"Provincia del Chubut c/ G. R. (Carpeta N° 3312 -Legajo Fiscal 31171)

En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, el día once del mes de julio del año dos mil dieciséis, la Cámara en lo Penal de Esquel, integrada por las Dra. Carina Estefanía, como presidente, la Dra. Nelly García y el Dr. Adrián Barrios, dicta sentencia, luego de desarrollada la audiencia- a tenor del art. 385 del C°. P.P. en el caso "PCIA. DEL CHUBUT c/ G. R." (Carpeta N°3312- Legajo Fiscal N° 31711) de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Esquel, en la que tuvieron debida participación el Dr. Oscar Oro, Fiscal General, en representación del Ministerio Público Fiscal, los Dres. H. C. y D. M., defensores particulares, en representación de R. G.

Y CONSIDERANDO

Que se- celebró la audiencia que prescribe el art. 385 del C.P.P., en la que la el Dr. D. M., sostuvo y ratificó en todas sus partes el recurso de impugnación ordinaria interpuesto en su momento, contra la sentencia dictada por el Tribunal Colegiado integrado por los Dres. Hernán Dal Verme, Anabel Rodríguez y José Oscar Colabelli, el día 11 de abril de 2016, registrada con el Nro. 552/2016.

En esa oportunidad la defensa ratificó y desarrolló sus agravios oportunamente expuestos por escrito.

Su primer agravio estuvo dirigido a obtener una declaración de nulidad, para lo cual sostuvo que en el caso la acción no había sido instada correctamente en virtud de que la denuncia fue realizada por el hermano de la menor víctima, que para entonces no era su representante legal. Agrega que sus progenitores no habían perdido la patria potestad.

Refiere que es un delito de instancia privada conforme lo establecido en el art. 72 del CP y sostiene que no hay declaración judicial ni administrativa incorporada al expediente que demuestre una situación diversa que permita sostener la incompatibilidad de intereses requerida por la norma del art. 72 ultima parte o responsabilidadparental en cabeza de una institución pública o familiar formalizada por resolución judicial de acuerdo al pertinente trámite de ley.
Cita jurisprudencia local y nacional y doctrina.

En segundo término solicita la nulidad absoluta del anticipo jurisdiccional de prueba en el cual se toma muestra biológica Del feto, como del posterior examen de ADN que utiliza el material recogido.

Luego de transcribir parte de los votos de los magistrados que integraron el Tribunal de juicio sostuvo que cuando algún

ciudadano se ha visto devaluado en sus derechos nada debe permitir que la investigación se justifique en la supuesta búsqueda de la verdad.

Sostiene que el acto viciado requiere un tratamiento especial y que nuestro código de rito lo prevé en el art. 279, subsidiariamente el art. 280 y luego el art. 9 y que se acreditó que no se trató de un caso de urgencia y que ni siquiera se notificó de manera verbal, como lo autoriza la norma legal.

Refiere que no se puede suplir la falta de notificación por testimonios de las personas que intervinieron o formaron parte de la toma y el transporte de la muestra. Si dicha posibilidad fuera admitida, no encontraría razón de ser la norma que estipula este tipo de actos y sus formas. Agrega cuatro de las personas son médicos y empleados policiales, con activa participación en al tarea investigativa.

Agrega que no se pudo probar que la Dra. R., lacrara el sobre, no existe hoja de control para determinar las condiciones en el ingreso del embalaje al laboratorio del Cenpat, falta de embalaje interno de la muestra, falta de acta de apertura de la muestra en el Cenpat, falta del acta del transporte y de su recepción, transporte en un medio público, no se mantuvo la cadena de frío, ni se u inalterabilidad, identidad, control, impidiendo su alteración o contaminación

Refiere que el Tribunal no solo le exige probar un acto negativo sino que invierte la carga de la prueba toda vez que debió ser el MPF quien debió demostrar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la validación.

Agrega que, conforme el criterio del Tribunal, el imputado solo puede ejercer el derecho de defensa al inicio de la pericia y que si posteriormente se disponen nuevos exámenes, como efectivamente ocurrió, ello se encontraba suplido por la notificación del inicio de la pericia.

Entonces, cualquier ausencia a un acto procesal del cual se puede tener participación, dejarla habilitada la consecución de actos procesales sin la eventual notificación al defensa y al imputado.

Rechaza que no haya tenido interés, cuando el imputado, sin auxilio de la fuerza publica, ha colaborado con la prueba, presentándose todas las veces que fue citado.

Considera que debe aplicarse la teoria del fruto del árbol venenoso, solicita la absolución y hace reserva del caso federal.

El Ministerio Publico Fiscal no contestó el recurso ni ningún representante asistió a la audiencia.

El imputado no declaró.

Y RESULTANDO:

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa contra sentencia?, en su caso ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo correspondiente, surgió el siguiente orden de votación: Estefania - García - Barrios.

La Dra. Carina Estefania dijo (en disidencia parcial):

Comenzaré este voto, dando respuesta, al planteo de falta de la instancia de la acción que requiere el tipo penal. Simplemente me limitaré en sostener que se acreditaron los intereses contrapuestos de la niña con su madre, que no tenía vínculo con su padre biológico, y que los hermanos que ejercían la guarda de hecho de la menor realizaron la denuncia correspondiente. No es un requisito de la ley penal que los padres hayan sido privados de la patria potestad, ni que el familiar que realiza la denuncia deba tener la guarda otorgada judicialmente. En virtud de ello, no hay razón alguna para atender este primer agravio de la Defensa. En cuanto al agravio dirigido a obtener la nulidad de la pericia genética comparativa entre las muestras biológicas extraídas del feto que expulsara la menor víctima y las muestras del imputado, mediante la cual se determinara la paternidad de G., con respecto del feto, y luego como consecuencia de ello la nulidad de la sentencia y la absolución de su defendido R. G., considero necesario para dar una respuesta adecuada a tal cuestionamiento, realizar un pormenorizado estudio del trámite procesal de la pericia cuestionada, a fin de verificar si efectivamente hubo una afectación al debido proceso y al derecho de defensa en juicio que habiliten la declaración de nulidad o por el contrario el planteo nulificante deba ser rechazado.

En primer lugar, he de consignar que el día miércoles 7 de enero de 2015 en horario de la noche -21.15 horas- F. C. realiza la denuncia penal ante la Comisaría de El Maiten, dando cuenta que su hermana habría sido abusada sexualmente por el padrastro -R. G.- y que sabían que estaba embarazada, porque previamente habían concurrido al Hospital.

El 8 de enero de 2015, a las 15 horas, el Juez de Paz dicta una prohibición de acercamiento respecto de R. G. hacia la niña L. M. C., por el término de 180 días, en respuesta al pedido que le remitiera el Oficial Inspector G. C., que le fue notificada al imputado en la misma fecha a las 18 horas.

El viernes 9 de enero de 2015, a las 12.43 PM, (Ev. F) el fiscal general Dr. Oscar Oro, desde su casilla de mail oficial

solicita al Juez de turno "un anticipo jurisdiccional de prueba" en el que da cuenta de los hechos de abuso investigados e informa que la menor víctima habría manifestado su clara intención de no querer tener al bebe. Considera el Fiscal que se halla frente a una situación prevista en el art. 86 inc. 2do. del Código Penal, y solicita "se disponga la obtención de muestras biológicas" y su debida preservación para ser sometidas al análisis de adn, una vez extraído el feto a la niña. Considera que "se trata de una medida irreproducible" y cita el art. 279 del CPP. Solicita que se disponga la medida "con notificación a la Asesoría de Familia, a la Defensa Pública, y designa al Oficial C. para que reciba las muestras correspondientes a efectos de preservar debidamente el material y la cadena de custodia". Minutos más tarde, (1.13 pm) el Fiscal interviniente, remite por mail un pedido de allanamiento y secuestro.

Lamentable e inexplicablemente, la Mesa de Entradas de la Ofiju, remite al Juez de Turno, ambos pedidos, tres días después, es decir el día 12 de enero de 2015. El Juez Penal Dr. Martín Zacchino, ante la petición enmarcada en el art. 279 1° del CPP le requiere al MPF, le informe en que centro nosocomial habrá de practicarse la interrupción del embarazo y en que fecha probable y agrega "que no se desprenden circunstancias relevantes que permitan el contralor adecuado respecto del modo de obtención de las muestras requeridas, su resguardo y cadena custodia". Ordena "Comuniqúese en forma urgente al peticionante".

Surge de la documental ofrecida por la Defensa (SJ) que dicha resolución fue remitida el mismo 12de enero de 2015, por correo electrónico, tanto a la casilla de de la mesa de entradas del MPF como a la casilla oficial del Fiscal requirente.

Hago un paréntesis para dejar sentado que en la Historia Clínica del Hospital de El Maiten (Ev. J, incorporada al debate con la declaración de los médicos Dres. C. y R.), se asentó que la menor se internó el día 12 de enero de 2015, en el horario del mediodía. Se consignó que a las 12 horas fue evaluada por la Dra. P. R. (tocoginecologa). Luego en la hoja de evolución, surge que a las 13 horas se le habría realizado la ecografía y luego se habría comenzado con el protocolo médico para la expulsión/extracción del feto.

Es decir que al momento en que el Fiscal General se notifica de la resolución del Magistrado, mediante la cual le requiere que informe el lugar en el que se realizaría el procedimiento de extracción, para poder garantizar el control de la extracción

de las muestras biológicas, todavía no se había iniciado el protocolo médico.

El día 13 de enero de 2015, a las 8.52 horas, (mediante mail) el Fiscal actuante, en respuesta al requerimiento del Juez, le informó que "Definitivamente, ello ocurrió en las últimas horas de ayer 12-1-15 por lo que he dispuesto a la Comisaría de El Maitén que "mediante acta de estilo retire las muestras biológicas del Hospital de El Maiten".

Advierto, que el Fiscal General se equivoca al considerar que la defensa debía ser anoticiada del momento en que se va a realizar el aborto, y que era en ese preciso momento, en el que debía realizarse la extracción de las muestras, con control de la contraparte. Lo cual es improcedente por varios motivos. En primer lugar, porque se trata de una práctica médica, invasiva, respecto de una víctima de A.S.I, que goza del derecho a la intimidad y el principio de la dignidad humana, prima sobre el derecho de defensa en juicio. En segundo lugar, y como un argumento secundario, casi irrelevante, en comparación con lo expuesto ut supra, porque es una práctica médica, cuya duración no es posible determinar con exactitud, en tanto depende de un proceso diferente en cada persona.

Más allá de esas manifestaciones que le realizara el Fiscal al Magistrado, dando cuenta que el feto ya había sido expulsado, e incluso de que había dispuesto que personal policial retire las muestras, labrando el acta de estilo, (de las que tampoco se desprende que desistía del pedido original), el Juez actuante de manera correcta enderezó el trámite procesal y resolvió "Por recibido y en atención a lo informado por el MPF dispongo a autorizar la toma de muestras solicitadas por ser de aquellas diligencias de carácter irreproducible. (art. 279 inc. 1ro. del Código Procesal Penal). En virtud a lo aquí resuelto corresponde dar intervención al cuerpo médico forense para que realice la toma de muestras solicitada. El médico deberá fijar lugar y fecha en que se llevara a cabo la diligencia, de todo lo cual deberá ser notificada la defensa en el modo y plazo de ley..."

Dicha resolución también fue notificada vía correo electrónico al Fiscal requirente (13 de enero de 2015)

Sin embargo, en franca contradicción con la resolución dictada por el magistrado, que el propio Fiscal instara, el dia *14* de enero de 2015 a la 10.20 horas, el Oficial Inspector C. se presentó en el Hospital, sin notificar a la defensa de que se llevaría adelante tal procedimiento, y recepcionó de parte de la Dra. M. B. un sobre cerrado conteniendo muestra de embrión para ADN "producida" por la Dra. R. Es decir que ni intervino el Cuerpo

Médico Forense ni se notificó a la defensa, como expresamente lo dispusiera el Dr. Zacchino.

Por otra parte, cabe destacar que no surge del acta mencionada (fs. 22 del Legajo Fiscal) labrada por el Oficial Policial, e incorporada con la declaración del Oficial C., ni de la pericia, las características de la muestra, lugar en el que estaba depositada (frasco, tubo, etc.) condiciones de conservación (si debía estar refrigerada o no), del sobre, ni de su estado.

Sobre este particular declararon tres personas: la Dra. R., el Oficial C. y el Dr. B. La Dra. R. dijo que tomo dos muestras, que las introdujo en un frasco en la heladera y que las ensobró. No dio más detalles. Por su parte el Oficial C., dijo que recibió un sobre, tal cual lo consignó en el acta. Tampoco dio. detalles ni del sobre ni del contenido del sobre (por ejemplo, si se advertía que en su interior había un frasco). En el acta de aceptación del cargo, que se introduce con la declaración del Dr. B., surge que era un sobre de madera. Por su parte el médico genetista, dijo haber recibido un sobre y que no advirtió nada raro. Tampoco dio detalles, ni se era un sobre de color madera y si la muestra estaba en el interior de un frasco. A Diferencia de otras pericias a su cargo, el perito no acompañó las fotografías del material recibido, ni labró un acta.

Sabido es que existen protocolos de seguridad que deben ser respetados para garantizar, ya no la preservación biológica de las muestras en el sentido de que las mismas no se degraden con el tiempo y pierdan las cualidades que se requieren para poder llevar adelante la pericia genética, sino para prevenir una posible sustitución, adulteración o contaminación. En definitiva para garantizar la inviolabilidad del material a peritar.

El reglamento General del MPF de nuestra provincia, refiere en su "Artículo 7": TOMA, CONSERVACIÓN Y ENVIO DE MUESTRAS. La remisión de muestras para la realización de prácticas científicas en el ámbito del Laboratorio debe realizarse respetando la cadena de custodia, en recipientes asegurados de modo que este garantizada su inviolabilidad y conforme a metodología de recolección y conservación establecido por el Laboratorio regional de Investigación. Forense -Anexo I y II que forman parte del presente. -

Luego agrega, que la apropiada selección, preservación y envío de las muestras biológicas y otros especímenes es de suma importancia para lograr la exactitud en los resultados analíticos y su siguiente interpretación, y especialmente refiere que todo material enviado al laboratorio deberá tener, con la mayor

claridad posible, todos los datos que permita orientar la investigación. Se deberá llenar el formulario correspondiente "CADENA DE CUSTODIA (anexo I): Debe existir un documento anexo en donde quede constancia firmada de todas las personas bajo cuya responsabilidad hayan estado las muestras.

Pero además -el propio reglamento del MPF- define la cadena de custodia de la siguiente manera: "es el procedimiento que asegura que la muestra que se procesa no sea alterada, sustituida, cambiada o manipulada entre el momento en que ésta se recoge hasta el momento en el que finaliza el análisis" y continúa fijando con claridad meridiana que "Para cumplir con el objetivo es conveniente que el laboratorio cuente con una normativa escrita para la aplicación de cada paso de la cadena de custodia y que la misma sea conocida por quienes intervienen en ella. Dado que desde el inicio hasta el final del entero proceso la muestra puede ser manipulada por varias personas, la participación de las mismas debe quedar debidamente documentada, de manera tal que si hay una intervención judicial no se desplome la evidencia".

En un capítulo especial establece el modo en que se debe realizar el etiquetado y embalaje -siguiendo el Protocolo de Sevilla-, en el cual no solo se fijan los datos que se deben consignar sino como debe ser el cierre, y que todos los recipientes empleados deben ser nuevos con buen cierre y asegurados con cinta adhesiva. Incluso refiere a un segundo embalaje secundario, que debe ser una bolsa de plástico resistente que debe quedar también cerrada herméticamente.

Hasta aquí me atrevo a sostener que advierto al menos dos irregularidades, debidamente acreditadas: en primer lugar, que la recolección de muestras del embrión se realizó sin cumplir con las exigencias previstas para los anticipos jurisdiccionales de prueba, que en el caso de autos había sido requerido por el MPF y dispuesto por el Magistrado. En más, ni siquiera se tomaron los recaudos que prevé el art, 280 CPP para los supuestos de urgencia. En segundo lugar, que tal recolección, no cumplió con los parámetros de seguridad que garantizan su inviolabilidad.

Respecto de R. G. el perito dice haber peritado 4 muestras identificadas con los siguientes Nros. 2024, 2446, 2523 y 2672 (31171-7) de las cuales sólo la última, habría sido remitida e ingresada al sistema por el CMF y figura en el Registro Informático "el mismo contendría hisopado bucal del señor G. C." cuya copia se encuentra agregada en la NIC (Fs. 23). Sobre esta muestra es la que se realizó la pericia en la que se obtuvo material genético que según el perito se corresponde con la del embrión, y se le asigna la paternidad al imputado.

Se advierte un error en el nombre que identifica la muestra peritada, y de la que se sostuvo la paternidad del imputado, toda vez que no coincide con el nombre del imputado (C. en lugar de R.) , que se agrega a esta cadena de anomalías que la pericia genética se inició el 11 de marzo, pero que se habría suspendido, ante la comprobación -por parte del perito- de la falta de material genético en la muestra Nro. 2024 que se correspondería con la del imputado. Tal insuficiencia generó que se le requiriera al imputado, en "tres" oportunidades más, que se presente para que se le extraigan nuevamente muestras salivales. Según surge de la pericia, de la última de ellas identificada con la Nro. 2672 (31171-7 29-6-15 hisopado bucal de "C. G.") se pudo extraer ADN y luego establecer que "R. G." es el padre biológico del embrión, cuyo ADN, ya había sido identificado.

Tal como lo señaló la defensa, una vez suspendida la pericia se omitió notificar la fecha y hora en que se continuaría la misma, imposibilitando a esa parte el control del análisis y resultado del ADN de las muestras correspondientes al imputado y la comparación con el ADN del embrión.

Es evidente que la defensa, que al no ser notificada de la continuidad de la pericia -que habría sido suspendida por la falta de material genético en la muestra de G.- no puede controlar siquiera si el material genético remitido es o no de su defendido.

Varias cuestiones para señalar.

Ante el pedido de nulidad efectuado por la Defensa, el MPF, por intermedio de su representante, el Fiscal General Oscar Oro, trató de justificar la falta de notificación a la defensa, en la recolección de las muestras del embrión, en que no se trataba de un caso que requiriera la autorización judicial como anticipo jurisdiccional de prueba, contradiciendo sus propios actos, pues como hemos visto, ni bien fue anoticiado de la decisión de la niña de someterse al protocolo de aborto no punible, requirió el anticipo jurisdiccional de prueba.

Digo al respecto, que a mi criterio, no cabe ninguna duda, que la recolección de muestras biológicas de un feto para su posterior análisis de ADN, es un supuesto de anticipo jurisdiccional de prueba, y esa es la razón del pedido del oportuno pedido del MPF, tal como ocurre en la práctica en casos similares. Incluso, el MPF ha interpuesto la revisión prevista en el art. 279 del CPP, cuando le ha sido denegada la medida. (SJ Nro. 11245 NUF 20203 Nic 3192).

La medida es equiparable a la autopsia, de un feto fuera del seno materno, sin vida, que en este caso, debe ser analizado para conocer su identidad.

Por su parte el Dr. Martín Zacchino en la audiencia preliminar, al resolver la nulidad planteada por la defensa, habiendo sostenido que se trataba de un supuesto irreproducible al ordenar la medida, y contradiciendo su propia decisión anterior, en cuanto a la necesidad de que la defensa sea notificada, rechazó la nulidad.

Advierto dos equivocaciones en la decisión dictada en audiencia por el magistrado. En primer lugar, el MPF nunca dijo que no podría notificar a la defensa para llevar a cabo la recolección de muestras, porque el feto ya había sido expulsado.

Si bien, coincido que el procedimiento médico para realizar el aborto no da certeza sobre el momento en que se producirá, no es allí donde se debe asegurar el control de la defensa, sino que una vez extraído el feto, ya sin vida, se debe proceder a la extracción de muestras biológicas para establecer su identidad.

El control que se debe garantizar a la defensa es en el momento de la recolección de las muestras biológicas. Y así fue dispuesto por el propio magistrado, que luego, refiere que ello no era posible por que el feto ya había sido extraído, cuando, conforme surge de la Solicitud Jurisdiccional y de su propia resolución, al disponer la medida, no sólo que había sido informado de esa circunstancia, sino que lo consideró expresamente y de manera correcta resolvió que para la recolección de las muestras se cumplan con los requisitos del art. 279 del CPP. Era claro que no se había tornado abstracto el pedido.

También se equivoca el magistrado cuando considera como un dato a tener en cuenta que el defensor que plantea la nulidad haya aceptado el cargo con posterioridad a la fecha en que se extrajeran las muestras y que la Defensa no le ha demostrado de que actividad se lo privó con la falta de notificación.

Va de suyo que lo que interesa es que se notifique a la defensa, -cualquiera sea el defensor actuante- tal es así, que si el imputado no estuviere identificado o no hubiere designado defensor particular el Código de Rito prevé que se notifique a la Defensa Pública.

Tampoco entiendo acertadas la postura de los magistrados del Juicio, al exigir a la defensa que pruebe que actividad no pudo desarrollar cuando se trata de un acto procesal que para su validez requiere necesariamente de la notificación y de esa

manera habilitar y garantizar la posibilidad de "control", que en el caso puede reducirse a la presencia para verificar el modo de recolección y posterior resguardo de la muestra, de manera tal que pueda verificarse su inviolabilidad desde ese momento hasta que se realiza la pericia o ejercer un control técnico, con la designación de un perito de parte, para que además participe de la producción de la pericia.

El verdadero y más acabado control sobre la prueba es el que se ejercita de modo concomitante con su producción, que solo se activa si media una previa advertencia a la parte de que ha de realizarse un determinado acto que repercutirá en su posición procesal. (Derecho a proponer y controlar el -ingreso de la prueba.

Pág. 353 Garantías del imputado, Abel Fleming, Pablo López Viñals)

"No puede predicarse que la notificación que tenía por objeto hacer conocer a la persona detenida los derechos que le acuerda el art. 167 del CPP abastezca la exigencia legal prevista si en esa diligencia no se indicó en que oportunidad se llevaría a cabo el examen pericial, con lo que le fue vedada la posibilidad cierta de poder presenciar y controlar dicha práctica técnica. Esa restricción afectó en el caso, el debido proceso y el ejercicio de derecho de defensa en juicio del imputado". (SCJBA, 15-7-09 A.O s obo. 83308S)

¿Es posible salvar dicho error procesal del modo en que lo sostienen los magistrados, al decir que la recolección de la muestra la realizó un empleado policial -funcionario público- y que le fue entregada por una médica del hospital -también funcionaría pública, en presencia de un testigo?.

Entiendo que no. Le asiste razón a la defensa, cuando refiere que si ello fuese posible, no tendría sentido que el Código prevea expresamente los requisitos que deben cumplirse en las pruebas que son irreproducibles. Igualmente, en virtud de que los magistrados, señalan que se suple esa falta de notificación con el acta labrada por el policía, quiero señalar que el Código Procesal, en los casos en que resulta imposible garantizar el control de la defensa, como lo es en cuando se procede a secuestrar objetos o muestras biológicas, en la vía pública o en un lugar privado, se coloca esa función de control (como garantía) de la actividad del Estado en la ciudadanía, y por esa razón requiere para su validez que sea realizado ante un testigo que no pertenezca a la policía ni a ninguno de los órganos intervínientes (Art. 170 CPCC).

En los presentes actuados, -aunque como dije no es equiparable, ni puede ser utilizada para subsanar el acto-, no solo desconocemos si la testigo que figura en el acta de recolección de la muestra no se encuentra atrapada en esas circunstancias, tampoco fue ofrecida por el MPF como testigo, ni la Médica M. B., todo lo cual también le impidió a la Defensa la posibilidad de ejercer contra examen en el debate. Aquí, expresamente, entiendo que exigirle a la Defensa, como lo sostiene expresamente el Dr. Hernán Dal Verme, que pudo citar a la testigo, es una forma aviesa de invertir la carga de la prueba.

El MPF, que sabía que era una medida irreproducible, porque así lo había requerido, tal como lo hace en todos los casos similares, que luego no notifica a la defensa, incumpliendo la orden del Juez, si pretendía salvar tal omisión con un acta, al menos, debió acreditar que cumplió con los requisitos de los arts. 170 y 178 del CPP.

El Tribunal trae a colación el art. 130 del CPP que establece como se realiza un acta y sus requisitos, cuando en realidad, debió verificar que se cumplan de las otras dos normas citadas.

El art. 178 del CPP reza "Los objetos, documentos e instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provinieren, o los que pudieren servir como medios de prueba, así como los que se encontraren en el sitio del suceso, serán recogidos, identificados y conservados bajo sello. En todo caso, se levantará un registro de la diligencia, de acuerdo con las normas generales. ...Rigen los artículos 45, II, III y IV; 46, II y 53, C. Ch. Las especies recogidas durante la investigación serán conservadas bajo la custodia de la Oficina Judicial, quien deberá tomar las medidas necesarias para evitar que se alteren de cualquier forma. Los intervinientes tendrán acceso a-.. esas especies, con el fin de reconocerlas o realizar alguna pericia, siempre que fueren autorizados por el fiscal o, en su caso, por el juez penal. El fiscal llevará un registro especial en el que conste la identificación de las personas que fueren autorizadas para reconocerlas o manipularlas, dejándose copia, en su caso, de la correspondiente autorización. Serán de aplicación para el secuestro las normas previstas para la requisa y el registro.

Por su parte el art. 170 dice que de la diligencia se levantará un acta que será firmada por un testigo, que no pertenezca a la policía ni a ninguno de los órganos intervínientes; bajo esas formalidades podrá ser incorporada al juicio por su lectura con posterioridad a que las personas que

hubieran intervenido en la diligencia hayan sido interrogadas por las partes y siempre con el acuerdo de éstas.

Por otra parte, no es atendible el argumento utilizado por los jueces en cuanto sostienen que la inasistencia de la defensa al inicio de la pericia, es una muestra de su desinterés, que la inhabilita a reclamar ser notificada de la continuación de la pericia. Se introduce una sanción a una supuesta inactividad procesal no prevista en el Código Procedimiento.

No se puede desconocer que la constitución del Chubut dice en su art. 45: "...Los jueces son responsables de proveer lo necesario para la directa, efectiva e insustituible intervención del defensor penal designado, particular u oficial, en todos los actos fundamentales del proceso, que son nulos sin su presencia..."

En ese sentido dice Clemente Díaz que el Derecho Procesal garantiza al justiciable la posibilidad de ejercitar su defensa, no la defensa misma, y de ahí la *eventualidad de la contradicción o controversia*. Y cita a continuación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia'de la Nación en el sentido que el principio de contradicción sólo importa que. el litigante debe ser oído y encontrarse en condiciones de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales, pero no exige la efectividad del ejercicio de ese derecho, ni impide la reglamentación de la defensa en beneficio de la correcta substanciación de las causas. Como destaca Guasp, el principio de contradicción constituye una pura posibilidad y no una real actualidad: no se trata tanto de que las partes se contradigan de hecho cuanto de que cualquiera de ellas tenga la posibilidad, que puede desaprovechar o no, de contradecir. (DÍAZ, Clemente: "Instituciones de Derecho Procesal", Parte General, Bs. As., Abeledo-Perrot, tomo I, 1968, pág. 214. GUASP, Jaime: "Derecho Procesal Civil", Madrid, Instituto de Estudios Políticos, tomo I, 1968, pág. 172).

Conforme lo expuesto, no es correcto exigir a la defensa que en los casos calificados como irreproducibles- deba acreditar que actividad le impidió realizar la falta de notificación de la obtención de las muestras o de la realización de la pericia, toda vez que justamente, se trata de un anticipo jurisdiccional de prueba, que no podrá reproducirse en el debate y que para su incorporación en el juicio, debió realizarse respetando las garantías del juicio, siendo el debido proceso y el derecho de defensa en un juicio pilares fundamentales e imprescindibles para darle validez a la prueba anticipada que se pretenda incorporar.

Finalmente, no puedo soslayar, que el último error procesal que contiene la pericia genética es la omisión de requerir entre los puntos de pericia, que se determine si la muestra biológica remitida al CENPAT es compatible con la madre. Si bien se le tomaron las muestras salivales a la niña víctima, luego el Fiscal no requirió dicho punto pericial.

De allí que la deficiencia pericial mencionada en último término,-sumada a las ya analizadas- impide sostener con certeza que esa muestra biológica analizada, 'de la cual se sostiene que G. es el padre biológico, sea del feto que se le extrajera a la niña C.

Respecto de esto último, el Dr. Colabelli, en su voto, a fin de salvar la validez de la prueba, deduce de la tabla que se acompaña a la pericia genética, que la madre del feto cuyas muestras analizadas es la menor.

En esa faena el magistrado no solo se convierte en perito genético, para lo cual carece de los conocimientos técnicos necesarios que lo habiliten a llegar a dicha conclusión, sino que además suple abiertamente la falencia del MPF de no pedir dicho punto pericial, violando el principio de imparcialidad.

Nótese que ni siquiera el propio perito, a pesar de haber extraído el ADN de la muestra de la menor víctima -que consigna en la tabla, no se expide sobre la compatibilidad o no entre ese ADN y la del feto, toda vez que no le había sido requerido. Tal es así, .que no fue interrogado sobre ese aspecto en la audiencia.

La conclusión del magistrado, afecta el debido proceso, en tanto conculca el principio acusatorio y todas sus derivaciones, especialmente el derecho de defensa en juicio, que nunca pudo siquiera expedirse sobre un punto pericial que no había sido requerido, no había sido realizado, pero que el Magistrado lo introduce por motus propio, aunque no forma parte de la prueba pericial rendida en el debate.

Por último, se equivoca nuevamente el magistrado, cuando refiere que la defensa no cuestionó que el feto no sea de M. No tenía ningún elemento pericial que dijera que lo fuera. De modo que no se le puede exigir que cuestione algo que no esta probado.

Menos aún, puede apoyar su deducción, sosteniendo que el perito no dijo que el feto no era de M., pues como lo dije, el especialista no se expidió sobre la maternidad o no de la niña con relación al feto porque no le fue requerido.

En resumen, la pericia presenta los siguientes defectos, que a mi criterio, impiden su validación:

1. - La recolección de muestras biológicas del feto no fue realizada por el CMF y se realizó sin notificación previa de la defensa, tal cual había sido . requerido por el MPF y correctamente ordenado por el magistrado.

2. - Se intentó suplir esa falencia con un acta, respecto de la cual el MPF no citó a juicio ni la médica que le entregó la muestra del feto al Oficial C., ni la testigo de actuación.

3. - Todo lo expuesto impidió que se verificara la inviolabilidad de la muestra biológica del feto, toda vez que no se cumplieron con los parámetros que aseguran su inviolabilidad, (art. 178 CPP y Reglamento del MPF) conforme se desprende de los propios dichos de la Dra. R., el Oficial C. y el Perito B., que simplemente se limitaron cada uno a decir que hicieron y observaron, pero no dieron datos que, mediante el método comparativo, permitan sostener con certeza que la muestra no fue alterada. Reitero, La Dra. R. dijo que colocó el feto en un frasco y lo ensobró, lo guardó en la heladera del Hospital (el 12-1-14 a la noche). C. concurre el 14-115 (a la mañana, es decir un día y medio después) y la Dra. B. le entrega un sobre. Ninguno de los dos describe el sobre, ni como estaba cerrado, ni si tenía firmas y en ese caso por quien y donde. En el acta de en la que consta que el Dr. B., acepta el cargo, refiere que es un sobre de madera. Luego el Dr. B. se limita a decir que recibió un sobre. Que no advirtió nada. No refiere que la muestra estuviera en el interior de un frasco.

3. - Sin perjuicio de ello, el elemento objetivo que habría podido establecer que esa muestra biológica del feto que analizara el Perito Genético, era la misma, es decir la muestra que extrajeran del feto que abortara la menor C., habría sido que se determinara la compatibilidad genética de maternidad entre la muestra del feto y de la menor. Sin embargo el MPF omitió requerir tal punto pericial.

4.- No se le notificó a la defensa el día en el que se iniciaría la pericia genética de la muestra biológica del imputado, que hubiera habilitado el control y en su caso verificar si efectivamente esas muestras le habían sido extraídas a su defendido o a otra persona de nombre C. G., como se consigna en la documentación que la respalda o simplemente se trata de un error material.

Con todo ello, considero que debe hacerse lugar a la defensa y declarar la nulidad de la prueba pericial genética ofrecida como Ev. G.

Agrego, que el mismo criterio, adoptó el Tribunal de Juicio que integrara junto a la Dra. Cristina Jones y el Dr. Javier Allende, en la causa "Benavidez, Raúl Vitalicio", (Nic. 727 Nuf 4889), ante un planteo de idénticas características, oportunidad en la que se'sostuvo "Esa deficiente notificación a todas luces ha impedido un eficaz y oportuno control por parte de la Defensa en la recolección de las muestras que posteriormente serían utilizadas para la pericia genética, requerida como anticipo jurisdiccional".

Comparto la postura jurisprudencial y doctrinaria respecto de la excepcionalidad que debe revestir una declaración de nulidad y que es la "ultima ratio" procesal. Es cierto que no siempre es suficiente para proclamar la exclusión de la base probatoria de la prueba de cargo que su defensor no haya podido controlar.

No puede aplicarse automáticamente un rótulo descalificador de la validez sin previamente evaluar puntualmente en cada caso el tipo de pericia y la clase de determinación a que se aspira, como también en su caso las posibilidades científicas de lograr a posterior!, con igual o distinta metodología, el resultado apetecido

Pero el alcance o extensión de dicha interpretación jurídica no puede dejar vacía de contenido las garantías del debido proceso y de defensa en juicio. El propio STJ de nuestra provincia, se ha encargado de ponerle los límites. Recientemente, en un caso en el que revocó la nulidad decretada, los señores Ministros coincidieron en que encontrándose notificado el imputado y su defensa de la medida de prueba e incluso habiendo participado ambos de la misma, "la protección a confutar la prueba que posee el imputado, no había sido vulnerado". Contrario sensu, la prueba es nula cuando no se le habilita el ejercicio de tal derecho, cualquiera sea la etapa del proceso en que se produzca y luego no puede ser subsanada por ser de carácter irreproducible. (Expte. Nro. 100057- Folio I Año 2015 Letra A Nic. 1255- Sarmiento)
, He mencionado en diversas oportunidades que con relación a la prueba, interesan tres momentos, durante todo el proceso. El primero de ellos, tiene lugar en la EPP, cuando se ordena su producción. El segundo, cuando se solicita su incorporación como medio probatorio para el juicio y por último su producción en el debate, oral y público. La denegación a una parte de la posibilidad de ejercer el contradictorio, constituye un vicio del procedimiento, que puede determinar la declaración de nulidad si se hace el planteo respectivo. Dice Clemente Díaz - en la obra antes citada- que para restituir la garantía del contradictorio, el legislador ha consagrado la teoría de las nulidades procesales,

que reposa, precisamente, en el principio de lesión de la bilateralidad.

El CPP regula cada oportunidad en forma genérica, asentando principios básicos - de índole constitucional- que actúan a modo de un paraguas protector y luego contiene normas específicas para cada caso particular, claro está, en consonancia con aquellos principios.

El derecho de defensa en juicio se vincula entonces con el principio de contradicción o de bilateralidad, considerado como una garantía de los ciudadanos incluida en la más genérica del *"debido proceso"* o de la *"inviolabilidad de la defensa en juicio".* El prestigioso jurista Bidart Campos ha dicho que, en un sentido lato, las garantías son el conjunto de seguridades jurídico-institucionales deparadas al hombre; y las mismas existen *frente al estado,* en cuanto son medios o procedimientos que aseguran la vigencia de los derechos. La Constitución, entonces, garantiza a las personas el debido proceso y la bilateralidad en el proceso. Conforme se ha dicho, resulta claro que esta garantía se encuentra en las bases mismas de la idea de proceso; es un elemento fundamental del "proceso justo".

En elcaso de los anticipos probatorios, que se producen en la EPP, porque su producción no permite su realización en el debate, tal como sucede con la recolección de muestras biológicas para ADN y luego la determinación científica del mismo, el principio de bilateralidad o contradicción se traslada a ese momento procesal. En definitiva, se debe permitir el derecho a refutar en el momento en que se esta adquiriendo la información que luego se reproducirá en el debate mediante el testimonio del perito.

"La declaración prestada en el debate por el médico forense sobre la pericia efectuada de la cual hace mérito la sentencia, carece de validez como testimonio. Esto se debe a que la deposición del perito en el debate, en su carácter de tal, sobre la operación técnica efectuada, carece de autonomía. Si la pericia es
nula, como sucede en el caso, no se la puede convalidar introduciendo indirectamente su contenido a través de las declaraciones de los peritos que intervinieron en su producción, pues, en caso contrario se tornaría ilusorio el fin que la ley persigue rodeando a la prueba pericial de ciertas formalidades, cual es garantizar la defensa del imputado, porque la nulidad emergente de aquella podría ser eludida mediante la introducción de tales declaraciones". (Tribunal Superior de Córdoba, Id Infojus: FA88160089)

Dicho esto, considero que a pesar de la nulidad de la prueba genética, no corresponde absolver como lo pide la recurrente, toda vez que en el caso no se extienden los efectos de la prueba declarada nula al resto del cuadro probatorio cargoso, conforme la doctrina conocida con el metafórico nombre de los frutos del árbol
envenenado; en el sentido comparado de que si un árbol se emponzoña, todos los frutos que den sus ramas también estarán corrompidos.

La experiencia indica que si las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular causalmente las demás pruebas a la nulificada, pues en tales casos faltará la llamada -conexión de antijuridicidad- que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a la otra, que deberá ser anterior, faltaré la conexión de antijuridicidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda.

Para ello tengo especialmente en cuenta que la niña reveló el hecho a sus hermanos, a los médicos que la asistieron (Dr. C. y Dra. R.)y luego declaró en Cámara Gessell, y desde el comienzo sindicó como autor a G., sin conocer el resultado de la pericia genética, que como surge del informe pericial, recién fue concluida y notificada en el mes de agosto.

La totalidad del resto del material probatorio surge de una fuente independiente de prueba que es la declaración de la niña, que seencuentra incorporada por el hermano en la denuncia policial. En realidad,' los hermanos ante la sintomatología de la niña y advirtiendo que la madre le habría facilitado pastillas anticonceptivas, la llevaron al médico, y fue entonces cuando el Dr. C. constató el embarazo. Entonces la niña reveló el abuso de su padrastro. Luego se produjo el aborto no punible, todo lo cual se encuentra debidamente asentado en la Historia Clínica. Por último, declaró en Cámara Gessell, en donde reveló en el ámbito judicial no sólo los hechos que la víctimizaran sino tambiénquien había sido el victimario. Todo este material probatorio

Ninguna de estas evidencias recolectadas en la EPP, incorporadas correctamente al juicio con sus respectivas declaraciones, son consecuencia o se derivan del resultado de la pericia genética. En virtud de ello, no existe razón alguna para extender la nulidad decretada al resto de la prueba y menos aún a la sentencia.

Además, el material probatorio cargoso no excluido, resulta suficiente para tener certeza tanto de la materialidad delictiva como de la autoría. En este sentido, los jueces han valorado correctamente cada uno de estos elementos, de manera particular e integral, es decir verificando la coherencia interna y externa de los testimonios, efectuando - a tal fin- una correlación con el resto de los elementos de prueba.

Más allá de la transcripción completa del testimonio de la niña, que realiza el Dr. Dal Verme en su voto, se advierte que los magistrados han contrastado sus dichos, tanto con el relato de los médicos Dres. C. y R. {que depusieron sobre la Historia Clinica y Certificados médicos ofrecidos como prueba documental e incorporada al debate con tales testimonios}, sus hermanos F. C. y C. H., y los licenciados en psicología M. C. G., C. D. y F. R. f j o.

La niña ha persistido en el relato, que no lo ha modificado ni respecto del modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos ni con relación al autor. Se acreditó además el desgarro del himen y un embarazo de semanas, cuya gestación se corresponde con la fechas indicadas por la niña victima. En este punto, y con relación al horario, se probó que la madre, efectivamente, no se encontraba en el domicilio, por coincidir con su jornada laboral en el Municipio, conforme testificara el director del empleo E. A. C.

Por su parte los docentes aportaron los horarios escolares y del transporte escolar que trasladaba a L. desde su domicilio al colegio, corroborando que entre las 6.30 y las 7.30 el acusado y la menor quedaban solos en el domicilio.

En virtud de lo expuesto, advierto que el material probatorio, como lo adelantara, resulta suficiente para tener por acreditado con certeza que tanto la materialidad como autoría del imputado.

En cuanto a la calificación legal, sin perjuicio de que no fue cuestionada por la defensa, que se limitó a plantear la nulidad de la pericia genética, se acreditaron todos los requisitos del tipo penal con relación al abuso carnal, como ya dije la existencia del embarazo- y respecto de la convivencia preexistente, se demostró que la niña convivía con G., desde que tenía tres años de edad.

Por último, con relación a la pena, teniendo en cuenta que los agravantes valorados son la edad de la victima, la evidente relación asimétrica victima-victimario, la condición de autoridad familiar, la lejanía del lugar de los hechos y la extensión del daño causado, especialmente el embarazo producto de la violación

y el daño psicológico que ello implican y que el único acreditado es la falta de antecedentes penales, no corresponde modificar el monto punitivo fijado por el Tribunal de Juicio y confirmar en todos los términos la condena.

Con relación a los honorarios de los señores Defensores Dres. H. C. y D. M., deben ser regulados en un treinta por ciento de los establecidos en la primera instancia, los que estarán a cargo del imputado. Así voto.

La Dra. Nelly Garcia dijo: Para seguir el orden lógico de los planteos voy a referirme en primer término a la falta de promoción de instancia.

En primer lugar advierto que la denuncia efectuada por el hermano F. R. C. era conocida por el Defensor al momento de la apertura, en ese momento no cuestionó nada, en la preliminar tampoco y lo introduce como excepción de previo pronunciamiento en el juicio, fue rechazada al inicio del debate y reitera su planteo en el recurso, sin efectuar una crítica al razonamiento de los magistrados.

Considero que debió plantearlo en la audiencia preliminar, en la oportunidad del art. 294 del C.P.P., se trata de una cuestión de oportunidad procesal, el auto de apertura del juicio oral, fija el objeto del juicio, conforme lo dispuesto por el art. 298 del C.P.P.

F. C. explicó por qué denunció, en representación de su hermana y asumió la guarda de hecho, dijo que la niña se quedará con él y no quiere que se la lleven con ellos, en referencia a la madre y su padrastro.

Tanto F. como C., hermanos mayores de M., que en todo momento acompañaron a la niña, expresaron la voluntad de la misma, que fue abusada y que no quería tener al bebé, lo hablaron en familia y decidieron hacer la denuncia y que aborte.

Ya en el pedido de anticipo jurisdiccional de prueba, el Fiscal hizo mención a la actitud remisa y de negación por parte de la madre, se dispuso una prohibición de acercamiento de la madre hacia la hija, y después se corroboró en el debate, cuando se presentó acompañando a su pareja y se abstuvo de declarar.

El defensor minimiza el conflicto de intereses, pero es de suma gravedad, la madre que debe darle contención, cuidado y seguridad, la abandona en el peor momento y elige favorecer a su pareja. El silencio y la omisión muchas veces son más dañinos que la acción.

El padre biológico M. nunca tuvo ni la guarda ni relación afectiva con la niña, ni compareció cuando fue citado.

La instancia de parte no requiere ningún formalismo especial, con la denuncia del hermano estuvo correctamente instada la acción, y una vez, puesto el hecho en conocimiento del MPF, continúa de oficio.

Comparto lo dicho por el Superior Tribunal de Córdoba, "Es decir que, si bien la ley autoriza a la persona ofendida o a quienes corresponda en su representación, a ocultar los hechos si asi lo decidiesen, dicha autorización no es ilimitada y cesa, debiéndose proceder de oficio frente a determinadas excepciones, previstas en la misma norma.

Entre estas excepciones encontramos la hipótesis prevista en el párrafo agregado por la ley 25087, del 14/5/99, al art. 72 del C.P., en su parte final, que refiere "cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre alguno de éstos (ascendientes, tutor o guardador) y el menor, el Fiscal podrá actuar de oficio cuando asi resultare más conveniente para el interés superior de aquél", retornando parcialmente a la fórmula consagrada por la ley 17567.

Esta norma se dictó acertadamente luego de que la Constitución Nacional, en su art. 75 inc. 22 , le acordase un rango prevaleciente a la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que -entre sus múltiples normas protectoras-, en su art. 19.1 dispone: "Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso fisico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo".

Esta previsión resulta adecuada para cubrir los casos en que, como ocurre sin distinción de clases sociales y con considerable frecuencia, los menores son victimas de abusos sexuales dentro del seno familiar, y aún cuando se conoce la situación de abuso existente, se tolera y no se insta la acción penal, encubriéndose el hecho para no agravar la situación del grupo" 9-dic-2005 i Fallos | Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba | MJ-JU-M-6665-AR | MJJ6665 | MJJ6665

Vale la pena que aclare, que el caso G. fue distinto, venia de un expediente residual cuando se implemento el nuevo código, no se habia ofrecido como prueba la denuncia, no se interrogó a la madre al respecto y se agregó por lectura un informe social donde decia que su deseo era denunciar a otro.

En virtud de lo cual este agravio debe ser rechazado. Seguidamente trataré el segundo agravio, la nulidad absoluta de la toma de muestras biológicas' de la menor y su posterior examen de ADN.

En este caso, cuando se le corrió vista de la acusación fiscal, conforme lo dispuesto por el art. 294 del C.P.P., el Dr. H. C. solicitó que se declare la nulidad de la obtención de las muestras biológicas y de la pericia de ADN.

En esa oportunidad, relató la secuencia de los hechos, que el 9 de enero de 2016, el Dr. Oscar Oro solicita el anticipo jurisdiccional sobre la extracción de muestras biológicas, el 12 de enero el Juez Penal Dr. Martín Zacchino le requiere mayor precisión en los datos y autoriza la medida el 13 de enero. Sin embargo, el Fiscal informa que la diligencia se llevó a cabo un día antes en el Hospital de El Maiten, por lo que no se notificó a la defensa, no pudo controlar la adquisición de la muestra, ni la cadena de custodia.

El Juez de la audiencia preliminar, con las pruebas que aportaron las partes, tuvo en cuenta que se le aplicó a la víctima el protocolo de ASI para interrumpir el embarazo, suministrándole medicación que provoca la expulsión del feto en un lapso que varía entre pocas horas o hasta setenta y dos horas. Que como se adelantó la expulsión espontánea del feto, la médica tratante aplicó el protocolo de preservación, que obliga a actuar con premura porque la muestra se descompone, y posteriormente se labró un acta el 14 de enero con tres firmas, la de la médica, del Oficial de policía y un testigo. En sobre cerrado se remitió al cuerpo médico forense y finalmente al CENPAT. No advirtió ninguna irregularidad.

En cuanto a la pericia genética, tuvo en cuenta mails remitidos a la defensoría oficial y al los defensores particulares, del 2 de marzo de 2015 de la aceptación de cargo, remisión de muestras en dos sobres de papel madera con hisopo con muestra de saliva de L. M. C. y de R. G. y otro sobre de papel madera con muestra de embrión refrigerado, informando que las operaciones periciales darán comienzo el 11 de marzo de 2015.

Otro mail del 18 de agosto de 2015 comunicando que se realizará una ampliación de pericia de ADN el 26 de agosto a las 14 hs sobre un juego de sábanas, un acolchado y una almohada. Entre el 11 de marzo fecha de inicio y el 18 de agosto, fecha del dictamen, se requirieron nuevas muestras salivales al imputado, que se tomaron con su consenso.

El juez de la preliminar rechazó las nulidades planteadas, porque tenía conocimiento y no ejerció ninguna de las facultades

procesales que le competen y concluyó, que si del debate surgían otras cuestiones probatorias lo podría plantear en esa oportunidad.

Sin embargo, con la misma prueba, y al inicio del debate como cuestión previa, la defensa reitera el planteo de nulidad. Los magistrados del juicio dicen que no son revisores de la resolución del Juez de la Preliminar, que no puede reiterar el planteo con los mismos argumentos, que ya precluyó este cuestionamiento.

En el alegato final los defensores, insistieron en la nulidad de la prueba.

Considero que en este proceso acusatorio y de índole adversarial, la litigación ha cambiado y obliga a la defensa a cambiar su estrategia. Entiendo correcto que en la preliminar, tal como lo especifica el art. 294 del C.P.P. debe plantear las nulidades ocurridas durante la etapa preparatoria. El auto de apertura cerró la discusión y fijó los hechos y el objeto del juicio.

Entonces, excepcionalmente, si el defensor insiste con su planteo de nulidad al inicio del debate, deberá cuestionar la decisión judicial precedente, decir en que se equivocó el magistrado y alegar un agravio constitucional concreto y grave, ya que la última parte del art. *164* del C.P.P, que establecía que si la nulidad fue rechazada, el imputado y su defensor podían volver a plantear su pretensión al inicio del juicio, fue suprimida por la reforma.

Considero que una mejor técnica en litigación, solamente hace que su pretensión sea más eficaz. Y estimo acertado el criterio del Dr. Zacchino, que si de la prueba surge alguna irregularidad, podría plantearlo como defensa de fondo, alegando que probó, que en realidad los hechos sucedieron de otra manera.

Para resolver la nulidad planteada, solamente voy a considerar los planteos de las partes y como fue tratado por los jueces, a la luz de la prueba que se produjo en el juicio. Así, el Dr. Colabelli sostuvo que se conoció como se obtuvo la muestra y como llegó al CENPAT, con los testimonios de la Dra. P. E. R., Oficial Inspector G. S. C., y Comisario Inspector V. V.

Efectivamente la Dra. P. E. R., dijo que la niña ingresó al nosocomio en compañía de sus hermanos y de integrantes de la oficina de Protección de Derechos, que escuchó a su hermana y después a la adolescente, que se cumplió con el protocolo de aborto no punible, se hicieron todas las muestras que están protocolizadas, además análisis y ecografía. Que según el

protocolo le colocó un USAPROS, que es una pastilla que se coloca en el cuello del útero para evitar que se lastime y en horas de la noche expulsó un saco con un pequeño embrión, al día siguiente se le hizo un legrado para retirar restos ovulares que habían quedado.

La médica también refirió, que del embrión expulsado se realizaron dos muestras una para la realización de ADN y otra para patología, que la muestra para ADN la introdujo en un frasco rotulándolo con el nombre de la paciente, fecha y hora y lo ensobró para su posterior entrega a personal de Comisaría.

A preguntas del defensor dijo que siempre que toman muestras, ellas firman el sobre.

A su turno el oficial de policía, Inspector G. S. C. dijo que el 14 de enero concurrió al Hospital de El Maitén, donde la Dra. M. B. le entregó un sobre cerrado y rotulado confeccionado por la Dra. P. R., que contenía muestra de embrión extraído a la niña L.
M. M., confeccionó un acta que firmó la médica, la testigo Sra. A. Q. y el declarante. A preguntas del Dr. Cancino, dijo que el sobre estaba cerrado, que no recuerda si tenía firmas, supone que sí porque es obligación sellar y firmar, que no recibió ningún acta de la médica pero podría estar adentro del sobre.

A su vez., el Comisario Inspector V. O. V. dijo que recibió como novedades un expediente en trámite por abuso, donde se habían secuestrado elementos probatorios, que en el secuestro participó C., y que él lo envió a la Oficina de secuestro. Cancino no preguntó.

Y por último el Dr. N. B., Director del CENPAT, dijo que recibió las muestras a través del transporte Mar y Valle, en sobres cerrados y rotulados sin observación alguna. Agregó que el día fijado para el inicio de las operaciones, abrieron los sobres junto con el Lic. L. R. sin advertir irregularidades, aclaró además que la defensa no concurrió ni propuso otro profesional idóneo para su control.

Agregó que como la muestra de saliva de G. no era apta, solicitó que se le envíe otra muestra que tampoco sirvió y requirió una nueva según el protocolo del Centro y esa es la que cita en el informe. A preguntas de Cancino le contestó que si la muestra no es apta no da ningún resultado.

Considero que el Fiscal General Dr. Oscar Oro solicitó un anticipo jurisdiccional de prueba, el 9 de enero de 2015, cuyo trámite no controló, en el Ínterin se produjo la expulsión espontánea del feto y la médica tratante Dra. P. R. aplicó el

protocolo de actuación que tienen todos los hospitales públicos. Resalto que al quirófano no entran personas extrañas.

El 12 de enero el Juez Zacchino le solicita más precisiones en cuanto a lugar y fecha en la que se llevará a cabo el acto médico. El 13 de enero el Dr. Oscar Oro le informa al Juez, que el 12 de enero se le aplicó a la niña el protocolo de aborto y que expulsó el feto en las últimas horas y que ya ordenó al Jefe de Comisaria de El Maiten, que mediante acta de estilo, retire las muestras.

Sin embargo, con esa información el Dr. Zacchino, ordenó que se le dé intervención al cuerpo médico forense y que se notifique a la Defensa, de lo que se notificó a su mail personal, el 13 de enero. El Dr. Oscar Oro, no cumplió con lo ordenado y al dia siguiente el 14 de enero, fue C. a retirar las muestras, que se las entrega la Dra. B. en presencia de una testigo.

Comparto que se le podrá achacar al Dr. Oro falta de diligencia y atención, sobre el resultado de la medida que habia solicitado y de la dinámica posterior de los acontecimientos.

Es cierto, que no hubo anticipo jurisdiccional de prueba, que es lo ideal y recomendable, notificar siempre a la defensa.

Se aplicó un plan B sin notificar a la Defensa Pública en ese momento, conforme los arts. 130 del C.P.P., se labró un acta con un testigo civil, por ello es menester corroborar si con la actuación realizada se afectó el derecho de defensa del imputado.

En principio fue un caso de urgencia, o por lo menos de fuerza mayor, se decidió la internación de la niña y la médica ginecóloga le colocó una pastilla en el cuello del útero para provocar su dilatación, el efecto depende de cada persona y como explicó la Dra. R., el proceso debe hacerse rápido para evitar mayores secuelas psicológicas.

Por otro lado la naturaleza de acto irreproducible es una cuestión de hecho, que no se dio ya que como dijo el Dr. Colabelli, la médica dejó dos muestras del embrión, uno para ADN y otro para patología.

A mi criterio, no toda desprolijidad o irregularidad afecta el derecho de defensa en juicio, hay que probar concretamente el perjuicio ocasionado y de qué manera se afectó el derecho de defensa.

El Dr. Milstein reiteró el mismo planteo y de la misma forma, no alegó ni probó, inconvenientes que permitan dudar que la muestra del embrión, que la Dra. R. resguardó, para pericia de ADN no pertenezca a M. M., ni que hubiera cambiado si la Defensa Pública hubiera tenido noticia de la toma de muestras biológicas.

También cuestionó la cadena de custodia de las muestras en los pasos posteriores y el envío por Mar y Valle, sin embargo C. y V., explicaron cómo se enviaron las muestras y el Dr. B., como las recibió, y no surgió del examen ni contraexamen de los testigos, ninguna irregularidad, que permita sospechar que no son las mismas muestras, que hubo contaminación o que se haya plantado el ADN de G. en la muestra del embrión. Además la empresa de colectivos Mar y Valle es el medio más- rápido y seguro para el transporte.

Después de la aceptación del cargo, se notificó a los Defensores del inicio de dos pericias de ADN que comenzaron el 11 de marzo la primera y el 26 de agosto la otra, y como dijo B. la Defensa no concurrió, no solicitó nuevos puntos de pericia ni nombró a otro profesional técnico para que controle, entre esas fechas llegaron al CENPAT las nuevas muestras salivales de G..

El Dr. M., con buena fe, reconoció que estaba al tanto de las cuatro veces que concurrió su defendido al Hospital de El Maitén para la extracción de la muestra; pero nunca lo acompañaron. Y en el contraexamen C. le contestó a Cancino, que recibió los hisopos ensobrados de las muestras salivales extraídas a G., que labró un acta simple y las envió.

Comparto lo afirmado por la Dra. Rodríguez, que si hubiera designado un consultor el 11 de marzo, sí tenía la obligación de avisarle cada una de las actividades a realizar hasta completar.

Nadie entendió que se trataba de nuevas pericias, tan es así que de la ampliación de pericia el 18 de agosto, se notificó a los defensores.

Es verdad, que así como Fiscalía notificaba al imputado, podría haber notificado a los Defensores, de la toma de nuevas muestras y su posterior llegada al CENPAT, como práctica recomendable, pero su falta no acarrea la nulidad, ya que debió concurrir el 11 de marzo para controlar y nombrar consultor para seguir interviniendo en el desarrollo de la experticia.

Ninguna de las dos veces que fue notificado demostró interés, tampoco puso en duda que las muestras salivales no pertenezcan a G..

Entendió que con los testimonios y evidencias se probaron las violaciones fundamentales y que la acción está mal iniciada.

Por el principio de trascendencia y relevancia, debió justificar en qué hubiera cambiado el resultado si se descarta la pericia de ADN.

A mi criterio los jueces del debate, el Dr. Dal Verme en un prolijo primer voto, el Dr. Colabelli en el segundo voto, con clara referencia a la prueba y por último la Dra. Rodríguez en el tercer voto, completando el mismo razonamiento, motivaron correctamente el rechazo de la nulidad, en base a las pruebas del juicio y conforme a la doctrina fijada por el Superior Tribunal de Justicia en numerosos precedentes.

Solamente para explicar la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia, citaré el voto del Dr. Pflejer en la causa "N., V. V./ Dcia. Abuso Sexual representación hija menor s/ Impugnación" (Expediente N°22130 - F° 11 -Año 2010). Sentencia N°58 -2012, donde el magistrado se explaya en el punto III bajo el título: "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 mis sufragios.

En efecto, por sus consecuencias graves para el desarrollo del proceso, ha de andarse con suma precaución en el punto. Al respecto, se ha expuesto reiteradamente que esta manera de sanción procesal es último recurso y que debe atenderse 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, implica 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 4 98).

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"

Retomando el caso que nos toca resolver, considero que el recurso debe ceñirse al juicio del juicio, no advierto arbitrariedad ni error en la valoración de la prueba y las nulidades planteadas deben ser rechazadas, por tratarse de un cuestionamiento meramente formal, por la nulidad misma. Es el criterio que apliqué en otros precedentes, Napal, Percy Norris Jones, Gonzaga, Mariguán, G. -Cirilo y Antillanca.

Por último, es importante relacionar el caso de la defensa, que niega la autoría de G. y con el resto de la prueba.

Ha quedado probado que entre los meses de noviembre y diciembre de 2014, en la vivienda familiar ubicada en Ruta 70 al lado del campo de jineteada y del camping municipal, R. G., concubino de G. A. C., aprovechando la convivencia de hace diez años, accedió carnalmente a la niña M. M., introduciendo el miembro viril en la vagina, provocándole desfloración y un

embarazo, que abortó el 12 de enero de 2015. Los hechos ocurrían en horas de la mañana cuando su madre se iba a trabajar al Municipio y antes que se levante para ir a la escuela.

El Juez Dal Verme transcribió textualmente la declaración de la niña en Camara Gesell, dijo que vivía con su mamá y su padrastro R. G. y cuando se le preguntó quién iba a su cuarto, dijo "mi padrastro".

Coincide con el develamiento del abuso por parte de su padrastro a su hermana C. H. en presencia del Dr. C., cuando le diagnosticó el embarazo.

El Dr. R. A. C. dijo que le hizo un test de embarazo que dio positivo, lo corroboró mediante tacto y al oscultarla escuchó los latidos, que en el hospital de El Maitén le hicieron análisis de sangre, y según la fecha del último período menstrual cursaba un embarazo de 6 a 7 semanas.

El testimonio de M. tiene coherencia interna y externa. Las circunstancias de lugar y tiempo, referidas por M. coinciden con la inspección ocular de la casa, el testimonio de E. A. C., director de empleo del municipio.

Asimismo, el relato de los hechos, se corresponden con el embarazo y el aborto consecuentes, que no fueron cuestionados por la defensa.

Al presentar su caso la defensa negó la autoría. En el alegato final sólo planteó la nulidad por falta de instancia y de la pericia de ADN y solicitó la absolución. En el recurso ordinario planteó la falta de promoción de instancia y la nulidad de la pericia de ADN y solicitó la absolución de su defendido. No cuestionó el resto de la prueba de cargo ni el monto de la pena. Considero que es suficiente para tener por probada la autoría de R. G., los dichos de la joven en la Camara Gesell, los testimonios de los hermanos y del Dr. C., por lo que se puede descartar la prueba de ADN, sin que el resultado se modifique, por lo que metafóricamente, la pericia genética fue la frutilla del postre. Tampoco cuestionó la Defensa el monto de la pena, por lo que corresponde confirmar la sentencia en todas sus partes.

Considero que se debe poner en conocimiento a la Fiscal Jefe Dra. María Bottini y al Procurador General Dr. Jorge Luis Miquelarena, la actuación del Fiscal General Dr. Oscar Oro, fue negligente en el trámite la solicitud del anticipo jurisdiccional de prueba, desoyó una orden concreta del Juez de la causa y demostró su falta de compromiso al no contestar los agravios, ni venir a la audiencia, a fin de que evalúen su desempeño. Y al Director de la Oficina Judicial por la demora en poner en

conocimiento del Juez la solicitud de anticipo jurisdiccional. Así lo voto.

Con relación a los honorarios comparto lo decidido por la Dra. Carina Estefanía.

Asi voto.

El Dr. Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras haberse sustanciado la pretensión impugnativa de la defensa del condenado R. G., me licencio de reiterar los antecedentes del caso y los agravios del recurso, puesto que han sido ya prolijamente desarrollados en esta sentencia, por lo que me avocaré sin más a los puntos que nos convocan.

2. Planteo de falta de acción, por no encontrarse debidamente instada la misma.

Tras revisar los fundamentos de los jueces que no hicieron lugar a la pretendida falta de promoción de instancia, adelanto que mi voto irá por la confirmación de la decisión del Tribunal A Quo.

2.1 En primera instancia el doctor Hernán Dal Verme ha dicho que la excepción dilatoria planteada, fue resuelta en el sentido de tener por válidamente instada la acción pública y que, por aplicación del principio de preclusión, su reedición devenia improcedente como cuestión susceptible de ser nuevamente planteada en los alegatos de clausura.

En el mismo sentido se expidió en la sentencia el doctor José Colabelli, quien prescribió que no correspondía la repetición de la incidencia toda vez que fue resuelta al inicio del debate, como de previo y especial pronunciamiento, momento en el que cada uno de los integrantes del Tribunal fundamentó oralmente el rechazo. En ese momento, escribió el juez, se concluyó que la acción pública se encontraba legalmente instada en los términos de los arts. 72 in fine y 132 del Código Penal, destacando solamente que al tiempo de formularse la denuncia los hermanos de la niña revestían, en la localidad de Epuyén, la calidad de guardadores de hecho. Coincidió que la etapa para la recreación del reclamo precluyó.

Por último, la doctora Anabel Rodríguez dijo que no corresponde el tratamiento de la puesta en marcha de la acción porque la cuestión se debatió y resolvió, al inicio de la audiencia de juicio, como planteo preliminar. Agregó que el Tribunal rechazó la pretensión de la Defensa y declaró que en el presente caso, la acción se hallaba legalmente instada, remitiéndose a las consideraciones oralmente expuestas y dejando

constancia que la decisión del Tribunal se encuentra firme, porque la Defensa no hizo reserva de casación.

2.2 Si tomamos en cuenta que la denuncia fue radicada por F. R. C., hermano de la niña damnificada por el evento, y que poseía entonces su representación, entiendo que la acción penal se encontraba debidamente instada y toda la labor procesal posterior fue correcta, como bien sostuvieron los jueces en cada uno de sus votos.

A ello he de agregar que incluso el denunciante aseveró que la menor se quedarla con él, a modo de preservarla de su madre y de su padrastro.

Ello así, y cual reza la norma, es requisito de procedibilidad para formar causa en este tipo de delitos, la acusación o denuncia del *"...agraviado , de su tutor, guardador o representantes legales..."*. Del mismo modo el legislador previo que en estos casos se procederá aun de oficio, cuando el delito fuere cometido *"...contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador,. o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador..."*.

Por otra parte el último párrafo del artículo 72 prescribe que la acción oficiosa operará cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre algunos de los legitimados y el menor damnificado evidenciando, de esta manera, la intención de hacer primar el interés superior del menor, en consonancia con los tratados internacionales que nuestro país ha suscripto.

Todas estas circunstancias se encuentran acreditadas en la prueba producida, y debidamente valoradas por los magistrados en la resolución de la incidencia planteada en la obertura del j uicio. Así es, a la atenta escucha de la resolución, reservada en el soporte de voz, consta que:

El señor presidente del tribunal, doctor Colabelli, dijo que no corresponde hacer lugar a la declaración de falta de acción interpuesta, ya que ha sido legalmente instada en los términos del art 72 y 132 del C.P y por aplicación de la ley 16061 sobre los derechos del niño. Agregó que, en relación al derecho de instar la acción, entiende el tribunal que no es un derecho del imputado, sino de la víctima, de su progenitor o familiar correspondiente, *"...y de quien tiene la facultad de promoverlo por ser custodio es la fiscalía, la asesoría, y la víctima misma en su propio derecho*, para luego agregar que *"...los argumentos brindados por la Defensa, no están en sintonía con los* procedimientos *que se fueron realizando a través de éste ámbito, donde hubo una apertura de investigación, a la que la defensa particular concurrió y no se planteó la cuestión, luego se*

sucedieron actos donde tampoco se planteó la cuestión, audiencia de cámara Gesell a la que la niña concurrió, y declaró allí mostrando con esto su interés, siendo ésto ofrecido como evidencia, y tampoco surge del acta de audiencia, que la cuestión ha sido planteado por las partes en la audiencia preliminar,..."

Por su parte la doctora Anabel Rodríguez coincidió con el voto de presidencia, agregando su remisión a lo sostenido por el Asesor Dr. Contreras, quien en su vista al planteo consideró relevante a la cuestión, la modificación efectuada al artículo 72 del código penal, que lo puso en sintonía con los instrumentos internacionales, ya que hace prevalecer el interés superior del niño sobre todas las cuestiones, siendo éste el norte de la norma. Que lo que se protege es la intimidad familiar y de la persona afectada, y no la regularidad de un proceso, el que además en el caso, ha sido validado en todas la etapas que han ido transcurriendo.

Por último el doctor Hernán Dal Verme estimó que la naturaleza de la acción en los delitos de instancia privada, no difiere en nada con la de cualquier otro delito de acción pública. Lo único que ocurre, en el caso, es que hay un requisito de procedibilidad que obstaculiza el inicio del proceso, a menos que se produzca la condición que es justamente la denuncia. Que una vez producida ésta hace que el proceso pueda continuar por los mismos canales que en los otros casos respecto de cualquier otro' delito. Que siendo que, al momento de recibirse la denuncia, los hermanos de la víctima estaban ejerciendo respecto de ésta una guarda suficiente, y que paralelamente con ésto había una verosimilitud de la existencia de intereses contrapuestos entre la menor y su madre, ameritaban el inicio de oficio por parte de Ministerio Fiscal. A más abundar, con posterioridad a ello, no hubo ningún planteo que colocara los intereses del niño en conflicto con el trámite de esta investigación siendo, en el caso puntual de los menores, aplicable el último párrafo del artículo 72 que, a la luz de los tratados internacionales, debe ser interpretado en forma amplia.

Por todo lo analizado, tengo para mí que la decisión de rechazar la excepción de la defensa ha sido acertada. El requisito de procedibilidad para este delito ha sido cumplido a través de la denuncia del hermano de la menor, sin que se hayan afectado garantías procesales del encartado, por lo que en este punto mi voto es por confirmar el rechazo de este agravio.

Continuemos con el siguiente punto.

3. Pedido de nulidad de la toma de muestras biológicas de la menor, infracción de las reglas que debe respetarse en la cadena de custodia, y posterior examen de ADN.

Este segundo agravio cuestiona la obtención de muestras biológicas de la víctima, del embrión y la falta de resguardo debido en la cadena de custodia. Denuncia, como consecuencia directa de las irregularidades previas, la invalidez de la pericia de ADN.

Adelanto que, en este punto, he de compartir, en lo troncal, la postura de la doctora Nelly García.

Me remito al impecable desarrollo de citas doctrinarias y jurisprudenciales que efectuaron mis colegas. Coincidimos en la restrictividad en materia de nulidades, y la finalidad de garantizar, mediante fatal sanción, toda actividad procedimental que haya vulnerado garantías constitucionales, afectando con ello la defensa en juicio y el debido proceso legal.

Tras el control de los fundamentos desarrollados por los jueces de condena para rechazar la pretensión, entiendo que las razones que han dado resultan razonables y suficientes como para no hacer lugar a la nulidad.

3.1 Comencemos con la cuestión vinculada a la toma de muestras biológicas extraídas del embrión, luego de ser expulsado en el marco de la maniobra abortiva no punible.

3.1.1. Para descartar el agravio referido a este punto, partió el primer votante, doctor Dal Verme, de foja 89 de la carpeta judicial, considerando que el articulo 178 párrafo primero del
C.P.P. coloca en cabeza del Fiscal la obligación de colectar todos aquellos elementos probatorios que puedan ser útiles para la determinación del hecho ilícito, que se remite a las reglas generales previstas en el ritual en los artículos 130 y 170 del CPP, en cuanto al registro de la diligencia, y que la omisión de estas formas no es sancionada por la ley con la nulidad, sino que solo prescribe la imposibilidad de su incorporación por su lectura al debate, circunstancias todas que resultas absolutamente ciertas.

También puso el ojo para resolver, en el pedido de la defensa en cuanto a si pudo o no determinar la existencia de una irregularidad que le permitiera al tribunal dudar siquiera de la real posibilidad que las muestras obtenidas no hayan sido las mismas que a posterior! fueran objeto de pericia-. Y sin perjuicio que las normas citadas responden a los actos irreproducibles, aseveró que ello nada aporta para la resolución del caso, que tal como lo dictaminó el fiscal Oro, *"...si él erró en solicitar la*

colección del material como anticipo jurisdiccional de prueba, ello no entraña de por sí su nulidad cuando aquel fue incautado con anterioridad a la autorización judicial...".

Ponderó el magistrado las afirmaciones de la testigo experta, doctora P. R., en cuanto a que del embrión, expulsado por la niña, extrajo material para la pericia de ADN, material que fue- colocado en un frasco, rotulado con descripción del material que contenía, fecha, hora y luego lo introdujo en un sobre que se encargó de cerrar, luego' de llenarlo, y guardarlo finalmente en la
heladera del hospital.

3.1.2. En el mismo sentido obran los fundamentos del doctor Colabelli y de la doctora Anabel Rodríguez *(ver* foja 104 vuelta, y 117 vuelta de la carpeta judicial respectivamente), quienes valoraron los dichos de la médica mencionada enel párrafo anterior, teniendo por cierto que la toma de muestras biológicas fue correctamente realizada y conservada.

Si bien es cierto que no existió punto de pericia por el cual se le haya encargado al doctor B. la determinación de la correspondencia del material genético que vincule la muestra del embrión con la menor víctima, cierto es también que no ha sido presentado agravio sobre ello. Sin embargo, el perito ha dado cuenta de la recepción de las muestras, identificadas bajo el numero 2023 (ver foja 27).

En este peldaño de análisis, corresponde decir que el juez Colabelli se tomó el trabajo de interpretar la tabla de resultados correspondientes a los marcadores autosómicos de la pericia genética (foja 29), agregada al informe pericial, para confirmar que, efectivamente, respecto a la muestra dubitada, no puede ser excluido el vinculo biológico del imputado, ni el de la victima (foja 105, penúltimo y último párrafo).

Esta osada afirmación no puede ser confirmada por este Cuerpo puesto que, en primer lugar, se desconoce el método por el cual el magistrado interpretó la tabla referida; en segundo lugar porque amplió, *inaudita parte,* las conclusiones del informe pericial y finalmente porque, en definitiva, a través de dicha ampliación pericial, mutó su función de juez penal de la causa a la de perito, sin perjuicio de la idoneidad que efectivamente pueda llegar a tener para ello.

No obstante esta observación, he de adunar en la continuidad del punto que se viene analizando, la consideración obrante en el voto de la doctora Anabel Rodríguez, que estima que acaso la única experticia que podría ser considerada "*hipotéticamente*" irreproducible, es la que involucra la muestra embrionaria;

perdiendo esa cualidad en aquellos casos en los que se hubiera conservado mas material por razones médicas, circunstancia que justamente se corresponde con lo acaecido en estos obrados. Así es, según la doctora Patricia Elena R., tomó las muestras biológicas del embrión y preservó dos muestras: una para la pericia de ADN y otra para hematología.

3.1.3. Sin perjuicio de todo lo que hasta ahora se viene analizando, tampoco puede dejar de observarse la irregularidad del trámite que tuvo el pedido de anticipo jurisdiccional, efectuado por el fiscal general al juez penal de la causa.

Al cotejo del agravio con las constancias de la causa, se certifica que el doctor Oscar Oro envió vía mail, al correo electrónico de la oficina judicial de Esquel, un pedido de obtención de muestras biológicas y preservación para ser sometidas al análisis de ADN, tras la extracción del feto a la niña, en el marco legal del instituto del artículo 279 del CPP. Dicho envío fue efectuado a las 12.43 PM del día 9 de enero de 2015, de acuerdo a la evidencia agregada en el legajo 31171 bajo la letra F. Sin constancia que lo justifique, la Oficina Judicial insertó cargo de recepción a ese pedido, en fecha 12 de enero de 2015, y efectuó el pase al Dr. Martin Zacchino. Éste lo proveyó el mismo dia 12, tras lo cual el fiscal Oro a las 8.52 horas del día siguiente y mediante correo electrónico, respondió al Juez que a la menor ya se le había aplicado el protocolo de aborto no punible y que el legrado ocurrió en las últimas horas del día 12 de enero de 2015; que el fiscal indicó a la Comisaría de El Maitén que, mediante acta de estilo, se retiren las muestras biológicas del Hospital de esa localidad.

Pese a todo esto, el juez igualmente resolvió autorizar la toma de muestras solicitadas, dar intervención al cuerpo médico forense e instar a que se fije lugar y fecha en que se llevara a cabo la diligencia.

De éste derrotero del trámite se impone efectuar reproche con cierta vehemencia, principalmente en cuanto a la falta de remisión que merece un pedido como el instado por el fiscal al juez penal, mediante el organismo encargado de su asistencia como lo es la Oficina Judicial; máxime que fue remitido vía electrónica dentro del horario de atención al público.

Las opciones posibles de la irregularidad pueden pasar por no haberse controlado la recepción en la bandeja de entrada de la oficina judicial, o bien haberse minimizado su importancia, postergando su trámite hasta el primer día hábil siguiente. A cualquiera de estas posibles incidencias o acaso otras que hayan ocurrido en la sede administrativa, tampoco ayudó la falta de

diligencia del fiscal general solicitante, en seguir y reclamar el proceso de su propia solicitud. Recién cuando el lunes 12 el juez le requirió mayores precisiones para proveer, el fiscal con una aparente falta de interés en la resolución de su pedido, dio cuenta al magistrado del letargo ya acaecido el día anterior, y que ordenó directamente el retiro de las muestras que, se interpreta, ya habían sido tomadas. Por ello la orden del juez devino, en esa instancia, en abstracta.

Estas circunstancias sin dudas merecen ser comunicadas a los efectos que se estimen corresponder a los superiores de la Oficina Judicial y del fiscal general actuante, puesto que concreta y seriamente han comprometido el desarrollo de un proceso tan sensible como lo es el que se viene revisando.

3.1.4. Ahora bien, pese a esta incuestionable irregularidad, como bien dijo la doctora Nelly Garcia en esta sentencia, no toda desprolijidad o irregularidad afecta el derecho de defensa en juicio.

Los magistrados han sido puntillosos en el análisis del caso, ponderaron quirúrgicamente el desarrollo de los acontecimientos y otorgaron el peso que corresponde a los dichos de los testigos. Con ellos coincido.

Los jueces se adentraron en las particularidades del evento referido al aborto no punible, que correctamente circunscribieron en los tiempos y la lógica de la medicina, y no del proceso penal. De ello existió plena coincidencia entre los jueces (juez Dal Verme, primer párrafo de foja 90, Colabelli, segundo párrafo de foja 104 vuelta, y jueza Rodríguez tercer y cuarto párrafo de foja 117, todos de la carpeta judicial).

Por todo lo dicho, sin que se haya probado concretamente el perjuicio ocasionado, ni de qué manera se. afectó el derecho de defensa, sumado a la falta de observación negativa del perito B. en cuanto al perfil de la victima e, incluso, la falta de agravio de la defensa en este aspecto, me determinan a compartir con los magistrados del tribunal A-Quo su decisión, votando en consecuencia por el rechazo del agravio de la defensa.

3.2 Respecto a la denunciada alteración en la cadena de custodia, destaco nuevamente la labor de los juzgadores de haber sido cautos y agudos al momento de valorar las pruebas producidas en el debate, de la cual dedujeron que la cadena de custodia no ha sido violentada.

Los integrantes del cuerpo jurisdiccional analizaron la prueba testimonial y la prueba documental producida en el juicio, a fin de poder con ello reconstruir las diligencias que rodearon

las tareas de toma y preservación de las muestras, y el itinerario recorrido a posteriori.

Los tres jueces ponderaron para ello las declaraciones testimoniales prestadas por la Dra. P. R., el Oficial C., el Comisario V. O. V. y el Dr. N. B.

De la médica P. R., el juez Dal Verme lo ponderó en su voto a partir del cuarto párrafo de foja 90, el juez Colabelli a foja 104/vuelta, y la juez Rodríguez a partir del cuarto- párrafo de su voto, obrante a foja 117 vuelta. Coincidieron en destacar que la galeno fue quien aplicó el protocolo de aborto, quien tomó las muestras biológicas, las preservó, guardó, ensobró, cerró y entregó a la policía, previo resguardado del material en la heladera del hospital.

Del testimonio del oficial Inspector G. S. C., tuvieron en cuenta los jueces el acta de fecha 14 de enero de 2015 (obrante a foja 22 del legajo de prueba fiscal), por la que se documentó el retiro de las muestras efectuado por este testigo del Hospital Sub Zonal de El Maitén, recibido de parte de la Dra. M. B., consistente en un sobre cerrado con una reseña que decía que había en él una muestra de embrión para ADN, muestra que estuvo refrigerada y producido por la Dra. P. R. a la menor M. L. M.. Dicha acta fue suscripta por la Dra. B., por el mismo testigo C. y por una testigo de actuación, la señora A. Q., que no fue citada por la defensa (ver voto de Dal Verme a foja 90, penúltimo párrafo, Colabelli ultimo párrafo de foja 104 vuelta, y Rodríguez en el antepenúltimo párrafo de foja 117 vuelta de la carpeta).

Del ex Jefe de la Comisaría de El Maitén, Comisario Inspector V. O. V., su declaración fue confirmatoria del retiro del hospital de las muestras por parte de C., de su resguardo en la heladera de la comisaría, y de su remisión a la oficina de secuestros dependiente de la oficina judicial, cumpliendo con ello los protocolos de custodia y mantenimiento de la cadena de frió, como indican concretamente los doctores Colabelli y Rodríguez en sus respectivos votos.

Cierra el periplo la valoración que hicieron los jueces de las aseveraciones del doctor N. G. B., director del Laboratorio de Biología Molecular perteneciente al Centro Nacional Patagónico (CENPAT), comisionado para la pericia genética. En su declaración dijo que las muestras que le fueran remitidas, las recibió como normalmente recibe mediante transporte Mar y Valle, que los sobres estaban cerrados y rotulados, y que cuando los abrió estaba presente el licenciado Luciano Real y no advirtieron irregularidades.

Como vemos, los juzgadores han seguido acabadamente las constancias probatorias que llevaron el trámite previo a la pericia de ADN y, como directamente sostiene el juez Dal Verme, la defensa no ha podido probar algún quiebre en la cadena de custodia que posibilite dudar de que el material peritado no fuera el mismo que se secuestrara en el Hospital de El Maitén.

Pese a que, como ya vimos, no existió notificación previa al imputado y su defensa, de los detalles de la toma de muestras efectuada como hubiera correspondido, por la urgencia que el protocolo de aborto no punible impone a los médicos, no solo se acreditó que la diligencia ha sido correctamente efectuada, sino que es posible afirmar que las muestras recolectadas en el Hospital de El Maitén fueron las mismas sobre las que realizaron el estudio los profesionales del CENPAT.

Respecto de esto también mi voto se orienta por la onfirmación de la resolución jurisdiccional.

3.3 Pasemos ahora al último agravio, referido a la falta de notificación de la continuidad de la Pericia de ADN.

La experticia autorizada, tuvo fecha de inicio que ha sido notificada al imputado y su defensa por la fiscalía: la del 11 de marzo, a partir de las 13.30 horas en la sede del CENPAT, por parte del Dr. B..

Sin que se opusieran a la misma, observen o insten la ampliación de los puntos periciales u ofrecieran perito de parte, en la referida fecha se dio inicio a la tarea.

Sin embargo, luego de una ineficiente labor, lamentablemente reiterada en al menos tres oportunidades, las subsiguientes tomas de hisopado salival del imputado suspendieron la ejecución de las tareas periciales hasta que por fin la ultima permitió su continuidad y llegar a las conclusiones que obran en el informe atacado.

Los magistrados han estimado que la toma de esas muestras, por parte de G., evidencia sin dudas que sabía de las contingencias de la pericia, que estuvo en todo momento asesorado por lo que, siendo evidente que contaba con toda la información necesaria para poder participar de la experticia si así lo hubiese deseado, la nulidad no correspondía ser dictada.

Coincido con los jueces y votaré por confirmar esta decisión.

Creo que no estamos en presencia de una pericia que comenzó a ejecutarse y terminó, sin resultados, y en donde una nueva fecha de comienzo hubiera tenido que notificarse para garantizar el control del encartado. Tengo para mi que estamos ante una pericia que tuvo su comienzo en la fecha que se notificó, y que quedó suspendida por la eventualidad de falta de aptitud de las

muestras tomadas del imputado por lo que, cuando se logró remitir las que finalmente sirvieron, la experticia pudo salir de esa suspensión, continuarse y finalizarse.

Y asiste razón a los sentenciantes en que es evidente que R. G. conocía de esta suspensión y contingencia, desde el mismo momento en que concurrió cuatro veces más, para que puedan extraerse de él las muestras para el cotejo.

Si bien no dirime la cuestión, como dictaminaron los magistrados, el hecho de que no haya concurrido, en la fecha de inicio de la pericia, al lugar y ante quien la haría, sí dirime el hecho que, desde el inicio y hasta su culminación, G. pudo efectuar, concreta y efectivamente, cuanta actividad de control desease sobre la pericia.

La defensa se limitó a indicar la falta de notificaciones formales que, reitero, en realidad se refieren a una continuidad de las labores profesionales y no a la de un nuevo inicio. Lo que correctamente consideraron los jueces, es que no hubo un agravio concreto circunscripto a una posibilidad de control vedado al pretenso sobre el curso que llevaba la prueba, violentada por la ausencia de notificación.

En este orden de ideas, entiendo que no es posible suponer que el señor R. G. compareciera correcta y voluntariamente cada una de las veces que fuera convocado, para abrir su boca facilitando la tarea de hisopado salival, incluso firmando un acta en cada oportunidad, y desconociera que ello se vinculaba con la pericia genética que se venía llevando a cabo.

El juez Dal Verme, sobre este punto, ponderó los dichos del oficial C. cuando describió cómo se llevaron a cabo estas diligencias y sobre el conocimiento que tenía G. del objeto del estudio, al momento de la obtención de nuevos hisopados bucales. También consideró que hubo un Juez penal en el proceso ante quién pudo válidamente acudir para que asegurara, a la defensa, cualquier menoscabo de sus derechos y no lo hizo, motivo por el cual *"... no puede luego valerse de su inacción para invalidar una prueba que consintió, ya que en su momento, pudo fácilmente sanear los vicios que ahora reclama..." (ver foja 91 vuelta, segundo párrafo)* .

El juez Colabelli destaca que la defensa no atacó el contenido de la pericia ni sus conclusiones, solo la formalidad de la falta de una comunicación (foja 106, sexto párrafo}; que no advierte la conculcación de derecho o garantía constitucional alguna, sino

"...un

alzamiento contra las conclusiones periciales que no le han resultado favorable sin haber producido otra que contrarreste...". Agrega la doctora Rodríguez que acaso si hubiera sido designado un consulto técnico por parte del imputado, la exigencia de notificación podría haber tenido otra entidad; mas no habiendo sido éste el caso, coincide con sus colegas en el tratamiento del planteo (ver fojas 119).

4. En nuestro marco constitucional no se admite una sentencia que se funde en la llamada libre o intima convicción, sino que se exige como requisito de racionalidad, que se halle debidamente fundada y que sea reconocible el razonamiento del j uez.

Ello asi, me enfilo en el pensamiento que considera que la motivación de los jueces de sus sentencias, quedan vinculados directamente con el derecho del imputado a recurrir su condena, y que ella es la materia prima de la labor de los jueces revisores. La garantia de posibilidad de revisión de la condena por un Tribunal Superior tiene clara vinculación con este pensamiento.

Tengo para mí que los jueces del debate que redactaron la sentencia revisada en esta Cámara Penal, dieron plausibles y razonables de su decisión.

Que los fundamentos basados en las pruebas producidas en el debate, no resultan teñidas de arbitrariedad o error manifiesto que me impongan adentrarme, sin agravios expresos, a otros puntos no contenidos en la impugnación, bajo riesgo de violentar las reglas del acusatorio, adversariedad y la contradicción del proceso penal.

Sobre este tema, el juez Garcia voto en disidencia en el caso "Baliño Marcelo Andrés s/ Recurso de Casación", CFCP, sala IV, 20/2/09, señaló que el recurso de casación (vale sus conclusiones para nuestro recurso de impugnación ordinaria) no implica un nuevo juicio de mérito sobre la prueba, sino un juicio sobre los argumentos mediante los cuales se fundó la valoración de la prueba. El tribunal extralimitaría su competencia si acude a elementos no considerados en el debate. Específicamente dijo que *"...la revisión de la sentencia no puede extralimitarse recurriendo a otros elementos de convicción no propuestos, ni admitidos, ni producidos en el debate por alguna de las vías legales."*, agregando luego que si esto ocurriese, se *desnaturaliza la jurisdicción de revisión en casación, y si estos elementos son introducidos y valorados por primera vez en esta instancia, sin via legal que lo autorice, se afecta también la regularidad del proceso (...) con riesgo de evaluar*

arbitrariamente medios de prueba a los que no puede accederse con la plenitud que permiten los postulados de la inmediación...".

Por todo lo dicho, me inclino por la confirmación de la sentencia y el rechazo del recurso con costas al imputado.

Así voto.

Por todo lo expuesto, la Cámara en lo Penal, con asiento en la ciudad de Esquel,

RESUELVE:

1. - CONFIRMAR en todos sus términos la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Hernán Dal Verme, José Oscar Colabelli y Anabel Rodríguez, con fecha 11 de abril de 2016, registrada con el Nro. 552-2016 y la CONDENA a diez años de prisión de cumplimiento efectivo del señor R. G., cuyos datos personales se consignan en los presentes actuados, por el delito de ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE RESPECTO DE UN MENOR DE 18 AÑOS, (arts. 45, 119 I°, 3° y 4° párrafo inc. f del Código Penal), con costas, en perjuicio de la menor L. M. M. C., por los hechos ocurridos en el ejido de la Localidad de El Maiten, provincia del Chubut, entre los meses de noviembre y diciembre de 2014.

2. - REGULAR los honorarios de los defensores particulares, en forma conjunta, Dres. H. C. y D. M., en un treinta por ciento de los regulados en primera instancia.

3. - TENER presente la reserva del caso federal efectuada
por la Defensa.

4. - SOLICITAR, al señor Director de la OFIJU, Dr. R. B., inicie las actuaciones administrativas correspondientes, en virtud de la gravedad de los hechos investigados -un caso de un aborto no punible a una menor de trece años- a fin de establecer el motivo de la demora de casi setenta y dos horas, en la remisión de las solicitudes jurisdiccionales al Juez, (allanamiento y solicitud de muestras biológicas al feto) que fueran enviadas por correo
electrónico por el MPF a la OFIJU, determinar las responsabilidades individuales y en caso de corresponder, aplicar las sanciones que correspondan. Se remitirá copia de la solicitud a la Presidencia del Superior Tribunal de Justicia. Líbrense los Oficios correspondientes.

4. Remitir a la Señora Jefa del Ministerio Público Fiscal de Esquel Dra. María Bottini y al Señor Procurador General de la Provincia, Dr. Jorge Luis Miquelarena, copia

de la presente sentencia, a fin de ponerlos en conocimientos, de las irregularidades advertidas en la actividad del MPF, a fin de que adopten las medidas que sean necesarias para evitar su reiteración. Líbrense los oficios correspondientes.

5. - Se deja constancia que el Dr. Adrián Barrios, remitió su voto, por correo electrónico, con firma digital, sin perjuicio de la suscripción material oportuna.

6. - Regístrese y notifíquese.

7. – Vuelva a la OFIJU a sus efectos.

Fdo.: Carina P. Estefanía. Adrián Barrios. Nelly García.
REGISTRADO BAJO EL N° 1202 AÑO 2016