En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 12 días del mes de agosto del año dos mil once, se reunieron en Acuerdo los miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y José Luis Pasutti, presidida por el primero de los nombrados para dictar sentencia en la causa caratulada "**H., I. D. C. s/ dcia. abuso sexual s/ impugnación**" (Expte. N° 22.016 - Folio 192 - Año 2010).

El orden para la emisión de los votos, que resultó del sorteo practicado a fojas 46, es el siguiente: Pfleger, Panizzi y Pasutti.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Antecedentes del caso.

a. Síntesis inicial

En desmedro de la decisión de la señora Juez Penal de Comodoro Rivadavia, Mariel Suárez, que el 4 de Mayo de 2010 dictó el sobreseimiento del imputado, dedujo impugnación extraordinaria el Ministerio Público Fiscal.

Aquella, la Juez, había resuelto así aplicando el art. 285 inc. 6° del C.P.P. por entender que "… no se podrán aportar o incorporar

nuevos otros elementos suficientes a la investigación para formular la acusación…”.

b. El recurso.

Al prologar su discurso (punto III del escrito añadido desde la hoja 9 a 18 de estos actuados) estimó que la decisión de la Magistrado carecía de motivación suficiente, respondía a una errónea valoración de la prueba y omitía consideración de pruebas esenciales, privando a la víctima de su derecho a la tutela judicial en violación a los principios de igualdad procesal.

Refirió, seguidamente, a los antecedentes del caso (punto IV) y en el punto V desarrolló la fundamentación de su agravio.

Principió con la alusión al art. 274 del C.P.P y sus alcances e indicó que al decretar la apertura de la investigación preparatoria contó con la denuncia penal y la validación del relato, a su juicio suficiente, pues –también reflexionó- que “… en el inicio de la investigación no se necesita más que la afirmación, por parte de los órganos públicos habilitados de la posible existencia de un hecho delictivo…”.

Desarrolló, a renglón seguido, su tesis acerca de los conceptos “sospecha”,

///

“posibilidad”, “probabilidad” y “certeza”, con referencias a la vinculación de una persona con el proceso, y dijo que ese grado de conocimiento es lo que permite avanzar de manera progresiva en aquél.

Entendió que la apertura de la investigación tenía sobrados fundamentos, con la validación del relato de la víctima y se consagró después a exponer acerca del art. 285 inc. 6° del C.P.P. y de los alcances de la actividad probatoria durante el desenvolvimiento de una causa.

Predicó que el informe de la licenciada Antal no vulneraba ningún derecho del imputado, en tanto el mismo no era un acto definitivo no reproducible, y sólo una necesidad para dar inicio a la investigación.

Citó precedentes de este Tribunal y de la Excma. Cámara del Crimen de Comodoro Rivadavia para justificar su opinión en el sentido de que era prematuro y asoció el asunto con el art. 3 del C.P.P. cuyos principios reivindicó.

La impugnante escribió nutridos párrafos para sostener esa posición y reiteró la naturaleza y valor del informe, con remisión -otra vez- a jurisprudencia.

Con insistencia, la quejosa ratificó su enfoque en relación a lo anticipado del sobreseimiento, pues, dijo, la participación de la defensa iba a hacerse posible durante el testimonio de la niña en Cámara Gessell, que no podía ser descalificado “ex ante”.

Recreó jurisprudencia de la Sala y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en punto a la valoración de la prueba en supuestos de abuso sexual.

En otro ítem desplegó consideraciones en relación con la manera en que los Magistrados han de valorar la prueba según las reglas del Código, y que la resolución en crisis carecía de esa virtud pero que, aún más, desconsideró los alcances de la audiencia ya que, a su parecer, debió tener por no formalizada la investigación mas no sobreseer en la causa, de allí el mote de prematura y arbitraria con que la calificó.

Volvió, después, a los precedentes de jurisprudencia y de doctrina para poner en valor las tensiones entre los derechos del imputado y el interés superior del niño.

En el escrito que se parafrasea, el Ministerio Fiscal señaló los derechos de la víctima en el adjetivo doméstico (art. 15) y el principio de actuación del Ministerio Público

///

Fiscal (art. 114 del texto de marras). Repasó las posibilidades probatorias y el control de la defensa con atención a jurisprudencia de la Sala, que transcribió.

Distinguió, en otro tramo de su alegato, entre "testimonio", "credibilidad" y "veracidad" en los casos de abuso sexual y citó doctrina respecto de los relatos que los menores víctimas pueden efectuar a lo largo del proceso.

Finalizó con que lo decidido era claramente inconstitucional en cuanto denegaba "…el derecho de representación de intereses de la sociedad y el de igualdad ante la ley entre víctima e imputado…" y pidió la revocación del sobreseimiento.

Hizo reserva del caso federal.

c. La posición de la Defensa

La Defensa repelió el intento a través del escrito que está entre las hojas 29 a 32.

Entendió que la Juez no había actuado con premura al dictar el sobreseimiento pues consideró feble la sustentación del caso.

Señaló que el relato de la niña, nulificado el informe forense, perdía capacidad de

convencer ya que podía estar contaminado para la las etapas ulteriores del proceso.

Consideró errado el juicio acerca de las facultades de los Jueces en el art. 274 del C.P.P. pues ello hacía al control de regularidad del proceso, ya que el informe pericial estaba al margen de la legalidad.

Sostuvo el carácter no reproducible de la prueba y citó opinión experta.

Refutó, por lo demás, los conceptos dados en relación con la tutela judicial en violación al principio de igualdad procesal y consideró que el perjuicio a la víctima lo había ocasionado el propio Ministerio Fiscal, pues podía ocurrir un efecto pernicioso de re- victimización

Pidió que se desestimara el recurso.

d. La audiencia del art. 285 del C.P.P.

En la audiencia que prevé el art. 285 del ritual, llevada a cabo ante esta Sala, las partes se mantuvieron en sus posiciones y alegaron en ese sentido (ver acta de la hoja 44/45).

III.- La solución del asunto.-

a. Creo, y voy derecho al tema, que lo primordial aquí es analizar el sentido y alcance de la audiencia del art. 274 del C.P.P, para derivar, desde allí, hacia la ponderación acerca

///

del sobreseimiento por las razones dadas por la Magistrado. O en todo caso, como resalta el apelante, si ella ha exorbitado su capacidad de análisis considerando el estado procesal del caso.

El texto no ofrece problemas en sus primeros párrafos. Parafraseándolo sucintamente, decimos que estipula la manera en que el Ministerio Fiscal dispone la apertura de investigación del caso, mediando la enunciación de los datos que aquel acto debe contener.

En lo que aquí interesa, la presentación del Fiscal, comunicada al Juez, habilita (imperativamente) la convocatoria a una audiencia oral y pública a la que deberá concurrir el imputado, para ser anoticiado sobre el inicio de la investigación, controlar la regularidad del proceso y asegurar su defensa.

La norma, en este sentido, no ha variado en su redacción original, pues no están en juego las modificaciones de la Ley V N° 15.

b. Zanjado los problemas formales del decreto de apertura (ver la hoja 2), pues están reunidos al respecto los requisitos mínimos para

su validez, pasaré con derechura al contenido de la audiencia.

Acorde el acta que está añadida en la hoja 8 del legajo, ella reúne, al menos en el aspecto formal, las cualidades que hacen a su validez y eficacia.

En ella el atribuido, acompañado por su tutor y la defensa técnica, ha podido ejercer sus derechos. La formulación de la defensa es un cabal ejemplo de ello.

Resta pues desentrañar la inteligencia del vocablo "controlar la regularidad del trámite", único punto en que pudo basar el Juez la decisión causante del agravio.

c. Desde el punto de vista semántico, regularidad importa, en lo que toca al examen, "… Exacta observancia de la regla…", y es nombre que proviene del adjetivo regular: "… Ajustado y conforme a regla…".

El verbo transitivo "controlar", a su vez, denota "… ejercer el control…" y esta última locución alude a "… comprobación, inspección, fiscalización, intervención…".

Vale decir, entonces, que controlar la regularidad del procedimiento, en términos de la norma que se viene tratando, debe entenderse por la fiscalización que el Juez ejerce en la

///

audiencia de apertura de investigación respecto de que la postulación del Ministerio Fiscal se haya apegado a las reglas.

¿A cuáles reglas?

La respuesta fluye de inmediato.

La que se me ocurre sensata es que las reglas a verificar son las que la propia norma estatuye en la primera parte del art. 274 del C.P.P.

¿Cuál es el rol del Juez en la audiencia?: pues abrir el diálogo propio de los sistemas acusatorios que se cimientan en un orden concatenado de vistas.

¿Cuál es su capacidad frente a una proposición adversa a la apertura?: verificar el cumplimiento de las formas en general y, en especial, la descripción del hecho (en su objetividad), la tipicidad y los argumentos discursivos que enlacen razonablemente ese hecho con el atribuido.

Pienso de esta manera pues en el acto procesal de marras se materializa -en principio- la relación jurídico-procesal y el imputado es confrontado, inauguralmente, con la hipótesis de trabajo del acusador, con el que volverá a

contender en las incidencias y, principalmente, en la audiencia preliminar en la que sí se podrá discurrir acerca de la pertinencia de la prueba para basar el juicio penal.

Y señalo hipótesis de trabajo, pues encargado de la misión de investigar, a él sólo le cabe actuar en esa primigenia ocasión mostrando el caso que pretenderá construir en el plazo legal.

d. Desestimar la presentación "a priori" –entonces- es una demasía.

Sopesar el valor de la prueba, en esta instancia, una exorbitancia de las atribuciones dadas al Juez.

Dictar el sobreseimiento, un desatino que debe corregirse.

Por todo ello propongo revocar lo decidido en cuanto ha sido materia de recurso y devolver las actuaciones a la instancia para que el proceso continúe, según su estado.

Así me expido y voto.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. El profesor Pfleger, en el voto que principia esta sentencia, pasó revista de los antecedentes del caso y de los planteos recursivos efectuados por el acusador público. En honor a la brevedad, no me detendré en ellos a fin de no desgastar al lector.

II. La jueza de grado, en oportunidad de la audiencia de apertura de la investigación preparatoria, sobreseyó al imputado M. C. O..

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

Consideró que el informe psicológico de la menor, al carecer de control de la defensa, había atentado contra el principio constitucional del debido proceso. Por esa razón y, en el entendimiento de que no se podían aportar o incorporar otros elementos suficientes para formular acusación, desvinculó al encartado.

En su escrito, el Ministerio Público Fiscal atacó aquella decisión por considerarla carente de fundamentos, por responder a una errónea valoración de la prueba y, por omitir la consideración de evidencias esenciales.

III. Lo primero que advierto en la resolución cuestionada es premura y exceso en la capacidad de análisis de la jueza penal de Comodoro Rivadavia, considerando que la decisión se adoptó en el marco de la audiencia de apertura de la investigación.

En ese sentido, juzgo que la magistrada de grado se precipitó al pronunciarse sobre el mérito del informe psicológico efectuado por la Licenciada A. M. A. a la niña P. M. N..

Es que, en la ocasión de la audiencia prevista en el artículo 274 del rito, el juez deberá noticiar al imputado sobre el inicio de la investigación, controlar la regularidad del proceso y asegurar la defensa del atribuido. Es decir, hasta allí llegan sus atribuciones y el alcance de su actuación. La discusión sobre la admisibilidad o pertinencia de la prueba es ajena a esta etapa, por lo que la decisión acerca de la prueba fue adoptada antes de tiempo.

En los presentes, según surge del acta protocolizada bajo el N° 503 del año 2010, la Jueza Mariel Alejandra Suárez, comunicó a M. C. O., su tutora y defensora pública, el inicio de la investigación en contra del atribuido, dispuesto por la Funcionaria de Fiscalía, doctora Lorena Garate. Asimismo, la magistrada verificó que el acusador público haya observado las pautas contenidas en la primera parte del artículo de mención (enunciación del hecho a investigar, identificación del imputado y agraviado, calificación legal provisional).

///

Por lo expuesto, como en esta instancia el incuso sólo es informado del comienzo de una investigación en su contra y, el informe psicológico cuestionado no resulta definitivo ni irreproducible, ya que tiene por finalidad validar la denuncia, el sobreseimiento dictado, deberá revocarse y las actuaciones deberán devolverse, para que continúen según su estado.

Así voto.

El Juez **José Luis Pasutti** dijo:

I. En atención a lo normado por el último párrafo del artículo 25 del Código Procesal Penal -Ley XV – N° 9- procederé a emitir mi sufragio sin referirme a los antecedentes del caso y agravios esgrimidos por el recurrente, remitiéndome para ello a la síntesis que realizó el Juez Pfleger.

II. Anticipo que acompañaré la solución adoptada por mis distinguidos colegas en orden a que la impugnación extraordinaria impetrada será admitida y, el sobreseimiento revocado.

III. Es que, la decisión de la Jueza Penal Mariel Suárez, adoptada en la audiencia de apertura de la investigación, mediante la cual sobresee a Olivieri denota atropello y precipitación.

///

De acuerdo a lo estipulado en el artículo 274 del ordenamiento procesal local, en la referida audiencia no corresponde discutir acerca de la admisibilidad y procedencia de la prueba.

En efecto, entiendo que en los presentes la a quo excedió el marco de sus atribuciones al pronunciarse sobre el mérito del informe psicológico realizado a la menor N..

En conclusión, siendo que el dictamen elaborado por la Lic. A. se realizó a los efectos de dotar de verosimilitud a la denuncia incoada y, la magistrada verificó la observancia de las reglas contenidas en aquel artículo, corresponde revocar el sobreseimiento y devolver las actuaciones para que prosigan según su estado.

Así voto.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente

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

1°) Declarar procedente la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Público Fiscal (fojas 9/18).

///

2°) Revocar el sobreseimiento de M. C. O. dictado en la Resolución protocolizada bajo el número 503 del año 2010.

3°) Devolver las presentes actuaciones a la Oficina Judicial de la ciudad de Comodoro Rivadavia, para que continúe el trámite según su estado.

4°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: PFLEGER, PASUTTI, PANIZZI
RESOL. NRO. 47.-

///