En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los treinta días del mes de Enero del año dos mil doce, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Jorge Pfleger, Daniel Alejandro Rebagliati Russell y Alejandro Javier Panizzi, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"P. S. p.s.a. de Abuso Sexual** (Expediente N° 21.993 – F° 189 - Letra "P" – Año 2010).

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

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Breve síntesis del caso

a. Ha llegado a conocimiento de la Sala, por vía de impugnación del Ministerio Público Fiscal, la resolución de la Juez Penal de Comodoro Rivadavia quien el día 29 de abril del año dos mil diez, dictó el sobreseimiento de S. A. P., oportunamente acusado de haber cometido el delito de abuso sexual gravemente ultrajante, agravado por ser el autor encargado de la guardia (art. 119 2° y 4° párrafo inc. b) del Código Penal) y alternativamente atribuido de ser el autor del delito de abuso sexual simple, agravado por ser

///

el autor encargado de la guarda temporaria de la víctima (art. 119 1° y 5° párrafo en relación con el 4° párrafo inc. b) del C.P.).

b. El hecho tal cual como fue presentado por la Fiscalía en el escrito que está entre las hojas 54 a 56, tuvo el siguiente sustrato de hecho: "… En el mes de noviembre del año 2008, cuando la menor V. N. N. tenía 2 años y 6 meses de edad, y mientras se encontraba al cuidado de S. P., quien era pareja de la abuela de la víctima, en el domicilio de éste, sito en calle C. *** y C. *** lote * de la E. D. Barrio S. C. de esta ciudad, aprovechando que se encontraba a solas con la menor, ya que su progenitora se había ido a trabajar, S. P. procedió a bajar la ropa interior de la niña y a apoyar su pene y/o un palo en la cola y vagina de la misma...".

c. Durante el desarrollo de la audiencia preliminar (art. 295 del C.P.P.) la Juez Penal que intervino dispuso el sobreseimiento del imputado "…en los términos del art. 285 inc. 6°, porque no existe razonable posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba como para fundamentar esta apertura de juicio…" y dio las razones que pueden leerse en el texto del acta que está en la hoja 93 de autos.

II. El recurso

///

En desmedro de la resolución aludida, el Ministerio Público Fiscal, en cabeza de las doctoras Liliana Ferrari y Lorena Garate, introdujo la impugnación extraordinaria (fojas 94/105) por entender que aquella carecía de motivación suficiente, se fundaba en una errónea valoración de la prueba y omitía la consideración de pruebas esenciales.

La parte acusadora consideró que de ese modo se había privado a la víctima de su derecho a la tutela judicial en violación del principio de igualdad procesal.

En la fundamentación del recurso manifestó que en la audiencia preliminar no se habían dado las condiciones prescriptas en el artículo 285 inciso 6° del C.P.P., y que la Acusación que llevaba adelante había ofrecido medios probatorios que sobradamente justificaban el requerimiento de la apertura a juicio en el caso.

Revisó el concepto "prueba" realizando una profusa enunciación de los alcances que tenía en el proceso penal para luego sindicar los medios que habían ofrecido en la acusación.

La Fiscalía alegó acerca de la importancia que revisten los informes médicos en los primeros momentos de la investigación, cuando se trata de validar el relato de un denunciante.

En otro pasaje de su escrito puso de relieve la importancia que tiene en este sistema el principio de inmediatez con la prueba, que remite ineludiblemente al contacto directo que se produce en la etapa de juicio.

Resaltó el papel que juegan los profesionales entrenados en la materia y capacitados en el campo del abuso infantil como informantes de la credibilidad del relato efectuado por los niños, afirmando que el hecho de que el niño ya haya hablado de lo que le ocurrió no implica que el episodio se

///

haya borrado de su psiquis y que no pueda volver a relatarlo a otro profesional.

Formuló una encendida defensa de la función que le es propia al Ministerio Público Fiscal como representante de la sociedad y el lugar que le corresponde a la víctima en el proceso penal con abundante cita de jurisprudencia.

En la última parte expresaron que lo resuelto era absolutamente inconstitucional, en cuanto denegaba el derecho de representación de los intereses de la sociedad y el de igualdad ante la ley entre víctima e imputado.

Luego de hacer reserva del caso federal, peticionó que se revocara la resolución en crisis en cuanto resolvió el sobreseimiento de S. P., y que se ordenara la continuación del presente caso con la realización de la audiencia preliminar.

III. Nociones preliminares.

Buena es la ocasión para asentar un criterio que determine la naturaleza de la audiencia preliminar (qué es la cosa) y el ámbito de competencia (atribuciones) del Juez del caso en ese momento procesal.

Digo así pues más allá del discurso que fundamenta el recurso, la clave para resolverlo está en determinar si el Magistrado que conduce ese acto procesal está habilitado para analizar el contenido de la prueba aportada por las partes y consecuentemente no sólo decidir sobre su pertinencia y admisibilidad, sino predecir su incapacidad de generar o sostener un debate serio en el juicio.

En este sentido principiaré por afirmar que la audiencia preliminar constituye el acto procesal imperativo de la fase intermedia del proceso penal acusatorio que se desarrolla, oral y contradictoriamente frente a un Juez imparcial. En ella se realiza el control jurisdiccional crítico de la etapa preliminar conducida por el Ministerio Público. Este control crítico importa la verificación de la validez formal de la acusación y, a la par, la consistencia del caso para habilitar la etapa de juicio.

Si bien la palabra consistente puede generar incertidumbre, considero que ella- que

lingüísticamente significa duración, estabilidad, solidez (Diccionario RAE)- integrada al sustantivo "caso" en función adjetiva, implica que la argumentación acusadora y sus fundamentos posea la cualidad o capacidad de generar convicción de que constituye base seria para el debate.

Durante la misma, y por su condición contradictoria, la Defensa y el imputado pueden ejercer en plenitud el derecho de oponerse al progreso de la acción por razones formales o sustanciales.

Esta definición, general, revela o sirve de cartabón para interpretar adecuadamente las normas del momento intermedio (en especial el art. 295 del C.P.P en tanto interesa) que encuentran antecedentes en el Proyecto Maier de 1999 y el Proyecto Inecip que las estatuían en sus artículos 6 a 10 el primero y 254 a 262 el otro.

De esto se deduce, respondido qué es la cosa, el marco de atribuciones del Juez y, en ese sentido, fluye que para decidir sobre la "consistencia del caso" necesariamente ha de ponderar la pertinencia y calidad de la prueba ofrecida.

Por cierto que, al exceder el marco de esta tarea, soslayaré el asunto atinente a la proyección de la acusación y la apertura del juicio sobre el debate que preludian.

IV. La solución del asunto.

En claro el concepto veremos el asunto en su particular dimensión.

Soy del criterio de que, pese a su empeño, el Ministerio Fiscal no ha logrado, con su embestida verbal, demostrar la insuficiente motivación que señaló acerca de la pieza en crisis y, lo que es más importante, no pudo justificar, por encima de las razones brindadas por el "a-quo", la existencia de un argumento mejor que despejara la vía de elevación de la causa a juicio.

No se desdeña, de partida, la importancia del delito que se investiga, pero de ello no sigue inmediatamente la aceptación de una proposición basada en prueba feble para realizar el debate.

Así, estimo que los argumentos brindados por la parte Defensora, que finalmente hizo suyos el

Tribunal para motivar la decisión, aparecen adecuados a las circunstancias.

Revisadas las actuaciones y constancias del caso, no puedo menos que advertir la verdadera orfandad probatoria en la que la impugnante pretende asentar el reproche.

Es que, tanto la recogida cuanto la augurada poseen esa cualidad negativa.

En primer término se tienen los dichos de la denunciante (madre de la menor víctima), quien aparece enfrentada con su madre y el concubino de esta, lo que útil para abrir el caso no es potente para la continuación. Otro tanto para las expresiones de la menor obtenidas por la Licenciada G. Á. e introducidas al expediente por informe N° 036/09, que son insuficientes por intermediadas.

La actividad desarrollada la profesional, que dio origen a su informe, tiene características particulares que se deben tener en cuenta a la hora de sopesar su importancia como elemento de cargo.

Veamos.

a. El examen de la niña tuvo lugar aproximadamente tres meses después de ocurrido el presunto abuso, circunstancia que, habida cuenta de la corta edad de aquella (menos de 3 años), convierte en poco menos que una quimera la posibilidad de determinar con certeza lo ocurrido, sobre todo por la vaguedad de la descripción del hecho y por el trajinar inherente al mismo trámite judicial.

b. El Informe aludido no presenta ningún encuadre técnico que permita evaluar la corrección de las conclusiones a las que arribó la profesional, más allá de sus impresiones personales con relación a la examinada, lo que dificulta una puesta en valor de los contenidos que, por otra parte, resultan escasos.

En lo que atañe al augurio de que la restante prueba no modificará el estado de cosas señalo que la recepción de la declaración de la niña en la cámara Gesell después de tanto tiempo y atendiendo su corta edad, no será significativa; tampoco veo diferente a los testigos.

Todos ellos no tuvieron relación con el hecho, que no ha dejado estigmas, ni tampoco la Fiscalía ha

expresado con precisión en qué medida incidirán sobre la convicción de los Jueces.

En suma pondero que la decisión de la Juez Penal se encuentra adecuada a las constancias de autos, y no surgiendo objeciones de carácter técnico a los procedimientos llevados a cabo en la sustanciación del caso, propongo rechazar la impugnación y confirmar la resolución en crisis.

Así me expido y voto.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Los antecedentes del caso y los agravios enarbolados por el titular de la vindicta pública han sido repasados minuciosamente por el Ministro del primer voto. No me detendré en ellos para no agobiar al lector.

II. El Ministerio Público Fiscal objetó el sobreseimiento de S. A. P. dispuesto por la Jueza Penal, doctora Mariel Suárez, en el marco de la audiencia preliminar.

Sintéticamente, denunció falta de motivación en la resolución dictada y alegó que ésta respondía a una errónea valoración de la prueba y privaba a la víctima de su derecho a la tutela judicial.

III. La jueza de grado sobreseyó al imputado en los términos del artículo 285, inciso 6° del Código Procesal Penal toda vez que la acusación se basaba exclusivamente en la declaración de la menor y en el informe de la Licenciada G. Á., del que no había ejercido control la defensa. Por esa razón y, en el entendimiento de que no se podían aportar o incorporar otros elementos suficientes para formular acusación, desvinculó al encartado.

IV. A diferencia del tenaz postulado fiscal, juzgo que la decisión de la Jueza Penal Mariel Suárez, adoptada en la audiencia preliminar, se encuentra provista de fundamentos y ceñida a las constancias de la causa.

Es que es un deber del juez culminar el caso lo antes que le sea posible, cuando sepa que ulteriormente no empeorará la situación procesal del imputado (por ejemplo cuando el hecho que sea objeto procesal no constituya delito).

En los presentes actuados, ciertamente la única prueba útil para apuntalar la acusación está dada por

la declaración de E. D. C. N., progenitora de la niña V. N. y por el informe de la Licencia Á. que la entrevistó (a la madre).

Es decir, en forma clara se observa la insuficiencia probatoria, para sustentar la imputación, que predicó la defensa y admitida por la a quo.

A más de ello, adviértase que la Psicóloga examinó a la pequeña luego de transcurridos más de dos meses desde que ésta supuestamente le confió a su madre lo sucedido con P. y, a su vez, el informe presentado no indicó las técnicas y métodos empleados para validar el relato.

Si bien es cierto que estaba pendiente la declaración de la menor en Cámara Gesell, considero que el largo tiempo transcurrido y la corta edad de la pequeña, atentarían contra la espontaneidad del relato y difícilmente aportarían datos reveladores.

Por lo demás, entiendo que en la audiencia preliminar corresponde al juez examinar el mérito, admisibilidad y pertinencia de las evidencias acompañadas, para fundamentar la posibilidad de llevar la causa a juicio.

V. En conclusión, adhiero a la ponencia elaborada por el Ministro Pfleger, postulando la confirmación de la resolución atacada.

Así voto.

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

I.- De acuerdo con el último párrafo del artículo 25 del Código Procesal Penal, emitiré mi sufragio, con exclusión de toda referencia a los antecedentes del caso y a los agravios esgrimidos por el recurrente, merced a la minuciosa síntesis efectuada por el Juez Pfleger.

II.- En cuanto a la solución del caso habré de coincidir con mis colegas de Sala.

La jueza penal, doctora Mariel Alejandra Suarez, resolvió dictar el sobreseimiento de S. A. P., como consecuencia de la oposición de la defensa contra la acusación formulada por el Ministerio Público Fiscal.

La impugnación extraordinaria interpuesta argumenta que el auto apelado carece de motivación y que se funda en una errónea valoración de la prueba.

///

III.- En primer término diré que la decisión cuestionada se dictó en la etapa procesal oportuna, es decir en el marco de la audiencia preliminar.

El juez penal está facultado legalmente para resolver como lo hizo, conforme lo previsto en el último párrafo del artículo 297 del C.P.P.

Inclusive, como bien lo indica el doctor Panizzi, quien dirige la audiencia tiene la obligación de poner fin a la causa cuando advierta que la acusación no va a prosperar en el juicio –art.295 C.P.P.-.

Tampoco encuentro infundado el sobreseimiento.

En el marco de la audiencia la magistrada indicó que desde la fecha en que la defensa solicitó el sobreseimiento del imputado -11 de noviembre de 2009-, la Fiscalía únicamente acompañó como prueba de cargo la entrevista realizada por la Licenciada Á.

Sostuvo que toda la acusación ronda en base a ese informe, que data del 26 de enero de 2009.

Por otro lado admitió que al ser la única prueba que sostiene la acusación, la falta de intervención de la defensa en la producción del informe afecta el derecho de defensa en juicio.

De esta manera concluye que es cierta la relatividad probatoria denunciada, y que desde la apertura de la investigación no se incorporó otra prueba más que la mencionada.

Como bien se indicara en los votos que preceden, la resolución ha sido debidamente fundada.

Así, si el acusador público no presentó más pruebas que las indicadas en la apertura de la investigación, es lógica la decisión de la jueza que entendió que, a esta altura, no se incorporarían nuevos elementos de prueba para justificar la elevación de la causa al juicio.

Adhiero también a las observaciones formuladas por los Ministros Preopinantes en cuanto a que el transcurso del tiempo y la corta edad de la niña afectarían la espontaneidad del relato y difícilmente aportaría nuevos datos en la audiencia solicitada por la Fiscalía en Cámara Gesel.

IV. Por todo lo expuesto voto por confirmar la resolución apelada.

Así voto.

///

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) Rechazar la impugnación extraordinaria de que luce a fojas 94/104 vta.

2°) Confirmar la resolución protocolizada con el número 479/2010 de fs. 93/vta..

3°) Protocolícese y notifíquese.-

La presente es firmada por dos Ministros por encontrarse el Juez Panizzi en uso de licencia ordinaria.

Fdo. Jorge Pfleger- Daniel Alejandro Rebagliati Russell-Ante mi: Ricardo V. Pellegrini Secretario

///