En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 24 días del mes de Abril del año dos mil doce, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Alejandro Javier Panizzi, Jorge Pfleger y Fernando Salvador Luis Royer, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"A., J. P. s/ denuncia Abuso sexual s/ impugnación"** (Expediente N° 22.164 – F° 16 - Año 2010).

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

Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Breve síntesis del caso

a. Introito

Ha llegado a conocimiento de la Sala, por vía de impugnación del Ministerio Público Fiscal, la resolución de la Juez Penal de Comodoro Rivadavia Mariel Suárez, quien, el día 9 de Noviembre del año dos mil diez, dictó el sobreseimiento de E. B., oportunamente acusado de haber cometido el delito de abuso sexual con acceso carnal (arts. 119, 3° párrafo y 45 del Código Penal) y alternativamente abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119 2° párrafo del Código Penal).

///

La decisión liberatoria se emitió durante la audiencia preliminar (art. 295 del C.P.P.Ch) y previo a ella la Magistrado dispuso "… declarar nulo el informe realizado por la Lic. A. A. y de la Cámara Gessell realizado el día 25 de Agosto de 2010 y los puntos 1, 7 y 8 de la prueba testimonial y puntos 16 y 18 de la prueba documental de la Acusación Fiscal…".

b. La Acusación del Ministerio Fiscal

La acción penal, debidamente hecha pública, se dirigió contra E. B., en el escrito que el Ministerio Fiscal hizo añadir entre la hoja 20 y 26.

Allí, señaló que el día 23 de Diciembre de 2009, siendo las 18:30 horas aproximadamente, mientras E. E. A., de 4 años de edad, se encontraba en el domicilio de E. B., de 66 años de edad, sito en calle L. P. N° **** del Barrio L. F. de Comodoro Rivadavia "…junto a su madre J. P. A. -quien concurría a realizar tareas de limpieza dos veces por semana- y sus dos hermanos menores- quienes se encontraban con su progenitora en el baño del domicilio del imputado- este agarró al menor A. E. de la remera, lo llevó a su pieza, cerró con llave y lo accedió carnalmente por vía anal. Cuando la señora A. salió del baño fue a buscar a su hijo

///

E. encontrando la puerta de la habitación cerrada y mirando por la cerradura vio a su hijo y al señor B. sin el pantalón y a este arrodillado en el piso. El menor presentaba lesión de la mucosa anal en hora 3 (en región media derecha del ano) con un puntillo de sangre y restos de materia fecal alrededor y en la ropa interior sin ser deposición…"

Alternativamente se sostuvo que el causante –en la misma circunstancia de tiempo y espacio- "…agarró al menor… (omissis)…lo llevó a su pieza, cerró con llave y le apoyó el pene en la cola al niño…", postulándose la virtualidad del mismo contexto de descubrimiento y con idéntica referencia a las secuelas.

c. La resolución

Luego de escuchar con atención la reproducción que acompaña el legajo bajo estudio, puede extraerse que la decisión de la Jueza de grado fulminó de nulidad el informe que la licenciada A. M. A. había presentado a la Fiscalía el 26 de Febrero del año 2010 por cuanto no había podido ser confutado por la defensa; de allí derivó en la nulidad de la declaración testimonial del niño en Cámara Gessell y otras pruebas consecutivas.

///

Ese fue el nudo de la resolución cuyo epílogo fue comentado en el apartado **a.** de este trabajo.

d. El recurso

La impugnación extraordinaria está añadida desde la hoja numerada 66 hasta la que lleva estampado el número 88.

El extenso escrito fue estructurado en VII ítems, y, sintetizado, puede exponerse del siguiente modo.

Los motivos de la proposición fueron: a. ausencia de motivación de la sentencia, por ausencia de fundamentos b. errónea valoración de la prueba y omisión de pruebas esenciales. C. violación de los derechos de la víctima. d. nulificación ilegal de actos procesales. e. inobservancia de los arts. 294 y 295 del C.P.P.Ch. f. denegación de prueba ofrecida sin brindar fundamento alguno.

Después de reseñar los antecedentes del caso, y a partir de punto V, desarrolló el Ministerio Fiscal- aún con un orden diferente- los fundamentos que dieron motivo a su pretensión.

Así, punto I, hizo hincapié en la extemporaneidad del planteo de la defensa en relación con el estatuto renovado por la Ley XV N° 15 en sus arts. 294 y 295 en lo que al caso

///

atañe, lo que ni siquiera mereció -a su decir- tratamiento por el Magistrado.

Prestó atención, luego (punto II), a la cuestión atinente a la validez de las medidas investigativas anteriores a la encuesta formal (averiguación preliminar) y en ese sendero criticó la resolución de la Juez poniendo las cosas en lo que consideró un límite: la ausencia de obligación de poner al tanto al imputado de las medidas de ese talante pues -señaló- es preciso poseer datos para abrir una investigación consistente.

De ello derivó hacia la naturaleza no pericial del informe anulado (punto III) y de la respuesta obtenida, echando nutridos párrafos, que incluyeron citas de doctrina legal y de opiniones expertas respecto del asunto.

También se ocupó en fustigar la declaración de nulidad del informe suscripto por el Licenciado M. C. C., Psicólogo del Servicio de Asistencia a la Víctima del delito, tópica sobre la que se interrogó acerca del porqué de la afectación del derecho de defensa frente a la intervención de un servicio que cumple con el deber de protección a las víctimas.

El ítem IV lo dedicó a la consideración del carácter reproducible del informe en cuestión;

///

allí vertió argumentos para justificar su aserto, haciendo hincapié en los contenidos de la averiguación preliminar que es función del Ministerio Fiscal e implica, a su juicio, la realización de esos informes.

Como V tituló la referencia a los "Principios dentro del proceso".

Allí describió, en primer lugar, las bases que estructuran el proceso penal (art. 3 del C.P.P.Ch) y los explicó.

Más adelante se ocupó de describir la relación producción de prueba -juicio, y en particular la introducción legal de aquella en el debate, aún de la evidencia recogida en la etapa preparatoria. Se refirió -a renglón seguido- del anticipo jurisdiccional de la prueba y volvió a insistir acerca de la causa por la que no debía someterse al mero informe de la psicóloga forense a aquel régimen, confrontando esa posición con aquellos casos en que sí procedía.

Citó precedentes de la Sala para justificar que la declaración de un menor en la Cámara Gessell era por esencia reproducible, más cuando, como en el caso, esa declaración había sido recibida con control de la defensa.

Pasó de continuo a referir que el testimonio del menor víctima dado a la licenciada

///

A. no podía asimilarse a la categoría de irreproducible, pues –reiteró- la ponderación del valor testimonial era de exclusivo resorte de los jueces. Hizo mentas de las características de la evocación en los niños víctimas de abuso sexual y citó opinión de autoridad al respecto.

El ítem VI lo rotuló "Declaración de Nulidad- Informe de la psicóloga forense. Informe del Servicio de Asistencia a la víctima" y en el desarrolló la crítica en torno a la nulidad decretada.

Sobre el punto, y previo recordar las reglas establecidas en el art. 164 del C.P.P.Ch, historió la manera en que se produjo el acto testimonial del niño y de cómo ni ella misma ni la defensa se opusieron a ello. Sin perjuicio de volver a girar el discurso sobre la significación de los informes insistió en que la interrogación podía implicar una revictimización del menor, pero nunca se trataría de un acto definitivo y no reproducible.

Con el título "Denegatoria de la prueba" la apelante circuló alrededor del argumento acerca de la denegación de prueba relevante, acusando que ella, la Jueza, se había convertido en "perito de peritos" al descalificar el informe de la licenciada A. Pero además, censuró, la

///

Magistrada desconoció otros medios ofrecidos que tenían capacidad para vincular al atribuido con el episodio, a los que enumeró detalladamente para cerrar con cita de jurisprudencia dada por la Cámara Penal de la circunscripción.

Tildó de equivocado el argumento dado en la sentencia respecto de la violación del principio de contradicción, efectuando una luenga cita de jurisprudencia y desaprobó la actitud de la defensa que postuló la nulificación de actos que conocía de antemano y nada dijo al respecto, tratándose de evidencia que –por resultar reproducibles- podían confutarse en el debate.

De allí que los elementos ofrecidos por la Fiscalía debían admitirse por referir directa o indirectamente al caso.

Por fin atribuyó a la decisión la cualidad de arbitraria brindando nutrida razones que incluyeron citas de jurisprudencia y de doctrina.

Hizo, ya al final de su trabajo, reserva del caso federal, ofreció prueba y pidió la revocación de la decisión de la Magistrado.

e. La posición de la defensa

En el escrito que va desde la hoja 107 a 110, el defensor en la instancia se opuso al progreso del recurso.

///

Argumentó, en primer término, acerca del concepto de imputado en el proceso desde la perspectiva de la norma adjetiva y desde renombrada doctrina, lo hizo para poner en evidencia la relación entre ese derecho y la imputación.

Retrucó a la Fiscalía el carácter de los informes dados en los casos de abuso sexual de menores por su intrínseco valor probatorio, tanto y más cuando se las pretende incorporar al debate.

Le endilgó un ataque al principio de buena fe la argumentación que conduciría a la revictimización del menor y advirtió acerca de la relación subjetiva entre el niño y sus entrevistadores, que avaló con citas de doctrina, en particular aquella que apunta a que todas las entrevistas deben ser filmadas y realizadas bajo control, so riesgo de incurrirse en infracción a las reglas constitucionales.

Sostuvo así la validez del fallo, que pidió que se confirmase.

f. La audiencia del art. 385 del C.P.P. Ch

Durante el desarrollo de la audiencia (hoja 117) las partes se mantuvieron en las posiciones.

Formulada esta semblanza pasaré a emitir mi voto.

///

II. Algunas aproximaciones y reflexiones de índole general.

a. Las nulidades

La relevancia que para la solución del asunto posee el tema de las nulidades, me conduce a reiterar un concepto general acerca de ellas que ha sido persistente en mis sufragios.

En efecto, por sus consecuencias graves para el desarrollo del proceso, ha andarse con suma precaución en el punto.

Al respecto, se ha expuesto reiteradamente que esta manera de sanción procesal es último recurso y que se debe atender tanto a la letra de la ley aplicable en la materia cuanto a la efectiva vulneración del derecho que la irregularidad implica.

En otras palabras. La nulidad está apareada a la expresa determinación de la norma y, fundamentalmente, al efecto pernicioso del acto sobre concretos derechos de quien o por quién se reclama, ya que no hay nulidades en solo beneficio de la ley o nulidad por la nulidad misma.

El principio de trascendencia, que de eso se trata, importa considerar que no hay correctivo si la desviación no tiene consecuencias nocivas sobre garantías esenciales protegidas por el

orden constitucional, ya que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieren surgir de la desviación (ver al respecto STJ Misiones 12-12-2001, expte. 357/ 2000, res. 635 publicado en "Garantías Constitucionales y nulidades procesales- I" Edgardo Donna-Director, Ed. Rubinzal- Culzoni, pág. 569).

En el mismo sentido debe exponerse que es deber irrenunciable de quien invoca la nulidad de un acto demostrar que la eventual exclusión habrá de conducir de modo decisivo y eficaz a una solución distinta.

Toda nulidad se vincula con la idea de defensa, ello es exacto; pero si el vicio no priva a la parte de su ejercicio ni afecta la garantía en cuestión, la nulidad debe rechazarse (STJ Santa Cruz, 14-03-2001 "Haro, Víctor Manuel s/ robo calificado por el uso de armas en la obra citada precedentemente tomo II. pág 498).

Puesto en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "…La procedencia de la nulidad por vicios de forma exige, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la

///

restricción de algún otro derecho, ya que de otro modo la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público…" (A 63 XXXIV; "Acosta, Leonardo y otros.04/05/2000T. 323, P. 929)

En el mismo precedente: "…La idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de modo que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro, y tan delicado equilibrio se malogra cuando la facultad de anular actos procesales excede la finalidad que ésta protege, lo que se manifiesta evidente en aquellos casos en que su ejercicio resulta innecesario para preservar la garantía de la defensa en juicio, lo que puede tornar en la práctica, estéril, la persecución penal de graves delitos…".

En suma, la nulidad de un acto procesal y su proyección negativa en un caso determinado, ocurre cuando hay infracción concreta a un derecho constitucional, situación que debe ser racionalmente explicada por el órgano que toma la decisión, o por quien la postula.

///

b. Naturaleza de la audiencia preliminar

Un segundo aspecto que cabe considerar de modo previo es aquél que atañe a lo que la audiencia preliminar implica.

Así señalo pues conocer la naturaleza y esencia de los institutos resulta fundamental ya que el orden político que alimenta a la técnica (y utilizo las palabras en el sentido que le brinda Kart Lowenstein en su "Teoría de la Constitución") tiene un sentido preciso: dotar a las partes de potestades y deberes en un marco de igualdad para que desplieguen sus capacidades frente al Juez que se convertirá en arbitro de los comportamientos y que decidirá el valor de las hipótesis que se planteen.

Consecuentemente, como otrora, considero propicia la oportunidad para referir a la esencia del acto procesal de marras (qué es la cosa) y el ámbito de competencia (atribuciones) del Juez del asunto en ese momento procesal.

Digo de esta manera pues más allá del discurso que fundamenta el recurso, la clave para resolverlo está en determinar si el Magistrado que condujo ese acto procesal estaba habilitado para analizar el contenido de la prueba aportada por las partes y consecuentemente no sólo decidir sobre su legalidad, 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, mediante el cual se realiza el control jurisdiccional crítico de la etapa de investigación 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, a partir de la prueba que se ofrece, por ambas partes.

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 resulten legalmente aceptables y posean la cualidad o capacidad de generar la convicción de que constituyen 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. Los planteos de nulidad, por ende, resultan factibles.

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) y encuentra antecedentes en el Proyecto Maier de 1999 y el Proyecto Inecip que la 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 validez o legalidad, pertinencia y calidad de la prueba ofrecida.

c. Los casos de abuso sexual. La prueba y los informes preliminares obtenidos durante la etapa de averiguación. El testimonio del niño.

Como regla general respecto de la prueba mantengo que libre de cualquier tasación, los Jueces pueden evaluar toda demostración que sea legalmente incorporada al proceso, brindándole valor.

Ni el testigo único ni el incorrectamente denominado "testigo de oídas" son inaceptables en tanto fuentes de prueba, en un contexto determinado, aún cuando fueren de cargo.

Mucho menos el relato de un menor víctima de un delito sexual, o las opiniones

///

técnicas a partir de las cuáles se forma convicción, sobre lo que reflexionaré en las líneas que vendrán.

En este sentido traigo a colación a Michele Taruffo quien en su "Simplemente la verdad" alude a la construcción del relato de los jueces y su confirmación y enseña: "…el grado de confirmación de un enunciado resulta de inferencias lógicas que toman en cuenta la cantidad y calidad de las pruebas disponibles respecto de un determinado enunciado, su grado de fiabilidad y su coherencia. Se trata de un análisis racional que se funda en argumentos y contra argumentos en valoraciones y comparaciones, al final del cual se determina cuál es el grado de fundamentación racional que corresponde a ese enunciado…" (Autor y obra, Ed. Marcial Pons, 2010, página 248).

Y sigo con él en la nota al pie de aquella página cuando -el italiano- afirma: "… Vale al respecto la regla epistemológica según la cual la combinación de varios elementos de prueba tiene mayor valor que la confirmación que cada elemento de prueba singular puede atribuir a la conclusión, de modo que la combinación de diversos elementos de prueba, cada uno de los cuales atribuya a la conclusión un grado de

///

confirmación débil, puede sin embargo, producir un grado de confirmación conjunto bastante fuerte. Esta posibilidad depende de varios factores, como la intensidad con que cada elemento de prueba individual confirma la conclusión, la fiabilidad de cada elemento de prueba considerado en sí mismo y la cantidad de elementos de prueba disponibles…" (Ver nota 139 en la misma obra y página).

Desde el ángulo visto puede derivarse que es facultad de los Magistrados el seleccionar el caudal probatorio que es producido en la etapa de juicio, poniéndolo en valor mediante la técnica de la sana crítica o la libre convicción que, como herramienta, cimienta la construcción del discurso de justificación que se vierte.

Sobre algunas pruebas en particular, los testimonios especialmente, tengo dicho que el juicio sobre la convicción acerca de la virtud de un testigo para emitir un predicado no es una cuestión de fe, entendida ésta como la creencia en algo por la autoridad o la fama de quien lo emite (quinta acepción de la Real Academia del idioma); de ningún modo.

Todo testigo ha de ser examinado en sí y en relación con las demás evidencias que nutren el debate, otra manera de dar contenido a las

///

categorías “coherencia interna” o “externa” de un relato que orbitan alrededor del examen. Con menos pulcritud y sapiencia, la noción de Taruffo.

Cuando el relato del testigo se expone en un discurso que es expresión de una vivencia posible, carece de alteraciones, no es contradictorio en sí mismo, es nítido y persistente, cuando exterioriza acerca de percepciones ostensibles en un contexto temporo espacial concreto, hay coherencia interna.

Cuando se corresponde con evidencia palpable, cuando se vincula con circunstancias de la causa que han sido traídas por otra vía, cuando encastra perfectamente con el todo, como una pieza que completa el damero, allí hay coherencia externa.

Cuando se produce ese enlace la validez es indiscutible.

Si un testigo se mantuvo silente hasta que detonó un episodio que lo condujo a hablar, es harina de otro costal.

Las conductas humanas guiadas por sentimientos variados (el miedo, el afecto, la ausencia de compromiso) son a veces inexplicables o inextricables.

///

Pero en la sentencia no se analizan las sensaciones. Puede someterse a un test de validación los motivos que conducen a hablar en un momento y lugar determinado; pero la circunstancia -despejado cualquier contra argumento- no quita verdad a la versión que una persona brinda cuando la ocasión es propicia, ni la descalifican porque sí.

En relación con los tipos de delito de la naturaleza del que ocupa debo admitir que se trata de "casos difíciles", pues como todo asunto que concierne a la determinación de abusos sexuales que por lo general suceden en un contexto muy privado, existen numerosos factores que inciden en el análisis de la prueba de cargo o de descargo.

Esto conduce a aguzar los sentidos cuando, sana crítica mediante, se efectúa lo que los viejos maestros llamaban el pasar por la "zaranda procesal" a los elementos que se tuvieron a la mano a la hora de emitir un juicio.

Alguna vez he citado a Aída Kammelmajer de Carlucci quien, en el epílogo de un artículo de su autoría titulado "El inestable equilibrio entre el interés superior del niño y el derecho de defensa en juicio" (ver Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal n° 9, editorial "Ad hoc",

///

pág. 215 a 235) referidos al tema decía que "... los conflictos planteados y sus dificultades muestran qué importante es tener una Magistratura sensible, especialmente preparada para responder a los nuevos requerimientos de los tiempos. El legislador debe dictar normas claras y eficaces, pero la interpretación y la aplicación de la ley, fundamentalmente en este tipo de materia no pueden desentenderse de las especiales circunstancias de la causa y de las consecuencias futuras de la decisión. Por eso, el equilibrio sólo puede marcarlo el juez; pero para que la decisión cumpla con el famoso recaudo de la proporcionalidad, no solo se requiere sentido común, sino razonabilidad y eficiencia, elementos afanosamente buscados por los destinatarios del sistema de justicia...".

El testigo niño es un testigo "especial" en tanto merece protección "especial"; pero no es un testigo calificado, en todo caso sus dichos son obtenidos mediante procedimientos especiales (para su protección) y sometidos a sistemas de validación diferentes que –en interacción- son analizados por los jueces en el marco en que se ha expuesto.

Pero, y es tautológico, son éstos no otros los que otorgan peso a las expresiones del

///

testigo, menor o mayor, y no son suplidos por otros órganos cuya experticia también es objeto de tamiz.

Me refiero con esto a lo que, quizás impropiamente, llamamos "validación" del testimonio del menor, pero que llámese como se llame solamente importan técnicas de abordaje a ese órgano de prueba que, como "especial", merece atención en los términos dados.

Por fin no menos correcta es la aseveración tantas veces formulada de que la certeza se construye sobre la base de confrontación de hipótesis probables en torno al hecho de que se trata y se afirma, en un sentido u otro, cuando prima la más consistente, sin dejar de lado que en toda especulación siempre hay una última anfibología que indefectiblemente se plantea y que debe revisarse para asegurar que la lógica aplicada es la prevaleciente.

Generalmente los expertos que intervienen en el proceso para auxiliar a los jueces en una materia tan delicada se pronuncian pues están capacitados para percibir la calidad de una evocación infantil, aunque el contacto sea breve. Puedo emitir este juicio basado en mi propia experiencia como Magistrado.

///

Pero, y permítaseme la insistencia, esas opiniones no “prueban” el hecho, ni “certifican” la veracidad de un relato. La locución “validar” con la que es común denotar la conclusión, sirve en todo caso- y como ya lo dije antes- para orientar la apreciación que, luego e inexorablemente, deberá formular el Juez

Hay que ser precavidos, retorno, en el análisis de los testigos niños cuando el interrogatorio es intermediado por un profesional, cuya intervención, aún quiera que no, puede interferir de algún modo si no en la evocación (los recuerdos, pienso, no pueden manipularse en ese breve lapso) al menos en la manifestación.

Empero no me detendré en estas reflexiones. Y procederé así porque estimo del caso definir desde esta instancia la validez de los informes dados al Ministerio Fiscal por profesionales forenses en punto a la versión informal vertida por un niño en el momento previo a la concreción del auto de apertura de la investigación.

La simple lectura del art. 268 del C.P.P.Ch, brinda andamio suficiente para razonar en el sentido que, conocido un hecho que se insinúa como delito, y más allá de catalizar su

///

obligación de investigar, corresponde al Ministerio Fiscal la protección de la víctima y de los testigos.

De ello se deduce que no resulta incorrecta la intervención que se da a los organismos de asistencia a la víctima, los que -obviamente- han de mantenerlo informado del estado de cosas.

Pero además, carecería de sentido esa capacidad otorgada al Ministerio Público antes de enfrentarse con el menú de opciones que le abre el art. 269 del ritual, si acaso no abordara a la víctima para verificar la solidez del caso a presentar.

Lógicamente si la víctima reúne las condiciones especiales a las que se hizo referencia, ha menester abordarla mediante técnicas especiales (la psicóloga forense, por caso) y su resultado, el del interrogatorio, será analizado en ese contexto.

Si la psicóloga forense emite su impresión a través de un informe, ello es nada más que eso una información que nutre la "averiguación" entendida ésta como una breve encuesta para obtener datos que le permitan "valorar inicialmente" (nomen del art. 270 del adjetivo) el asunto.

///

Luego, anular esos datos por haberse desdeñado la participación de la defensa descartando que esa evidencia sea incorporada para escucharse en el debate constituye un exagerado prurito y una falsa protección de garantías, pues no hay lesión evidente que justifique la aplicación de la censura procesal.

La exaltación de las garantías vaciándolas de contenido cuando no hay agravio constitucional ninguno, es tan perniciosa como su inobservancia.

Se rompe la delicada tensión que existe entre el derecho del imputado de ser sometido a un proceso legal y regular, y el de la comunidad de hacer que la ley se cumpla, conforme a esos cánones.

Las normas procesales son en si mismas una garantía, por lo que es falsa la contradicción "garantismo- no garantismo"; los Jueces entonces han de aplicar las reglas con suma prudencia, pues para eso son árbitros de un juego de opuestos.

Entre otros que ya enunciaré, el defecto de la Juez ha sido considerar que ese informe merecía el tratamiento de la prueba pericial, seguramente basada en un "a priori": la posibilidad de contaminación.

///

Esta manera de pensar es prepóstera, pues aunque el prejuicio no fue enunciado con claridad, se extrae de su discurso aún la pobreza argumental que lo nutre.

Más grave aún es la nulidad de la prueba testimonial del niño.

Nuevamente ha incurrido en el vicio de considerar que una técnica de interrogación particular le quita al testimonio su condición de tal.

Ya expliqué arriba lo suficiente al respecto. Lo que señalo es que tampoco existe una relación indefectible entre el informe preliminar y el testimonio, prueba reproducible si la hay, de modo que no hay fruto envenenado, porque los árboles son diferentes, error conceptual inaceptable.

Si el testimonio fue recibido acorde las reglas (y la propia Jueza lo aceptó) no hay razón alguna para anclarlo a la invalidez que proclamó, a mi juicio también de modo extraviado.

Desdeñó la Magistrado, sin dar razón potente (más allá de toda duda al respecto) todo el andamiaje probatorio que el Ministerio Fiscal presentó en la preliminar y liberó al causante obturando el debate, excediendo así la capacidad que el rito le confiere.

///

Me expreso de esta manera pues, aceptado el control acerca de la legalidad, validez y pertinencia de la prueba, no sólo erró en el control de legalidad, sino que rebasó los límites de verificación de la pertinencia.

Se ha dictado, a mi parecer, una nulidad inexistente basada en una interpretación inadecuada de las facultades del Ministerio Fiscal en el momento procesal en que el acto fulminado sucedió.

No percibo evidente menoscabo de ningún derecho constitucional en el caso, que debe proseguir su curso hacia el debate, en donde los Jueces ponderarán el universo de pruebas que las partes propongan y en audiencia pública se produzcan.

Postulo así que se anule la decisión venida en recurso y se devuelva a la instancia para que continúe según su estado bajo los parámetros sentados. También propicio que se recomiende a la Magistrado emisora que atienda a la doctrina legal sentada por la Sala, o que al menos brinde mejores argumentos para apartarse de ella, en aras de evitar el dispendio que implica un recurso cuya suerte puede anticiparse.

Creo, y de ello dejo constancia, que omito pronunciarme sobre la cualidad negativa de la sentencia por las razones dadas en los

///

considerandos que preceden, pues aún formalmente válida la solución sería idéntica.

Así me expido y voto.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. En el voto anterior han quedado expuestos los antecedentes del caso y la reseña de los agravios esgrimidos por el impugnante. No los repetiré a fin de no fatigar al lector.

II. La Jueza Penal Suárez en el marco de la audiencia preliminar dispuso el sobreseimiento de E. B., en el entendimiento de que el informe de la Licenciada A. y la declaración en Cámara Gesell del menor A. E. eran nulos porque no se había respetado la garantía constitucional de participación de la defensa.

Razonó que como consecuencia de las nulidades dictadas, no había otros elementos directos respecto de la autoría y por ende, correspondía sobreseer al imputado de los hechos atribuidos, en los términos del artículo 285, incisos 2 y 6 del Código Procesal Penal.

II. Disiento del criterio expuesto en el pronunciamiento atacado y, por ende, hallo razón en las argumentaciones de las titulares de la vindicta pública.

Es que las entrevistas que la Licenciada A. M. A. mantuvo con el niño A. E. A. estuvieron

///

insertas dentro de la fase de averiguación preliminar, a la que hace mención el artículo 268 del Código Procesal Penal. Preliminar significa que antecede o se antepone al juicio. Es éste el corazón del proceso en el modelo adversativo vigente, no la audiencia que lo precede.

Durante esa etapa el acusador debe reunir evidencias y elementos que le aporten información a fin de superar el estado de incertidumbre inicial y, eventualmente, fundamentar su decisión de someter a proceso a un imputado. Es decir, se trata de llevar adelante diligencias que resulten útiles y pertinentes para la averiguación y esclarecimiento del hecho denunciado

Por otro lado, la audiencia preliminar es para que, una vez cumplida la investigación previa, el Fiscal deje constancia de los hechos y circunstancias de los que se valdrá, en el juicio, para fundar la imputación. En dicha audiencia, el juez controla la acusación, en cuanto define el objeto del proceso y establece sus límites. Una vez determinado el objeto del proceso y los límites de la acusación, tanto la del Ministerio Público como la de la víctima, tiene lugar la siguiente etapa del proceso penal.

///

Por tal motivo, la investigación que desarrolla el titular de la vindicta pública en la instancia preliminar, tiene el propósito de sustentar la investigación, que servirá de base, en el futuro, para sostener la acusación. Las evidencias arrojadas durante ese lapso no tienen el carácter de prueba, como equivocadamente proclamara la juzgadora. Recién lo adquirirán cuando sean incorporadas al debate (contradictorio), de acuerdo al rito, donde la bilateralidad debe ser plena e inviolable.

Así las cosas, el informe de validación cuestionado por la a quo operó como un dato que, incorporado durante la etapa inicial de investigación y aunado a otros elementos probatorios, permitió vincular a E. B. con el hecho denunciado.

Ratificar el criterio de la Jueza Penal Suárez, esto es, tachar de invalidez esas diligencias de investigación fiscal, sería como pretender que los actos de la prevención policial legalmente ejercidos, sean nulos por ausencia del defensor.

Por otro costado, juzgo que la declaración de invalidez de la Cámara Gesell efectuada al menor constituyó una equivocación pues aquélla se llevó a cabo con la presencia del juzgador, el

///

defensor, el imputado, los representantes del Ministerio Público Fiscal y la Licenciada A. Es decir, se ajustó a las pautas rituales.

En mérito de lo expuesto, el pronunciamiento atacado desconoce las atribuciones del acusador y el material probatorio arrimado, lo que lo torna ilegal y, por tal motivo, corresponde su revocación y remisión de las actuaciones a la instancia previa, para que prosigan según su estado.

Así voto.

El Juez **Fernando S.L. Royer** dijo:

I. De acuerdo con el último párrafo del artículo 25 del Código Procesal Penal –Ley 5478– 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 preopinantes.

III. Las entrevistas que la Psicóloga Forense mantuvo con la víctima han sido concretadas dentro del marco de la etapa preparatoria.

Este informe tiene la finalidad de evaluar el grado de credibilidad del testimonio del menor, y

///

poder conocer, a través de sus dichos, los hechos denunciados por el representante legal.

De esta manera, el Fiscal dentro de esta fase del proceso intenta acumular todas aquellas evidencias y elementos que le permitan fundar una acusación, pero las mismas, por sí solas, no tienen valor probatorio para fundar la condena (C.P.P., art. 258).

Así, el informe inicial de la Licenciada A. validó el relato del menor y confirmó las situaciones de abuso denunciadas por su madre.

Esta entrevista sirvió como base de la apertura de la investigación preparatoria, la cual fue formalizada mediante la respectiva audiencia, oportunidad en la que el imputado fue anoticiado del inicio del proceso.

Por otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño ordena que todo niño víctima de delito sexual contara con la debida protección y se le deberá asegurar todo lo necesario para su bienestar.

Así, se escucha primero al representante legal, quien anoticia del hecho delictuoso, y luego, el Fiscal, deberá contar con la propia versión del niño, para lo cual se dispone la intervención de una profesional especializada,

///

con el objetivo de dar cumplimiento a la norma mencionada.

De acuerdo a lo expuesto, entiendo que no se ha vulnerado el derecho de defensa en juicio en el presente caso, toda vez que el informe cuestionado formó parte del plexo probatorio que utilizó el fiscal para concretar la apertura de la investigación.

Igual suerte correrá la nulidad de la audiencia en Cámara Gesel.

Esta declaración fue recepcionada en legal forma, y tanto el tribunal como el defensor siguieron las alternativas del acto desde el exterior del recinto, y pudieron controlar la audiencia.

Siendo ello así voto por anular la resolución protocolizada bajo el nro. 1468 del año 2010, obrante a fs. 65, y remitir las actuaciones a la Oficina de origen, a sus efectos.

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 deducida por el Ministerio Público Fiscal.

///

2°) Revocar la sentencia protocolizada bajo el nro. 1468 del año 2010, obrante a fs. 65.

3°) Remitir las actuaciones a la Oficina de origen, a sus efectos.

4°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo. Jorge Pfleger-Alejandro Javier Panizzi-Fernando S.L.Royer-Ante mi: José A. Ferreyra Secretario

///