En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los siete días del mes de mayo del año dos mil doce, se reunieron en Acuerdo los Miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada por los señores Ministros Alejandro Javier Panizzi, Jorge Pfleger y Fernando S. L. Royer, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados "**S., N. s/ Dcia. Abuso Sexual representación nieta menor – autor: S. G. A. s/ Impugnación**" (Expediente N° 22156 – F° 15 - Año 2010 - Letra "S").

Del sorteo practicado a fojas 323, resultó el siguiente orden para la emisión de los votos: Panizzi, Pfleger y Royer.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Contra la resolución N° 1432 del año 2010, dictada en la audiencia preliminar por la Jueza Penal Mariel Suárez, las doctoras Liliana Ferrari y Lorena Garate, en representación del acusador público, plantearon impugnación extraordinaria.

Mediante aquel pronunciamiento la magistrada sobreseyó al imputado S. G. A., en los términos del artículo 285, inciso sexto del Código Procesal Penal.

II. En su presentación las impugnantes entendieron que la desvinculación del atribuido

///

carecía de motivación suficiente, se fundaba en una errónea valoración de la prueba y omitía la consideración de evidencias esenciales.

Luego, efectuaron una reseña del trámite de la causa, de las vicisitudes originadas y reprodujeron los fundamentos de la resolución atacada.

Al tratar los tópicos de agravio señalaron que las entrevistas mantenidas por la niña M. S. O. con la Licenciada A. M. A. se realizaron a los fines de validar el relato de aquella, como medida investigadora en los términos del artículo 268 del ceremonial.

Resaltaron que tal diligencia resultaba indispensable por razón del tipo de delito insimulado, para habilitar al Ministerio Público a reunir elementos suficientes para disponer la apertura de la investigación preparatoria (artículo 274 del rito).

Manifestaron que la defensa del imputado, al tiempo de celebrarse la audiencia de apertura, tuvo la posibilidad de conocer el informe psicológico ordenado y la fecha fijada para la entrevista de validación. Es decir, coligieron que si el defensor no se opuso a la intervención de la especialista forense ni propuso perito de parte, la Jueza Penal mal podía de oficio

///

concluir que se habían conculcado garantías del imputado y sobreseer directamente a A.

Indicaron que el estado de inocencia exigía contar con ciertos elementos probatorios de entidad para conmoverlo y que por eso, consideraron, era preciso realizar durante la investigación preparatoria aquellas medidas tendientes a acreditar o desvirtuar la materialidad del hecho denunciado y la autoría de la persona sindicada.

Explicaron que las entrevistas con la Licenciada A. se enmarcaron dentro de la etapa de averiguación preliminar como una medida destinada a validar su relato.

En otro tramo de su presentación, esgrimieron que el criterio expuesto por la Jueza Penal en la resolución cuestionada se oponía a la concepción de que los informes psicológicos de la fase preliminar no revestían el carácter de pericias, ni tampoco resultaban definitivos e no susceptibles de rehacimiento.

En ese sentido, afirmaron que en la audiencia de debate el defensor podía interrogar a la psicóloga actuante y confrontar su testimonio.

Más adelante, alegaron que la Jueza Penal se excedió al declarar la nulidad del informe elaborado por la experta.

///

Cuestionaron que la magistrada, sobre la base de su propio criterio, también decidiera rechazar la incorporación del testimonio brindado por la víctima en Cámara Gesell, en el entendimiento de que las entrevistas de validación eran irreproducibles, ya que una nueva intervención afectaría sobremanera la psiquis de la menor.

Consideraron que la sentenciadora debió intentar sanear el acto antes de declarar su nulidad, dándole intervención a un profesional psicólogo que pudiera ilustrar sobre la conveniencia de reiterar las entrevistas.

Atacaron que la a quo resolviera no elevar la causa a juicio por ausencia de elementos probatorios. Enumeraron las evidencias oportunamente aportadas que vinculaban a A. con los hechos que se le imputaban.

En otra parte, se preguntaron cómo podía la Jueza reputar violado el principio contradictorio si el testimonio de la pequeña fue recibido en Cámara Gesell y ese acto pudo ser controlado debidamente por el defensor.

Juzgaron que la supervisión de aquella diligencia y el posterior interrogatorio a la Licenciada A. en el debate, operaban como una clara manifestación del contradictorio a fin de examinar las medidas de investigación inicial.

///

Amén de ello, puntualizaron que a lo largo de la tramitación del expediente el defensor no esgrimió que las medidas investigadoras adoptadas durante la etapa preliminar hubieran afectado los derechos y garantías de su representado.

A continuación, atacaron por intempestivo el sobreseimiento dispuesto por la Jueza Penal Suárez.

Resaltaron, además, que el Ministerio Público Fiscal no tuvo la oportunidad de expresar su oposición a la desvinculación de A.

Por último, tildaron de arbitrario el pronunciamiento de la a quo.

Juzgaron que la magistrada desdeñó los restantes medios probatorios ofrecidos, sin motivar correctamente su pronunciamiento, ni respetar el derecho de la víctima a una tutela judicial efectiva.

En el final, formularon reserva de acudir eventualmente por ante los estrados de la Corte Suprema de Justicia, ofrecieron prueba y efectuaron petitorio de estilo.

IV. Hasta aquí, un rápido repaso por los agravios blandidos. Corresponde, ahora, examinar la pieza atacada.

La Jueza Penal Suárez, en el marco de la audiencia preliminar, dispuso el sobreseimiento

///

de S. G. A. Razonó que sus derechos se habían lesionado al no asegurarse la participación de la defensa en las entrevistas de validación mantenidas entre la menor M. S. O. y la Licenciada A.

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

Es que las entrevistas que la Licenciada A. mantuvo con la niña M. 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 tal motivo, la investigación que desarrolla el titular de la vindicta pública en

///

la instancia preliminar, tiene el propósito de sustentar la investigación. 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, 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 A. 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, fueran nulos por ausencia del defensor.

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

///

Así voto.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Breve prólogo

El Ministro Panizzi ha realizado una detallada descripción de los antecedentes del caso y del contenido de la impugnación; ello exime de abundar al respecto.

Solo diré que la causa llegó a esta Sala por la impugnación extraordinaria de la Fiscalía General presentada en desmedro de la resolución número 1432 del año 2010 dictada por la Jueza Penal de Comodoro Rivadavia, por cuya vía se dictó el sobreseimiento del imputado S. G. A. en los términos del artículo 285, inciso 6° del Código Procesal Penal.

Este, el sometido a proceso, recibió acusación endilgándosele la comisión del delito de abuso sexual "…en la modalidad de acceso carnal, agravado por la situación de convivencia con la víctima- al menos dos hechos- en concurso real (art. 119, 3° y 4° párrafo inc. f y 55 del C. Penal)…" (ver la pieza requirente en las páginas 67 reverso y 68 del legajo)

La médula de la decisión del órgano jurisdiccional de grado fue la sanción procesal con la que fulminó el informe que la licenciada A. M. A.-psicóloga- había presentado a la Fiscalía por cuanto no había podido ser confutado por la defensa, violándose, a su entender, garantías constitucionales.

Desde allí derivó en la nulidad de la declaración testimonial de la niña en Cámara Gessell y otras pruebas consecuentes.

La que se queja denunció la ausencia de motivación suficiente en el decisorio, y, a la par, una errónea valoración de la prueba al

///

haberse omitido la consideración de parte del conjunto de los medios.

II. Breves comentarios.

a. Racconto de la actividad procesal en la preparación del caso.

La audiencia de apertura de la investigación preparatoria (artículo 274 del Código Procesal Penal) sucedió el 25 de Septiembre del año 2008, con total apego a la regularidad.

En ese acto intervino- a más del Ministerio Fiscal- el imputado y la Defensora Pública, doctora María Cristina Sadino.

Más adelante, a solicitud de la Fiscalía, se recibió en declaración testimonial a la menor víctima mediante el procedimiento o técnica de la llamada "Cámara Gesell".

Esta actividad, acaecida el 6 de Octubre de 2008, resultó consecuencia del pedido de anticipo jurisdiccional de prueba formulado por el Ministerio Fiscal y contó con el concurso de la defensa particular encarnada en el doctor A. D. F.

En dicho acto, por lo demás, el Tribunal invistió de la calidad de Querellante a la doctora V. H. y habilitó a la Licenciada A. M. A. para que realizara el interrogatorio de la menor en la testimonial que los convocaba.

Todo ello fue extirpado por la Jueza en la resolución atacada.

IV. Algunas aproximaciones y reflexiones de índole general.

a. Las nulidades

Como lo he sostenido en causas anteriores, la relevancia que para la solución del asunto posee el tema de las nulidades, conduce a reiterar un concepto general acerca de ellas que ha sido persistente.

///

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

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 quién 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 aquella (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 (o de quien decide, en este caso) demostrar con argumentos plausibles 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, como decía en párrafos precedentes.

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 a la hora de decidir, pues el orden político que alimenta a la técnica (y utilizo las palabras en el sentido que le brinda Karl 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.

En este sentido principiaré por afirmar que la audiencia preliminar constituye el acto jurisdiccional 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.

Puede el Magistrado –en este marco- realizar un control de legalidad de las evidencias del Ministerio Fiscal, o, en todo caso, si éstas pueden ser excluidas del proceso por haber sido adquiridas violando garantías constitucionales (arts. 161 y ss y art. 294 del C.P.P.Ch.)

Tal es la significación que he dado al término consistente que lingüísticamente significa duración, estabilidad, solidez (Diccionario RAE), palabra que 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, tal lo dije.

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

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.

Si se pusiera en picota los informes preliminares de la naturaleza del que se trata, que como bien dijo mi colega con otras palabras son pre- procesales, 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 sondearla 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 Jueza 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 de la niña.

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 parece haberlo aceptado) 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.

Propongo 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.

V. Epílogo

Un lector atento a la jurisprudencia de la Sala podrá contrastar éste mi voto con otros y encontrará la repetición de argumentos.

Podría haber citado el caso y omitido todas las consideraciones que he realizado.

No ha sucedido así. Y esta deliberada reiteración obedece, también, a la porfía con que se desatiende a la doctrina legal establecida por la Sala en casos simétricos, sin brindarse argumentos de fuste que permitieran sobrepujar la calidad de la posición que se sostiene, única manera de apartarse de la ejemplaridad de las sentencias dictadas por la última instancia provincial.

Esta persistencia en el error conduce a consecuencias perniciosas: a. resiente la administración de justicia en términos de economía del proceso, b. perjudica al imputado por la expectativa que genera su desvinculación,

frente a un final que quien decide puede predecir y c. va en desmedro de las víctimas que ven frustrada su esperanza, por causas opuestas pero también augurables por el Magistrado.

El núcleo duro del proceso acusatorio, como bien señala Panizzi en su voto, es el debate.

Es correcto que el Juez de la audiencia preliminar elimine la zarza. Pero es grave que obture la remisión al debate de casos como el que ocupa, otra vez, conociendo el criterio que se impondrá en torno a lo que decide.

Por lo expuesto, coincidiendo con el Juez Panizzi, propicio la revocación de la resolución en crisis y la remisión de las actuaciones a la instancia previa para la continuación del proceso.

Así me expido y 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 Panizzi.

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.

Dentro de esta fase del proceso el Ministerio Público Fiscal 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 de la menor y confirmó las situaciones de abuso denunciadas por su abuela.

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 a la persona encargada de la víctima, quien anoticia el hecho delictuoso, y luego se 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.

Siendo ello así voto por anular la resolución protocolizada bajo el nro. 1432 del año 2010, y remitir las actuaciones a la Oficina de origen, a sus efectos.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) Declarar procedente la impugnación extraordinaria interpuesta por las representantes del Ministerio Público Fiscal, doctoras Liliana Ferrari y Lorena Garate.

2°) Revocar la resolución número 1432 del año 2010, glosada a fojas 238 y vuelta.

///

3°) Remitir las presentes actuaciones a la Oficina Judicial de Comodoro Rivadavia, a sus efectos.

4°) La presente es firmada por dos Miembros de la Sala en lo Penal por encontrarse ausente el Ministro Fernando S. L. Royer, en uso de licencia.

5°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo. Alejandro Javier Panizzi-Jorge Pfleger- Ante mi: José A. Ferreyra Secretario.

Registrada bajo el n° 50 del año 2012. Conste.

///