



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Rawson, capital de la Provincia del Chubut, a los seis días del mes de junio del año dos mil dieciséis, se reunieron en Acuerdo los miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Jorge Pflieger, D. Alejandro Rebagliati Russell y Alejandro Javier Panizzi, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados "**A., E. D. s/ p.s.a. Abuso sexual simple agravado.. víctima M. M. S. - SARMIENTO-**" (Expediente N° 100057 - Folio 1 - Año 2015 - Letra "A" - Carpeta Judicial N° 1255).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo practicado a fojas 181:

Panizzi, Rebagliati Russell y Pflieger.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Contra la sentencia número 281 del año 2015 del Tribunal Unipersonal de Sarmiento, que absolvió a E. D. A. en orden al delito de abuso sexual simple, agravado por haber sido cometido contra una menor de edad, aprovechando la situación de convivencia preexistente, la Fiscala General de aquella ciudad, dedujo impugnación extraordinaria por ante esta instancia (hojas 148 a 158).

II. La acusación pública refirió los hechos, de la siguiente manera: "Son los tocamientos corporales impúdicos que sufrió M. S. M., de 18 años de edad actualmente, por parte de la ex pareja de su madre, E. D. A.. Estas conductas se realizaban en el domicilio familiar, durante la noche, entre las 00:00 y 04:00 horas aproximadamente, cuando el resto de los miembros del grupo familiar se encontraba descansando. Estas acciones se iniciaron en el año 2003, cuando M. tenía 7 años aproximadamente y vivía con su familia en la calle Rivadavia N° 941 de esta ciudad de Sarmiento. Que en el año 2007, cuando M. S. M. tenía 11 años aproximadamente, se mudaron a la vivienda ubicada en esta ciudad, lugar donde las conductas atribuidas al imputado se siguieron repitiendo. Que el día 28 de mayo de 2009, M. S. M. recibió en su casilla de correo electrónico un mensaje con claro contenido sexual, enviado mediante su cuenta de Facebook por D. A. Que en el año 2011, M. S. M. le relató a su madre lo que le había pasado, quien formalizó la denuncia e instó la acción penal".

III. Como anoté más arriba, el recurso de la titular de la vindicta pública fue desarrollado entre las páginas 148 a 158.

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

La fiscal general Laura Castagno alegó a favor de su legitimación para impugnar, en orden a lo dispuesto en el artículo 378, inciso 2° del ceremonial. Explicó que sorteaba el límite objetivo impuesto por la norma en tanto había requerido para el incuso una pena condenatoria de más de tres años de prisión.

También fundó su recurso en las disposiciones del artículo 373, incisos 1° a 3° del Código Procesal Penal toda vez que -a su entender- el pronunciamiento carecía de fundamentación, incurría en conclusiones arbitrarias y aplicaba erróneamente la ley de fondo.

A renglón seguido, anotó la preocupación acerca de la aplicación de la nueva doctrina sentada por la Cámara en lo Penal de Comodoro Rivadavia en la causa "*P., M. H. s/ p.s.a. de Abuso Sexual*" (sentencia del 26/3/2014), mediante la cual la Alzada decidió que se afectaba severamente el derecho de defensa al haberse realizado la Cámara Gesell con anterioridad a la apertura de la investigación. Sostuvo que la nueva jurisprudencia aparejaba una evidente gravedad institucional.

En otro apartado, refirió los antecedentes del caso, informando que luego de la denuncia

formulada por el Asesor de Menores Subrogante, se adoptaron diferentes medidas de investigación, entre las que se recibió la declaración de la menor, como testimonio especial y anticipo jurisdiccional. Explicó, a continuación, que al realizarse la audiencia preliminar ni el defensor ni el imputado se opusieron al testimonio prestado por la víctima bajo aquella modalidad, ni a la recepción del de la Psicóloga Forense. Señaló que en el debate, el abogado del incuso planteó la nulidad de aquella declaración y del testimonio de la licenciada Sánchez, alegando que se trataba de prueba obtenida ilegalmente. Manifestó que el juez Rosales, admitió la nulidad planteada y absolvió a A., por orfandad probatoria.

A continuación, se detuvo en los agravios que le ocasionaba el pronunciamiento. Expuso que la decisión jurisdiccional inobservaba el derecho a la tutela efectiva de la víctima.

Indicó que la declaración de la víctima se realizó con anterioridad al fallo "P.", resuelto por la Cámara en lo Penal, e indicó que en este trámite, a diferencia del precedente citado, durante la realización de la Cámara Gesell se encontraban el imputado y su defensora oficial, quien intervino mediante el sistema de

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

videoconferencia desde la ciudad de Comodoro Rivadavia.

Señaló que el artículo 193 del Código Procesal Penal no exige que para recibir los testimonios que allí se indican, previamente sea realizada la apertura de la investigación. Además, expresó que el planteo introducido durante el debate resultó extemporáneo ya que, todas las cuestiones relativas a la prueba, deben ser zanjadas durante la etapa preliminar.

Seguidamente, trajo la decisión que rechazó el pedido del fiscal de compeler al atribuido a realizarse el examen mental obligatorio. Explicó que frente a la oposición del defensor porque el fiscal no había solicitado esa diligencia en la audiencia preliminar ni en la etapa de investigación, el juez determinó la preclusión del planteo. De ello derivó que no correspondía declarar la nulidad que el a quo resolvió.

Más adelante, se explayó acerca de la naturaleza de la audiencia de apertura, haciendo hincapié en que se trata de la comunicación de una investigación ya iniciada, donde el juez toma noticia de la actividad del fiscal y, a la par, comunica al atribuido.

///

En otro tramo de su recurso, alegó la violación del derecho de la víctima a una tutela judicial efectiva. Manifestó que requerir la declaración de la ofendida en el debate, la hubiera revictimizado, al hacerle revivir a la joven lo sucedido.

En el final, peticionó la revocación del fallo atacado y la realización de un nuevo debate, que habilite la producción de la prueba autorizada en el auto de apertura a juicio.

IV. Expuestos los antecedentes del caso y los motivos de agravio que impulsaron a la Fiscalía General de Sarmiento, me ocuparé de ellos.

Luego de escuchar los fundamentos del juez Rosales -registrados en el audio "1255 07-042015"- para declarar la nulidad del testimonio vertido en Cámara Gesell, por la joven M. S. M., y de la declaración de la licenciada M. S., y de verificar las constancias de la causa, no advierto la conculcación al derecho de defensa que invocó el magistrado.

En el reverso de la hoja 10 obra la notificación al imputado de la fecha de realización de la Cámara Gesell. Luego, se halla acreditado que éste participó de la diligencia junto a la defensora pública Silvina Sanabria.

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

De esta manera, la aplicación al trámite del criterio adoptado por la Cámara en lo Penal de Comodoro Rivadavia en la causa "P., M. H..." (Sentencia N° 6/2014), aparece inadecuada para este legajo.

Es que, mientras en el antecedente de mención el atribuido no participó de la medida, en el caso bajo examen, D. A. intervino, junto a su abogada oficial. En efecto, el incuso y su abogada pudieron escuchar el testimonio de la víctima, efectuarle preguntas y controlar el acto.

Por otro costado, si bien la audiencia de apertura de la investigación resulta el acto en el cual se hacen conocer al encartado los sucesos que se le endilgan, el ceremonial habilita la realización de actos anteriores, destinados a acopiar elementos para sostener la acusación.

De esta manera, la recepción del testimonio de una víctima en Cámara Gesell, con los recaudos que exige el rito en cuanto a la protección del derecho de defensa, no vulnera garantía constitucional alguna.

Por lo demás, resulta imperativo que los niños declaren una sola vez en todo el proceso judicial, con el objetivo de reducir lo más

posible la tensión del proceso judicial y no revictimizarlos.

Así las cosas, la nulidad decretada resulta arbitraria, desde que sin más se sustentó en un precedente con particularidades propias que no se adecuan a las de este trámite y, además, porque no respondió a un perjuicio real en desmedro de A., es decir, no se indicó el derecho que el atribuido no pudo ejercer ni la defensa que no pudo oponer.

En definitiva, corresponde admitir el remedio articulado y revocar el pronunciamiento traído a consideración.

Así voto.

El juez **D. Alejandro Rebagliati Russell**

dijo:

I. En el voto anterior, el doctor Panizzi expuso con claridad los antecedentes del caso y los argumentos que motivó el recurso presentado por el Ministerio Público Fiscal, por lo que omitiré la reiteración de lo dicho.

II. Agravia al acusador público la decisión del juez penal Alejandro J.G. Rosales que declaró en el curso de la audiencia de debate, la nulidad del testimonio brindado en cámara gessell por la menor M. S. M., y de todos los actos dictados en

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

consecuencia, como la declaración de la Licenciada M. S..

Esta medida el magistrado la adoptó ante el pedido de la defensa y con la oposición del Ministerio Fiscal, quien efectuó reserva de recurrir en impugnación extraordinaria.

Al igual que el primer votante, recurrí al audio que registró la audiencia con el objeto de tomar conocimiento de los fundamentos que dio el juez para extirpar del proceso el testimonio de la menor M..

En dicha tarea pude constatar que la decisión fue precedida por consideraciones a un precedente jurisprudencial de la Cámara Penal de Comodoro Rivadavia, individualizado como "P.". El juez sostuvo que en ese antecedente la Cámara determinó que el acto de apertura de la investigación fija el momento a partir del cual se formaliza el conocimiento de una imputación.

De esta manera, el juez actuante concluye que debe apegarse a la doctrina fijada en el fallo. Para ello afirma que al momento de recibirse la declaración de la víctima el imputado desconocía los hechos que se le reprochaban, y que esta ausencia implicó la imposibilidad de preguntar acerca de ellos. Así, confirmó que se acreditó un

vicio tal que llevó irremediablemente a la declaración de nulidad del acto testimonial.

Entiendo que de una adecuada lectura de los antecedentes, y de un análisis sistemático de nuestro ordenamiento procesal vigente, nos permite iluminar el camino correcto de la cuestión.

En efecto, conforme a las constancias de la causa, surge que el inicio de las actuaciones lo constituye la denuncia radicada ante la Fiscalía por P. Y. B., en representación de su hija menor de edad M. S.. En dicha oportunidad informa acerca de la existencia de actos de abuso sexual cometidos por su pareja, E. D. A., consistentes en manoseos en el cuerpo de la niña.

La denunciante hizo también referencia a una conflictiva familiar preexistente, y que al tiempo de llevarse a cabo el examen en el Hospital Rural, con motivo de los hechos denunciados, A. se habría hecho presente allí para retirar a la menor y de ésta manera imposibilitar la realización del examen médico.

Con posterioridad la Fiscalía solicitó al juez de turno que dispusiera lo pertinente para tomar testimonio a las menores M. S. M. y Brisa Denis A., en el marco de lo dispuesto en los arts.

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

193 y 259 del CPP. A la citada audiencia concurrió el denunciado con asistencia letrada.

Como se ve, los actos llevados a cabo se desarrollaron dentro del periodo de la etapa preparatoria (art. 256 CPP), período en el cual el acusador recolecta elementos de convicción que le permitan establecer una imputación. Este acto, en caso de ser suficiente la prueba reunida, lo concretará al disponer la apertura de la investigación y bajo las formas que impone el art. 274 del rito.

En consecuencia, si la imputación formal es un acto que el fiscal realizará con posterioridad, es evidente que aquella no estará al tiempo de ejecutarse los actos anteriores, pero no por ello resultan inválidos. No hay aquí ningún derecho a la defensa en juicio afectado. Y esto es así, pues el denunciado tuvo oportunidad de asistir, no ya a la imputación formal, sino al más directo y crudo relato que son los dichos de la víctima presuntamente afectada. No se trata de tomar conocimiento de la denuncia, que por cierto la conocía, sino del verdadero reproche que le formulaba la afectada y consistía en manoseos producidos sobre su cuerpo.

///

La facultad de interrogar a la menor acerca de esto estuvo a su disposición, y acatar o no el consejo del profesional que lo asistía, fue también un acto que ejerció a voluntad.

En consecuencia, el fundamento acerca de la necesidad de conocer la imputación previamente a la recepción de un testimonio es inaplicable al caso y su revisión, por parte del juzgador, una extralimitación.

Como dijera, si el testimonio precedió a la apertura de investigación y el control de su necesidad y oportunidad fue llevado a cabo por el juez de la instancia y admitido, además, por el magistrado que llevó a cabo la audiencia preliminar, su cuestionamiento en el debate resulta extemporáneo y carece de fundamento su declaración de nulidad.

La errónea extirpación en el proceso del testimonio de la afectada y el de la Licenciada Sánchez, por aplicación de lo dispuesto en el art. 161 ss y ccs, contaminó el decisorio por el que se absuelve al imputado E. D. A., pues el tribunal dejó de valorar prueba de vital importancia en el caso, tornando de este modo insuficiente y arbitraria su decisión.

Concluyo en concordancia con el primer votante en que debe revocarse la sentencia venida

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

en recurso y ordenarse su reenvío para la realización de un nuevo debate de conformidad a lo aquí resuelto.

Así voto.

El juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Prólogo

a. Es materia de conocimiento por la Sala el recurso extraordinario deducido por el Ministerio Público Fiscal, representado por la doctora Laura Castagno, en desmedro de la sentencia dictada por un Juez Penal de la ciudad de Sarmiento que absolvió a E. D. A. en relación con el delito de abuso sexual simple, agravado por haber sido cometido en contra de una menor de edad y por la situación de convivencia preexistente entre los protagonistas activo y pasivo (art. 119, párrafo 1ro, en función del último párrafo de la citada norma, inciso "f" del Código Penal).

Los agravios están contenidos en el escrito que yace entre las hojas 148 a 158 del legajo y la decisión jurisdiccional ocupa las hojas 136 a 143. La Sala escuchó las proposiciones en la audiencia que se llevó a cabo acorde está documentado en la hoja 179/180.

b. La relación acabada de los antecedentes de la causa, del fallo en crisis y del recurso,

///

ha sido formulada por el señor Ministro que ha liderado el Acuerdo, de manera tal que resulta huera toda agregación de palabras al respecto y, por el contrario, útil a los fines pasar derechamente al tratamiento de la cuestión.

II. La solución del tema.

1. Naturalmente que la opinión coincidente de los distinguidos pares de Sala sellan el destino de esta decisión; el principio democrático que preside la actuación de los Tribunales Colegiados legitima la suficiencia del número para resolver, luego de la necesaria deliberación que aquí ha sucedido.

Sin embargo, es obligación fundamentar la posición de cada uno y de eso me ocuparé en los renglones que siguen.

2. Si como pensamos, el procedimiento penal resulta el camino que han de recorrer los órganos predispuestos del Estado- y los particulares legitimados- para ejercer el poder de acción, y, a la inversa, el imputado para movilizar su capacidad de excepción, todos en procura de lograr una decisión jurisdiccional definitiva, y que ese sendero contiene, para que los cumpla la persecución, modos que no pueden soslayarse bajo la amenaza de quedar fuera del juego, señalaré

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

que en este caso los pasos que se han dado están apegados a la legalidad.

Es que, como bien han dicho mis colegas, no percibo vulneración alguna que autorizara al señor Juez Penal a decretar la nulidad que gravitó en la decisión absolutoria.

3. Si bien la recepción de la testimonial en la Cámara Gesell, luego extirpada, se produjo en tiempos de la averiguación preliminar (art. 268 del C.P.P.) resultan relevantes cuatro circunstancias: a. la obligación impuesta al Ministerio Público de brindar la máxima protección posible a las víctimas, en este caso niños, intentando sustraerlos de una potencial re victimización, b. la realización del interrogatorio con autorización judicial, en el marco del art. 259 del Digesto Adjetivo; venia rigurosamente fundamentada en la providencia dictada por el Juez de Garantías (hoja 10), c. la notificación al incuso que, inmediatamente, pudo administrar sus derechos del modo en que lo consideró más adecuado (ver el reverso de la hoja 10) y d. la realización del acto con la presencia de un Defensor Público designado por el Jefe de la organización en Sarmiento (ver las hojas 14 y 22 del legajo).

///

4. Este estado de cosas resta a la sanción procesal de su causa final: la protección del derecho a confutar la prueba que posee el imputado, que, se insiste, no ha sido vulnerado.

5. En la inevitable tensión que se produce en el proceso contradictorio, aún en sus inicios, los Magistrados han de actuar con cautela.

Pues si su deber es el de vigilar la observación de los derechos del imputado, han de estar atentos a la efectiva lesión y no al mero interés de la Ley; máxime en un supuesto en que la protección se ha materializado por efecto de la decisión de la propia jurisdicción, tal se ha visto.

6. Comparto los conceptos del doctor Rebagliati en lo que atañe a que A. pudo enfrentarse con el relato imputativo a partir del testimonio de la propia víctima, aunque no existiese un acto formal de incriminación previo. Ese detalle fue más que suficiente para realizar su poder de excepción.

III. Epílogo

Voto como mis colegas propiciando la revocación de lo decidido y el reenvío para un nuevo juicio, el que deberá ser organizado con premura por la Oficina Judicial pertinente.

Así me expido y voto.

///



Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

Con lo que culminó el Acuerdo,
pronunciándose la siguiente

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

1°) Declarar procedente la impugnación
extraordinaria interpuesta por la representante
del Ministerio Público Fiscal de Sarmiento
(hojas 148 a 158);

2°) Revocar la sentencia número 281 del año
2015 del Tribunal Unipersonal de aquella ciudad
(folios 136 a 143);

3°) Remitir las presentes actuaciones a la
Oficina Judicial de Sarmiento, a sus efectos; **4°)**
Protocolícese y notifíquese.-

Fdo. Jorge Pflieger-Alejandro Javier Panizzi
D. A. Rebagliati Russell-Ante mi: José A. Ferreyra
Secretario. Registrada bajo el n° 22 del año
2016.-

///