En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 21 días del mes de Junio 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 Daniel Rebagliati Russell, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados "**O., N. P. s/Dcia. Abuso Sexual r/v hijos Menores s/Impugnación**"" (Expediente N ° 22149 – F ° 13 - Letra "O" – 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 sinopsis

a. La sentencia

Arribó esta causa a la Sala por vía de la impugnación extraordinaria articulada por la Fiscalía General de Comodoro Rivadavia en desmedro de la resolución número 1381/2010 dictada por la Jueza Penal de aquella Ciudad doctora Mariel Alejandra Suárez, el 25 de octubre de 2010 (ver la sentencia en la hoja 124 del legajo y el recurso en sus iguales 129 a 144).

Mediante la decisión de marras se dispuso el sobreseimiento de G. D. M. por aplicación del 285, inciso 6° del Código Procesal Penal, que lo autoriza cuando no "…existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba ni fundamentos para requerir la apertura de juicio…" (textual del artículo citado).

///

b.- El recurso

Las impugnantes, en el escrito mencionado, sindicaron como agravio el hecho que el sobreseimiento del imputado carecía de fundamentación suficiente, que respondía a una errónea valoración de la prueba y omitía la consideración de pruebas esenciales, privando a la víctima de su derecho a la tutela judicial en violación del principio de igualdad procesal.

Después de realizar una reseña de la causa, las impugnantes expusieron sus convicciones respecto al momento en que una persona se debe considerar imputada.

Sostuvieron que las entrevistas de las licenciadas G. Á. y M. D. con los dos menores víctimas se ordenaron con el objeto de "validar" el relato de los niños como medida investigativa de la etapa de averiguación preliminar.

Que tal cosa hallaba razón en la necesidad de verificar la existencia de elementos que justificaran el decreto de apertura de la investigación preparatoria del juicio, conforme lo exige la norma prevista en el art. 274 del C.P.P.

En otro pasaje se explayaron sobre conceptos y definiciones relacionados con la actividad probatoria, criticando la ponderación que había realizado la Magistrado sobre los informes aludidos.

Desarrollaron las explicaciones que justificaban ponderar a esas actividades como simples informes y no como pericias, afirmando que no se trataba de actos definitivos e irreproducibles pues podían repetirse y sus autores podían comparecer en el juicio y ser examinados por el Tribunal y las partes.

Pusieron el acento en la necesidad de verificar la credibilidad de los menores victimas.

Criticaron la declaración de nulidad de los informes de referencia que realizó la Magistrado llamándolos "pericias".

Entendieron que no correspondía la declaración de nulidad de esos informes ni la declaración de nulidad "a futuro" de las declaraciones que eventualmente debían brindar los damnificados en cámara Gesell.

///

Las doctoras F. y L., autoras de la impugnación, alegaron que al declarar la inviabilidad de las referidas declaraciones en el avance del trámite, la Jueza generó la declaración de nulidad de un acto que no se había llevado a cabo, circunstancia que excedía a todas luces sus facultades.

Sindicaron como equivocada la consideración realizada por ella, cuando aseveró que "… *no hay ninguna otra prueba por los testimonios que se han ofrecido que vincule directamente al imputado con el hecho, con lo cual ante esta imposibilidad de incorporar material probatorio que no conculque garantías constitucionales y el haberse declarado nulos los elementos probatorios acompañados...*" y liquidó el proceso. Ello así porque la acusación había ofrecido un conjunto importante de medidas de prueba que las recurrentes enumeraron en su presentación ante la Sala.

Denunciaron, por lo demás, arbitrariedad en la resolución atacada. Al respecto censuraron a la Jueza al decir que desdeñó las restantes pruebas ofrecidas por la Fiscalía y no motivó adecuadamente su decisión ni respetó el derecho de tutela judicial de la víctima.

En el final, luego de hacer reserva del caso federal, peticionaron que la Sala revocara la resolución en crisis en cuanto había sido materia del recurso y que se ordenara la continuación del caso.

II. 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, idea que ha sido persistente en mis sufragios.

///

En efecto, por sus consecuencias graves para el desarrollo del proceso, ha andarse con suma precaución en este 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 quien 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 procésales- 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 procésales 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 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 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 la instancia 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 evaluación acerca de la consistencia del caso para habilitar la etapa de juicio, a partir de la prueba que se ofrece, por ambas partes, control de legalidad incluido.

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, tal se dijo antes.

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

Como regla general respecto de la prueba mantengo que, libres 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.

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 u otro órgano de prueba capacitado 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 procésales 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.

III. El caso.-

En primer lugar – y luego de escuchar el audio que testimonia los motivos de la decisión- percibo que la doctora Suárez no ha distinguido correctamente el "informe" de la etapa preliminar de la "tarea pericial" que son dos cosas bien diferentes.

El "informe", como la palabra lo indica, y ya lo definí en párrafos anteriores, es una mera aproximación útil para cumplir con los recaudos necesarios para proponer la apertura de la investigación (arts. 268 y 269 del C.P.P.)

La "pericia" es un medio de prueba cuya producción se encuentra especialmente regulada y requiere la necesaria formalidad para que- ahora sí- no se vean afectadas garantías constitucionales (arts. 196 a 207 del C.P.P.)

Tratándose como se trata de actividad perfectamente reproductible, queda deferido a los Jueces del debate.

Considerar que se ha quebrado el principio de "contradicción" que nutre al proceso penal, y de allí a la conculcación de garantías constitucional por ausencia del debido control,

///

es producto de la equivocada percepción acerca de la naturaleza de las cosas.

Sobre estos ambos puntos, cuya esencia se ha definido, la Jueza dictó, a mi parecer, una nulidad que no es tal, basada sólo en sus dogmas y- vuelvo al punto- en una interpretación inadecuada de las facultades del Ministerio Fiscal en el momento procesal en que el acto fulminado sucedió.

Insisto, 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. Ello es errado.

También es grave la descalificación anticipada de la prueba testimonial que pudieran prestar las licenciadas intervinientes y los niños, por resultar –a su criterio- afectada de nulidad.

Con esto, amén de un augurio fundado en prejuicios, ha incurrido en el defecto 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 a recepcionar, prueba reproducible si la hay reitero, de modo que no hay fruto envenenado, porque los árboles son diferentes, error conceptual inaceptable.

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 desacertó en el control de legalidad, sino que rebasó los límites de verificación de la pertinencia.

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

Sugiero 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.

IV. Por lo expuesto, considero que la cuestión debe zanjarse mediante la revocación de la resolución en crisis y la remisión de las actuaciones a la instancia previa.

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 la parte impugnante. No los repetiré a fin de no fatigar al lector.

II. La Jueza Penal, doctora Mariel Suárez, en el marco de la audiencia preliminar, dispuso el sobreseimiento de G. D. M., en el entendimiento de que el informe de las Licenciadas M. D. y E. G. Á. 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 con respecto a 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 lo tanto, hallo razón en las argumentaciones de las titulares de la vindicta pública, tal como lo expuso el profesor Pfleger en el voto anterior.

Es que las entrevistas que las Licenciadas Á. y D. mantuvieron con los hermanos P. y V. E. Á. 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. La razón de ser de la audiencia así llamada es la preparación del 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. Es decir, no se exige, en esta etapa, demostrar cabalmente el hecho ni su autoría, sino la procedencia de la realización juicio.

Dicho de otro modo, 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 este acto procesal el juez controla la acusación, en cuanto define el objeto del proceso y establece sus límites. Una vez determinado el objeto 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 –allí sí– 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 G. D. M. con los hechos denunciados.

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 decisión de no admitir los testimonios de las Licenciadas mencionadas y las declaraciones de los menores en Cámara Gesell constituyó una seria equivocación y resultó precipitada, ya que sólo se basó en una eventual contaminación de la prueba futura, cuyo vicio fue apenas insinuado por la magistrada.

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.

Por último, concuerdo con el Ministro Pfleger en punto a encomendar a la Jueza Penal que pronunció la

///

decisión anulada, a observar los precedentes dictados por esta Sala a fin de evitar un dispendio jurisdiccional innecesario.

Así voto.

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

I. En atención a lo normado por el último párrafo del artículo 25 del Código Procesal Penal –Ley 5478- procederé a emitir mi sufragio, en el que omitiré toda referencia a los antecedentes del caso y los agravios esgrimidos por el recurrente, remitiéndome para ello a la síntesis que realizó el Juez Pfleger.

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

III. Este mismo tema ya ha sido analizado en causas similares, en donde únicamente, en algunas de ellas, difiere la etapa procesal en la que se planteo.

En el caso de autos la nulidad se formaliza en la audiencia preliminar.

Idéntica situación se plasmo en el caso **"A., J. P. s/ denuncia Abuso sexual s/ impugnación"** (Expediente N° 22.164 – F° 16 - Año 2010).

Si bien no concurrí a emitir mi voto en dicha oportunidad, adhiero en un todo al alcance dado en el fallo a las entrevistas cuestionadas.

Por otro lado el artículo 258 del C.P.P. establece que todas las actuaciones que formen parte de la investigación preparatoria no tendrán valor probatorio para fundar la condena del acusado.

Y el acto en cuestión forma parte, justamente, de las actuaciones mencionadas, ya que la finalidad de estos informes es evaluar el grado de credibilidad de la víctima y conocer el hecho denunciado de su propio testimonio.

Además suelen ser utilizas por el Fiscal para evaluar si hay mérito para iniciar la investigación. En muchos casos indican si los menores se encuentran en condición de prestar declaración testimonial en Cámara Gesel.

De esta manera, la falta de control denunciada por la defensa en la realización del acto, y que

fuera motivo de la nulidad decretada, carece de sustento.

En consecuencia, también habrá de revocarse lo decidido en el punto 2) del auto, máxime cuando es en estos actos en donde la defensa podrá tomar la debida intervención y ejercer el control que pretende.

IV. Por todo lo expuesto, voto por revocar la resolución protocolizada bajo el número 1381/2010, y devolver las actuaciones a la Oficina Judicial, para continuar con el trámite pertinente.

V. Por último adhiero a lo manifestado por mis colegas de Sala respecto a encomendar a la magistrada que aplique los precedentes dictados por este Cuerpo.

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 el Ministerio Público Fiscal (fojas 129/144 vta.)

2°) Revocar la resolución protocolizada con el número 1381/2010, que luce a fs. 124/vta..

3°) Remitir las actuaciones a la Oficina Judicial, para la continuación del trámite pertinente.

4°) Protocolícese y notifíquese.-

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

///