En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los un días del mes de marzo del año 2012, se reunió en Acuerdo la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Jorge Pfleger, Alejandro Panizzi y José Luis Pasutti, presidida por el primero de los nombrados para dictar sentencia en la causa caratulada "**B. L. B. s/dcia abuso sexual r/v hijas menores s/ impugnación**" (Expte. N ° 22.003 - Folio 190 vta. - Año 2010- Letra B).

El orden para la emisión de los votos que resultó del sorteo 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 3 de Mayo de 2010 dictó el sobreseimiento del imputado, L. B. G., 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 existen elementos de convicción suficientes para incriminar a G.…" (ver el acta que está cosida en la hoja 24

///

b. El recurso.

Al prologar su discurso (punto III del escrito añadido desde la hoja 25 a 33 de estos actuados) el impugnante 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 requiere más que la afirmación, por parte de los órganos públicos autorizados de la posible existencia de un hecho delictivo. No se requiere en ese momento que haya ningún tipo de convencimiento sobre la verdad del objeto que se presenta para su investigación…".

///

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, hacia el juicio.

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, deteniéndose en los conceptos que definen a la prueba en esa instancia larval.

Predicó que el informe de la licenciada A. 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 lo decidido 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, que 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 42 a 45.

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

///

Señaló que el en el audio la Juez consultó al Ministerio Fiscal acerca de las medidas que estaban pendientes de realización, y aquél respondió sobre aquello; sólo, a criterio de la defensa, el testimonio en Cámara Gessell- una de las que se mencionaron- era prueba directa en relación con el caso y que del modo en que la Fiscalía había procedido no se preservaba adecuadamente ese elemento, a costa de los derechos del imputado.

De esa manera, resultaba atinado el sobreseimiento dictado en consonancia con la nulidad del informe pericial.

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 que el titular de la acción debía evitar.

///

Por fin añadió que la señora Juez no había violado derecho alguno pues en el caso no se encontraban en juego las dos garantías (derecho a tutela de la víctima y derecho de defensa y debido proceso) pues existía un modo de zanjar el problema: "…receptar el testimonio garantizando el derecho de defensa…" para evitar la vulneración del segundo de los haberes enunciados.

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 55/56).

III.- La solución del asunto.-

a. Estimo, y voy derecho al tema, que lo determinante aquí es el análisis del sentido y alcance de la audiencia del Art. 274 del C.P.P, para derivar, desde esa postura, hacia la ponderación del sobreseimiento por las razones dadas por la Magistrado. O en todo caso, y como resaltó el apelante, si ella, con su solución, exorbitó la capacidad de análisis en el estado procesal del caso puesto bajo su férula.

///

El texto que proponemos escudriñar 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 juicio, 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 acerca del 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 9), ya que están reunidos al respecto los requisitos mínimos para su validez, es preciso mirar- para proceder metódicamente- el contenido de la audiencia.

Acorde el acta que está añadida en la hoja 24 del legajo, ella reúne, al menos en el

///

aspecto formal, las cualidades que hacen a su validez y eficacia.

En efecto, el atribuido, acompañado por la defensa técnica, pudo- efectivamente- ejercer los derechos reconocidos. La formulación de su padrino procesal es un cabal ejemplo de ello, de modo que también es factible despejar esa zarza.

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: las formas que ha de poseer el decreto de apertura de investigación. No otras.

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

¿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, como ya anticipamos.

Reflexiono 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, al Ministerio Fiscal sólo le cabe actuar en esta 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 en relación con las atribuciones dadas al Juez, por todo cuanto se ha dicho.

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. Por brevedad, a fin de no desgastar al lector, no me detendré en ellos.

II. La jueza de grado, en oportunidad de la audiencia de apertura de la investigación preparatoria, sobreseyó al imputado L. B. G..

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 atropello 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 las niñas B. J. y L. A. O..

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° 495 del año 2010, la Jueza Mariel Alejandra Suárez, comunicó a L. B. G. y a su 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 hubiera 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. Atento a la completa y detallada descripción de los antecedentes y del contendido del escrito de impugnación que a realizado el doctor Jorge Pfleger, para no abundar en el tema, iré directamente a la solución del asunto.

II. Dos cuestiones surgen del planteo formulado por el Ministerio Fiscal, ellos son: a. la defectuosa motivación de la resolución criticada, y b. la decisión de sobreseer en esa etapa del proceso, que calificó de arbitraria.

a. Sobre el primer punto diré que no encuentro irregularidad en las formas del acta elaborada con motivo de la audiencia de apertura de la investigación (Art. 274 del C.P.P.)

En la misma se comunicó el inicio de la investigación con identificación del imputado y del damnificado, se controló el contenido de la presentación Fiscal, se describió el hecho enrostrado y se lo adecuó legalmente en forma provisoria.

///

b. Con relación al segundo cuestionamiento, habré de coincidir con los colegas preopinantes, toda vez que la Juez ha dictado un sobreseimiento de manera arbitraria.

En efecto, el Tribunal obró a todas luces excediendo la capacidad que le otorgaba ese momento procesal, pues valoró prueba de carácter insipiente, en el principio del procedimiento, y, otorgándole un carácter definitivo, dictó una resolución que pone fin a proceso y causa estado, como lo es el Sobreseimiento del imputado.

Enfoque equivocado que torna defectuosa la resolución en crisis y por ello debe anularse.

Por lo expuesto, coincidiendo con los Jueces Pfleger y Panizzi, propicio se revoque lo decidido en cuanto ha sido materia de recurso y se devuelvan las actuaciones a la instancia para que el proceso continúe, 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.

///

2°) Revocar la resolución protocolizada con el N ° 495/2010 dictada por la Juez Penal de Comodoro Rivadavia.

3°) Devolver las presentes actuaciones a la Instancia para que continúe el curso según su estado.

4°) Protocolícese y notifíquese.

///