legal, estimamos que deberá aplicársele la ley nueva más severa, que voluntaria y deliberadamente insiste en seguir infringiendo, no pudiendo luego ampararse para mejorar su situación en la circunstancia de que un tramo de la acción delictiva desarrollada la ejecutó bajo una ley más benigna, ya que a pesar de la consecuencia más grave dispuesta por la última norma legal, siguió adelante con su conducta criminal... El autor está en condiciones de adecuar su conducta a las nuevas exigencias normativas... persiste en su acción delictiva pese a conocer la mayor gravedad de ésta, pudiendo desistir de su empeño criminal"* (*"La Ley Penal y el Derecho Transitorio"*, Guillermo J. Fierro, página 222 y sstes. Ediciones Depalma, 1978)".

Aquel dictamen agregó que *"En este sentido, puede apreciarse cómo el artículo 63 del Código Penal argentino, prevé que si el delito fuere continuo, la prescripción comenzará a contarse a partir del día en que cesó de cometerse, norma que está señalando la relevancia típica del momento en que se agota el hecho delictivo. Y conviene recordar que esta disposición se originó en el Proyecto de 1891, fundándose en el criterio de la buena conducta -pues sólo desde ese momento puede cumplirse tal condición- lo que nos permite argumentar, "contrario sensu", que mientras se mantenga la situación antijurídica permanente, y por lo tanto se renueve la voluntad delictiva, no corresponde aplicar la institución beneficiosa, sea la prescripción o la ley anterior más benigna, por la mera razón de que el delito no está terminado"* (CSJN Fallos 327:3279,

sent. del 24/8/2004; en esa misma fecha se emitiría el fallo “Gómez” -CSJN Fallo 327:3274- donde la Corte Federal se remitió a “Jofré”).

En otro orden, la Corte Federal ha tenido oportunidad de reafirmar esa postura en el fallo *in re “Rei”* –otra vez remitiéndose al dictamen del Procurador General- (CSJN Fallos 330:2434, sent. del 29 de mayo de 2007); se sostuvo -en una mayoría incuestionable- que *“la decisión en este punto se encuentra en armonía con lo resuelto por el Tribunal en el precedente de Fallos: 327:3279...”* donde *“Se concluyó entonces, con cita de autorizada doctrina, que las figuras de retención y ocultamiento de un menor de diez años integran la categoría de delitos permanentes, en los que la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse el delito, sino que perdura en el tiempo, por lo que éste continúa consumándose hasta que culmina la situación antijurídica. Frente a estos hechos, la reforma de la ley 24.410 no introduce uno de los supuestos contemplados en el artículo 2 del Código Penal (que plantea únicamente la hipótesis de un cambio de leyes entre el tiempo de comisión del delito y de la condena o, eventualmente, el intermedio), sino que su aplicación al caso debe resolverse según la regla general del artículo 3 del Código Civil (tempus regit actum) en virtud de la cual el delito (en este caso, que aún se está cometiendo) debe regirse por las normas vigentes”* (votos de los Dres. Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi y Maqueda).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en el fallo *“Bignone”* (CSJN Fallos 340:549, sent. del 3 de mayo de 2017) los votos de los Dres. Highton de Nolasco y Rosenkrantz no llegaron a coincidir con el Dr. Rosatti en punto a si los delitos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-132978-1

permanentes les resulta aplicable la regla prevista en el art. 2 del Código Penal, por lo que no hubo mayoría y en consecuencia en nada revirtió los precedentes apuntados.

Cerrando este punto, la postura actual de la Corte Federal avala que a los delitos permanentes no les resulta aplicable el art. 2 del Código Penal, y considero que tal interpretación corresponde extenderla a los delitos continuados, dado que si entre los fundamentos para arribar a aquella conclusión aparece el artículo 63 del Código Penal, con la misma razón -o mayor- debe aplicarse a la clase de delito aquí juzgado, ya que esa norma alude específicamente al delito continuado; a ello se debe sumar que entre los delitos permanentes (continua consumación) y continuados (continua dependencia de los actos) existe un denominador común referido a la prolongación en el tiempo de la ejecución de la acción en donde se renueva la voluntad delictiva. Estas notas son las que permiten enjuiciar una analogía entre los precedentes de la Corte Federal y el caso de autos.

Por otro lado, no cabe ninguna duda que entrada en vigencia la ley nacional nro. 25.087 (B.O 14/5/99) hasta que cesaron los hechos (año 2000), se encuentra configurado el delito que propone la parte acusadora, pues ese tiempo prolongado igualmente constituye un abuso sexual gravemente ultrajante por su duración (art. 119 segundo párrafo del Cód. Penal).

Por lo dicho, deviene aplicable los artículos 63 y 67 del Código Penal -el último, conforme ley 25.990- y de ese modo, desde que cesó la acción ilícita (año 2000) hasta que se llamó a indagatoria (17 de septiembre de 2009) no se había superado el plazo de diez años -art. 62 inc. 2 del Cód. Penal-. A ello, debe sumarse que luego se

interrumpió nuevamente la acción penal con el dictado de la sentencia condenatoria (2 de diciembre de 2015), por lo que la acción penal se encuentra vigente.

En consecuencia, corresponde revocar la sentencia impugnada y remitir las actuaciones al tribunal intermedio para que se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

IV. Por lo expuesto estimo que esa Suprema Corte debe hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el Fiscal ante el Tribunal de Casación.

La Plata, 5 de junio de 2020.

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND, JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General