



**Resolución Nro. ochenta y siete /2019.-** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a **los veintitrés días del mes de JULIO de dos mil diecinueve**, el Tribunal de Impugnación conformado por los **Dres. Héctor Rimaro, Federico Augusto Sommer y Liliana Deiub**, bajo la presidencia del segundo nombrado, emite la presente decisión en instancia de impugnación en el caso judicial denominado **"TOLABA DIEGO ANTONIO S/HOMICIDIO DOBLEMENTE CALIFICADO (ART. 80 INC 11 Y 1) (VMA. AGUADO DELIA)"**, identificado como **Legajo MPFNQ 125.912 Año 2018**, en el que figura imputado **DIEGO ANTONIO TOLABA**, DNI Nro. ..., de nacionalidad Argentino, estado civil casado, desocupado, con domicilio en calle ... n° ..., de la ciudad de Neuquén.

En la audiencia prevista por el art. 245 del CPP estuvieron presentes representando al Ministerio Público Fiscal la Dra. María Eugenia Titanti y el Dr. Maximiliano Breide Obeid. Por la Querrela Particular asistió el Dr. Fabián Flores y en Defensa del Imputado Diego Antonio Tolaba, quien se encontraba presente en la

audiencia, concurrieron las Dras. Eliana Lazzarini y Natalia Pelosso.

**A) ANTECEDENTES:** Por resolución del día 26 de Junio del año dos mil diecinueve el Sr. Juez de Garantías, Dr. Diego Piedrabuena, en el marco de la audiencia celebrada en los términos del art. 168 del CPPN, hizo lugar a la exclusión probatoria solicitada por la defensa del imputado Diego Antonio Tolaba, y dispuso declarar nulidades y excluir pruebas en el Juicio por Jurados que se admitiera para el juzgamiento del hecho de referencia. Esta decisión fue impugnada tanto por el Ministerio Público Fiscal como por la parte querellante, y dicha impugnación fue declarada admisible por este Tribunal de Impugnación en la audiencia celebrada el día 15 de Julio pasado.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria- del Código Procesal Penal, se pone a consideración, luego de haber sido resuelta en forma verbal la admisibilidad de la impugnación, la cuestión vinculada con la solución de fondo a adoptar.

**I.- PRIMER AGRAVIO.**

En primer término, las partes acusadoras se agraviaron por la exclusión probatoria de la segunda

Cámara Gesell que prestara como anticipo jurisdiccional de prueba la niña E. T. y de los actos posteriores a este acto procesal.

Las acusadoras basaron su línea argumentativa fundamentalmente en que el caso a dirimir por el Jurado Popular es el homicidio de una mujer a manos de su ex pareja y padre de sus tres hijos, y que dicho caso de femicidio torna aplicable un específico marco normativo local e internacional. En tal sentido, sostuvieron una flexibilización de los estándares probatorios en estos casos, a fin de desalentar el sesgo discriminatorio o una visión estereotipada o prejuiciosa del proceso.

Sostuvieron que la segunda Cámara Gesell mediante la cual se escuchó a la hija del imputado prestar su testimonio en el mes marzo de 2019 (acto procesal que previa controversia había sido autorizado por el Dr. Gustavo Ravizzoli) fue excluida junto a toda la información que de esta se derive, como ser informes y análisis de las profesionales intervinientes, o toda referencia directa o indirecta durante el juicio de lo que en ella ha surgido.

En su oportunidad la defensa remarca que en la audiencia ante el Juez Piedrabuena las acusadoras omitieron informar lo que realizan en esta audiencia, que la niña fue testigo de los momentos anteriores y

posteriores a la desaparición de su madre. Que por otro lado no se le dio al Juez alternativas en relación a limitar la exhibición de la entrevista de la niña, lo que remarca que indudablemente la intención de esas partes era afectar la credibilidad del principal testigo de la defensa. Insiste en recordar que nunca mencionaron que la niña se referiría a un contexto de violencia de género y por otro lado remarcan que la niña ya fue oída en la primer Cámara Gesell que fue receptada, por lo que peticionan que se confirme la exclusión dispuesta por el Magistrado Piedrabuena.

Aclarados los puntos en conflicto cabe remarcar que no compartimos con las recurrentes que el magistrado haya incurrido en una interpretación errada del principio general receptado en la Regla 403 del Código de Evidencia de Puerto Rico. Por el contrario, aquella circunstancia develada en el marco de dicha entrevista y referida a que la menor fue víctima de un hecho de abuso sexual cometido por el ciudadano R., quien resulta testigo ofrecido por la Defensa del imputado Tolaba (y admitido por el Juez de Garantías), configura una circunstancia relevante que debía ser ponderada y litigada en aquella audiencia. En tal sentido, este extremo fáctico referido por la menor se encuentra lejos de apuntar a

probar las teorías del caso de las partes acusadoras y se encuentra mucho más cerca de querer mostrar a un testigo de descargo y, consecuentemente, al imputado envuelto en un hecho que por su naturaleza resulta muy infamante y capaz de generar un gran perjuicio indebido en el jurado popular, que sin dudas, supera ampliamente al valor para probar las teorías del caso que las partes recurrentes sostendrán en juicio.

En principio, con esta información y la litigación desarrollada en aquella audiencia, la exclusión del hecho de abuso sexual infantil que refieren las partes recurrentes lejos de menospreciar el relato que la misma víctima brinda acerca de las circunstancias del hecho de homicidio calificado por el que se acusa a Diego Tolaba, procura evitar producir prueba que puede generar perjuicio al jurado popular y contaminar el proceso penal y quizás un eventual motivo de agravio ante el supuesto de un veredicto de culpabilidad. No cabe duda que las manifestaciones de abuso sexual infantil referidas en parte de aquel testimonio prestado por E. T., pero en el marco del juzgamiento de un caso femicidio, y en que el autor del hecho contra la integridad sexual de la hija menor de la víctima fatal del hecho es un testigo de descargo del

acusado del femicidio, torna de aplicación al caso aquella regla de evidencia.

No obstante ello, adelantamos que haremos lugar parcialmente al motivo de agravio alegado por las partes recurrentes por cuanto si bien resulta correctamente aplicable al caso aquella regla de exclusión probatoria, resulta excesivo el alcance de aquella aplicación. Ello así, por cuanto además de las manifestaciones referidas a un hecho de abuso sexual que habría sido cometido por el testigo de descargo R., también el magistrado ha extendido de modo irrazonable exclusión de aquella evidencia relevante y pertinente a las manifestaciones que no resultan alcanzadas por aquel "prejuicio indebido" y que se refieren al contexto de violencia de género en el que ella misma vivía junto a víctima e imputado.

En suma, queda claro que el prejuicio indebido fue indicado por las mismas partes y la exclusión probatoria sólo debe circunscribirse a lo referido por la testigo en referencia al hecho de abuso sexual por un testigo que habrá de deponer ante el jurado popular, y no a la restantes manifestaciones que en todo caso, sólo resulta información de cargo perjudicial a los intereses del imputado pero que no incurren en el supuesto de perjuicio indebido. En cuanto al análisis de esta regla de exclusión

probatoria o regla de evidencia, tiene dicho la doctrina jurisprudencial que para ser excluida, la evidencia pertinente debe ser no solamente perjudicial, sino injustamente perjudicial, y que tal perjuicio no solamente debe superar su valor probatorio, sino superarlo sustancialmente.

En el caso que nos ocupa, el Magistrado aplicó correctamente la regla de exclusión de prueba de información "pertinente" -y por ende en principio probatoriamente "admisible"-, por cuanto contiene en parte de ella una importante carga emocional, de modo tal que implica un riesgo cierto de perjuicio producto de la influencia que ejercería esa información sensible sobre la toma de la decisión final y valoración de la credibilidad del testigo de descargo. Sin embargo, extendió de modo irrazonable el alcance de la regla de evidencia y principio de derecho probatorio cuando excluyó la totalidad de la evidencia con base en el presunto perjuicio que esa declaración podría tener sobre la credibilidad del testigo de la Defensa, cuando el relato video-filmado tiene mayor intensidad y extensión temporal con el objeto del juicio a celebrarse que con la credibilidad o prueba de carácter del testigo de descargo.

Se ha establecido respecto del "estándar probatorio de la duda razonable", en que para evitar una decisión que sea eminentemente subjetiva, y en particular en un caso que será juzgado por jurados populares que, necesariamente, debe disponerse la exclusión de este tipo de información frente al riesgo de prejuicio.

En respuesta a la queja de las recurrentes respecto de la validez de la interpretación propiciada por el Dr. Piedrabuena, debemos referir que junto a los principios del derecho probatorio, también la normativa adjetiva local sustenta la exclusión de este tipo de pruebas con mayor ámbito de aplicación en el proceso de juicios por jurados. Compartimos que contrariamente a la interpretación que formulan las quejosas, el citado art. 171 del Código Procesal Penal del Neuquén establece tal regla de evidencia al establecer que "La prueba "relevante" o "pertinente" debe ser admitida, en la medida que resulte "útil" para el descubrimiento de la verdad" (los destacados en comillas nos pertenecen). Ahora, cuando existe prueba que si bien es "relevante" para la decisión del caso, y sin embargo, puede provocar un perjuicio indebido por el riesgo cierto de influir sobre los decisores de "hechos", deja de ser "útil" para el descubrimiento de la verdad del proceso, al introducir factores que el propio "estándar la duda

razonable" descarta como son las emociones y sentimientos. En el caso, haciendo ese balance de intereses, no se alegó debidamente la necesidad que tienen las partes proponentes de que se admita la totalidad de la evidencia controvertida, ni tampoco resulta la única prueba disponible sobre un aspecto esencial de la controversia, sino que muestra unos hechos altamente impresionables o perjudiciales que fueron debidamente ponderados por el Juez de Garantías conforme la normativa local y principios generales de derecho probatorio.

Ahora bien, la parte de información prejuiciosa que las acusadores pretenden introducir al juicio por jurados mediante la testigo -y víctima en aquel fragmento del relato- tiene poco peso o poca importancia para el caso de femicidio, frente al factor de riesgo de perjuicio en la credibilidad del testigo de descargo. Conforme las reglas de evidencia aplicadas por el magistrado y citadas por el propio Ministerio Público Fiscal en su recurso, evidencia pertinente es aquella que tiende a hacer la existencia del hecho más probable de lo que sería sin tal evidencia, e incluye incluso la evidencia que sirve para impugnar o sostener la credibilidad de un testigo (Regla 401 del Código de Evidencia de Puerto Rico). Pero como venimos delineando, aquello no implica que

resulte automáticamente admisible, ya que evidencia pertinente puede ser excluida cuando su valor probatorio queda superado sustancialmente por el riesgo de causar perjuicio o perjuicio indebido (Regla 403 del Código de Evidencia de Puerto Rico). Las partes acusadoras no han argumentado ante el Juez de Garantías cuán útil resultaría para el Jurado Popular aquella parte de la información - abuso sexual infantil que tiene como autor al testigo de descargo del acusado y como víctima a la hija menor de la víctima del femicidio- en marco de un hecho de estas características. Claramente aquel fragmento no es necesario, o al menos, esto no pudo tampoco ser explicado por las impugnantes en la audiencia celebrada.

La información de abuso sexual que tiene por víctima a E. T. y que se pretenden introducir por las acusadoras, presenta un claro peligro de producir un riesgo indebido, por lo que corresponde revocar parcialmente la decisión y disponer la exclusión de la evidencia solo en lo referido a aquella información con riesgo de crear perjuicio indebido al jurado popular convocado para un caso de homicidio en el marco de violencia de género.

En segundo término, la procedencia parcial del motivo de agravio se fundamenta además en que

no se comparte el razonamiento del juzgador en justificar la exclusión de la totalidad de la Cámara Gesell video-filmada con base en que los litigantes no le propusieron suprimir la parte que refiere a esta circunstancia reseñada. En tal sentido, la regla de exclusión de prueba prejuiciosa sólo puede limitarse a la información que contiene tal carácter más no la parte restante de la evidencia, debiendo ser carga procesal de las partes acusadoras limitar su reproducción y excluir aquella información reseñada que no resulta útil para dilucidar la verdad en el juicio por jurados a celebrarse.

Por ello, concluimos que esta Sala del Tribunal de Impugnación habrá de hacer lugar parcialmente al referido motivo de impugnación y en consecuencia, revocar parcialmente la resolución en crisis por las razones expuestas, disponiendo la admisibilidad parcial de la evidencia consistente en aquel anticipo jurisdiccional de prueba, con exclusión de la parte pertinente en que se realizan las manifestaciones en contra del testigo R., siendo a cargo de las acusadoras el fiel cumplimiento de la parcial exclusión probatoria que se confirma en el presente decisorio (art. 171 del C.P.P.N.).

**SEGUNDO AGRAVIO:**

Exclusión del primer registro realizado en el vehículo Volkswagen Gol, modelo Country, dominio ... .. y los actos consecuentes: registro posterior, secuestros y pruebas que son derivación del registro originario.

Los fundamentos de las partes -en apretada síntesis- dados en audiencia de impugnación fueron los siguientes:

La Fiscalía sostuvo que el Dr. Piedrabuena asimiló registro automotor a allanamiento de morada y que esto es un error, porque el legislador los reguló de manera diferente.

Por otro lado remarcó dos extremos: que no existía imputado al tiempo que se produjo el primer ingreso al habitáculo del automotor y que el vehículo era de la víctima (Sra. Delia Aguado).

El Sr. Juez de Control de Acusación entendió que con el primer ingreso se violó la garantía de la intimidad de domicilio y, la Fiscalía, preguntó de quién?, si la Sra. yacía muerta en el interior o cercanías del vehículo.

Debe considerarse la situación gestada en ese momento, no ex post; después se supo que el Sr. Tolaba también era dueño.

El Sr. Juez de garantías extendió la exclusión también a actos posteriores, pero el vehículo se precintó debidamente y se colocó cadena de custodia. Estando en estas condiciones y ante la necesidad de ingresar nuevamente al rodado, el 5 de Diciembre se solicitó orden de requisa y el Juez la expidió. A consecuencia de ese acto se procuraron manchas hemáticas, se obtuvieron hisopados y se extrajeron fotos. Se desprende de este registro el informe de ADN efectuado por la Lic. Vanelli Rey, el cual es medular para excluir presencia de rastros de una tercera persona (es decir, distinta a víctima y presunto victimario).

El Juez excluyó todo basado por vulneración a la intimidad.

Ello es un exceso o ¿acaso no se ingresa ordinariamente en un primer instante al domicilio de una víctima muerta, sin orden de allanamiento?.

Debe tenerse presente que el vehículo era tanto de Delia como del imputado; éste denunció que Delia se había ido con el vehículo familiar.

La trazabilidad del vehículo surge de la cadena de custodia; en el único lugar donde no consta el número es en el acta de procedimiento, pero esto es salvable con las actuaciones labradas posteriormente.

En estas condiciones, cabe concluir que se declaró la nulidad por la nulidad misma.

A su turno, la Querrela Particular adhirió y efectuó manifestaciones en la misma línea.

Por su parte, la Defensa comenzó solicitando se escuchen los argumentos de las partes vertidos en la audiencia de control de acusación.

Las acusadoras sostienen, para minimizar la exigencia de orden de registro, que se ingresó en el lugar del hecho a un vehículo que estaba con la puerta abierta, pero sabía la Fiscalía que el automotor era de propiedad del imputado. Tolaba denunció a las 08.10 hs. que ella se fue con "mi automóvil" y éste apareció alrededor del mediodía.

Por otra parte, del acta de procedimiento se desprende que el automotor Volkswagen fue trasladado en una grúa sin cadena de custodia; recién esa cadena surge de una planilla confeccionada cinco días después.

Hoy la Fiscalía trae una nueva prueba, porque la mentada planilla "saneadora" no está ofrecida como prueba.

El Juez Piedrabuena no decidió sobre esa prueba.

Existe un Manual de Procedimiento a aplicar que permite asegurar la trazabilidad (Res. N° 9/18 del MPF).

La segunda requisita se produjo el 20/12/18.

La Dra. Pelosso agregó que no se trata de una declaración de nulidad por la nulidad misma. Las garantías constitucionales están para resguardo no sólo de personas imputadas sino de todos los ciudadanos; de allí la importancia de la cadena de custodia.

. Reseñadas las posturas de las partes cabe preguntarse entonces ¿Cuáles fueron los fundamentos del Juez de Garantías para declarar la exclusión?:

Refirió que la Defensa propició la exclusión del registro automotor por dos razones: 1) carecer la requisita de autorización judicial y no obrar causa de justificación alguna para proceder sin su existencia, con lo cual toda la prueba que se derive debe ser también excluida y, 2) porque la cadena de custodia sobre el automotor se hizo después.

En tanto que la Fiscalía y la querrela particular mencionaron que lo que se investigaba era la desaparición de una persona y que encontraron a ésta, sin vida, junto al automotor que pensaban que era de ella.

Asimismo, adunaron que la observación e ingreso al habitáculo del rodado fue al sólo efecto de buscar rastros de ADN. No había imputado y el vehículo fue retirado precintado. El número de cadena de custodia es algo "meramente administrativo" y que su no definición en un primer momento se trató de una "mera omisión". Finalmente, si se afirma que se manipuló el auto debió ofrecerse prueba.

Después el Dr. Piedrabuena, ya dando las razones en las que apoyó su pronunciamiento sobre el punto, expresó que independientemente de que hubiera o no imputado en el momento del hallazgo e ingreso (primero) al rodado, el registro vehicular está equiparado a morada de la persona "porque tiene derecho a excluir a terceros de su interior" y, en consecuencia, debe realizarse con autorización judicial. Sólo puede prescindirse de esa autorización por "circunstancias de necesidad y urgencia" (ej. cuando no se pueda actuar sin que se pierda la prueba).

El automotor es un lugar no público y su ingreso es una medida intrusiva a la libertad personal. En un caso de Río Negro -citó el magistrado de grado- el TSJ de esa provincia falló en el sentido de que no se requiere orden de requisa para una persona en virtud del riesgo que

se correría en el caso que ésta estuviera armada, pero no es igual con un auto; por eso ese Tribunal Superior terminó anulando la requisa del vehículo, lo cual es conteste con el art. 142 del C.P.P.N.; norma ésta que, en su último párrafo menciona que, en cuanto sea posible, se realizará el procedimiento y se cumplirán las formalidades previstas para la requisa personal (art. 137 del C.P.P.N.). Circunstancia que demuestra la similitud de situaciones.

Acá no se discute que el primer ingreso al vehículo fue efectuado sin orden de registro. Normalmente un pedido de éstos se resuelve en el término de tres horas de realizado.

A la pregunta de qué garantía o derecho constitucional se vulnera, la respuesta -acotó- es sencilla: la intimidad. La doctrina equipara lugares.

Corresponde entonces declarar la exclusión del primer registro vehicular y determinar, en función de ello, a qué actos alcanza la exclusión. Para esto hay que hacer una supresión mental de este acto para ver si los demás actos se hubieran cumplido si éste no hubiera existido.

Corresponde la exclusión no por simple formalismo sino porque carecen de la fiabilidad para sustentar una acusación (cfr. arts. 95 y 98 del C.P.P.N.).

Sobre la cadena de custodia hay irregularidades que no permiten sostener la fiabilidad de la prueba, pero resulta ocioso ingresar al tratamiento del punto por la exclusión ya dispuesta.

Así se excluyó la requisita original, todos los actos consecuentes, secuestros y pruebas que de éstos se extrajeron.

Fundamentos y decisión unánime de este Tribunal de Impugnación:

Claramente se advierte que la exclusión del primer registro vehicular y de todo lo obrado en su consecuencia fue solicitado por la Defensa basada en dos argumentos: 1) Violación al derecho a la intimidad y, 2) Irregularidad en la cadena de custodia que afecta la trazabilidad.

. Sobre la argüida violación a la intimidad, más allá de destacar el esfuerzo evidenciado por el juzgador de expresar las razones para fundar su decisión, adelantamos que la exclusión basada en vulneración al derecho a la intimidad es inexacta en función de las "especiales circunstancias" en que la mujer desaparecida y el vehículo en que se desplazaba fueron hallados.

Se comparte -no puede ser de otra manera- que el derecho positivo (constitucional y su regulatorio procesal penal) reconoce a las personas un ámbito de intimidad que sólo puede ceder mediando orden judicial de allanamiento, requisita o de registro (según se trate de inmuebles, personas o medios de transporte -automotor en este caso-), salvo que mediaren circunstancias razonables que permitan excepcionar la regla general. Estamos persuadidos que el presente caso ingresa dentro de ese margen de excepción.

¿Por qué? Porque como sostienen las acusadoras se procuraba encontrar, en base a la denuncia efectuada por Diego Tolaba y a su colaboración (era por entonces un denunciante que acompañaba en el móvil policial a los efectivos de la fuerza con el fin de encontrar a su esposa), una mujer desaparecida que se desplazaría en el vehículo familiar Volkswagen Gol, modelo Country. En horas del mediodía de la jornada en que se radicó la denuncia fue hallada Delia Aguado muerta -conforme el hecho materia de imputación- próxima a la parte trasera del mencionado rodado, el cual estaba en un lugar público con, al menos, una de sus puertas abiertas.

que se La Fiscalía para justificar el primer ingreso nos dijo estaba ante un hecho grave (sin

dudas que lo es encontrar a un ser humano, en este caso a una mujer, muerta en las condiciones referidas) y, además, que la occisa estaba en un lugar abierto de libre acceso junto al vehículo familiar, en el que solía desplazarse.

La Defensa nos refirió que desde hora temprana de ese día se sabía que el auto pertenecía a Tolaba, porque en la denuncia mencionó que Aguado se fue en "mi" vehículo.

El Sr. Juez de Garantías sustentó su decisión en los artículos 142 y 137 del C.P.P.N., este último ante su visión de que el legislador equipara el registro de inmuebles habitados y automotores. A modo de ver de este Tribunal de Impugnación no es exactamente así. El art. 142 sólo menciona que, "en cuanto sea posible", se realizará el procedimiento y se cumplirán las formalidades previstas para la requisa de personas. ¿Y cuáles son esas formalidades?. Pues, según el art. 137 de ese mismo compendio normativo, en lo que resulta aplicable al caso, que se haga en presencia de un testigo ajeno a la institución policial. Y eso se cumplió.

Resulta indiscutible a esta altura que los vehículos automotores están comprendidos dentro de los bienes personales amparados por la garantía que protege el derecho a la intimidad. En función de ello, como principio

general, no es posible requisarlos sin que medie orden escrita de autoridad competente. Principio que cede (es decir que no es absoluto) cuando mediaren causales que ameriten prescindir de la orden en pos de preservar bienes tales como la seguridad pública, el bien común, o derechos consagrados en lo más alto de la pirámide normativa como la tutela judicial efectiva.

En las circunstancias dadas, búsqueda de una persona desaparecida, hallazgo de su cadáver junto al rodado que ella conducía, en un lugar público, con al menos una puerta abierta, con el esposo de la mujer trasladándose con el personal policial en el entendimiento razonable de contribuir a dar con la esposa y el vehículo, no impresiona atinado que deba invalidarse y excluirse el primigenio ingreso célere al rodado en búsqueda de rastros. En el contexto visto no parece estarse ante una invasión desmedida o arbitraria del ámbito de privacidad constitucionalmente protegido.

Adoptada por el Sr. Juez de Garantías su decisión de exclusión, prosiguió su análisis para determinar a qué actos alcanzaba esa determinación. Entonces destacó que debía operar un proceso de supresión mental para clarificar el punto, aunque en realidad esto

era muy simple de precisar a la luz del resultado que arrojó esa primera actividad policial dentro del vehículo.

En efecto, podría avanzarse con mayores fundamentos apuntalados con citas doctrinarias y jurisprudenciales sobre el resguardo al derecho a la intimidad y cuándo éste cede, labor que concluiría en que no se verificó conculcación de derecho a la intimidad porque la mujer estaba fallecida y, el contexto en el que fue encontrado el vehículo -mencionado por Tolaba como medio en el que su mujer se fue y del que pretendía su hallazgo- no llevaba a suponer, por entonces, que tuviera intención de ejercer derecho de exclusión alguno. Pero esa profundización argumentativa resultaría inocua toda vez que existe un dato objetivo, no controvertido, que signa el sentido de nuestra decisión. Concretamente, que el resultado de las medidas efectuadas en el interior del vehículo sin orden judicial de requisa fue negativo, es decir no arrojó nada incriminante hacia el posteriormente imputado.

En otras palabras, en la hipótesis de una transgresión normativa -en los términos acuñados por la Defensa- ningún perjuicio se derivó de dicha supuesta transgresión. Por ende, tal como lo sostuvieron las acusadoras, se trataría de una declaración de nulidad por

la nulidad misma y, consecuentemente, la exclusión probatoria es injustificada.

De otro lado, queda perfectamente claro que el segundo ingreso en el cual se procedió a secuestrar una parte de alfombra para sometimiento a análisis se realizó con orden judicial de requisa vehicular, no dependiendo en nada del primero (al menos no se nos precisó por qué el ingreso ulterior se encontraba alcanzado por la invalidación del registrado el día 30/11/2018 efectuado sin orden en las circunstancias vistas).

Pero dijimos, al principiar el tratamiento de este punto, que la Defensa edificó su pretensión de exclusión en otro argumento: el de registro de irregularidad en la cadena de custodia que afecta la trazabilidad. Concretamente, que el número de cadena de custodia fue puesto después que el vehículo fue trasladado por una grúa, desconociéndose pormenores de lo actuado en derredor (quién lo colocó, cuándo precisamente, etc.), tratando de salvar este déficit las acusadoras con la remisión a constancias de una planilla que no fue ofrecida y cuyo contenido, por tal razón, no podría integrar la información válidamente ingresada en juicio.

La Fiscalía, en este punto, reconoció que el número de cadena de custodia no figura en el acta de

procedimiento, pero que está en otra acta posterior todo el derrotero que siguió el secuestro, con lo cual la omisión resulta perfectamente salvable.

Sentado ello, cabe mencionar la advertencia de un problema nada banal o intrascendente. Que el segundo argumento dado por la Defensa no fue tratado por el Juez de Control de la Acusación. En efecto, consideró "ocioso" expedirse al respecto en función de que la exclusión -según su criterio- operaba por el primer argumento, esto es por la vulneración a la intimidad -inexistente, como ya expresamos-.

Si, como con acierto mencionó la Defensa a lo largo de su intervención en la audiencia de impugnación, la labor de este Tribunal es controlar la decisión impugnada, no podemos soslayar que, desestimada la primera razón dada por el judicante, queda al desnudo la no expedición sobre la mentada irregularidad, lo cual es equiparable a fundamentación omisiva.

En esta situación, cabe colegir qué debe hacer este Tribunal de Impugnación: resolver supliendo el análisis del Sr. Juez de Garantías o nulificar parcialmente la resolución impugnada ordenando reenvío para que sea tratado y resuelto el planteo de modo tal de asegurar

luego, eventualmente, una instancia de revisión o contralor por el órgano pertinente? (Tribunal de Impugnación).

A estar a la clara prescripción del legislador provincial sobre competencia (art. 229 del C.P.P.N.), contenida en el Libro V "Control de las decisiones judiciales", el tribunal a quien corresponde el control de una decisión judicial, sólo será competente en relación a los puntos que motivan los agravios..." y aquí sucede que se está ante una resolución parcialmente inmotivada; no se trató y resolvió sobre un argumento planteado en la audiencia del art. 168 del C.P.P.N. y reeditado en la impugnación. No hay tratamiento ni decisión al respecto. En definitiva, falta el presupuesto para que este órgano de contralor pueda confirmar o revocar la exclusión del registro vehicular y sus consecuentes, al menos sin menoscabar el derecho a la defensa en juicio cercenando una instancia revisora.

Por las razones expuestas, se declarará la nulidad parcial de la resolución impugnada por fundamentación omisiva en relación al concreto planteo vinculado con la cadena de custodia y su posible impacto en la trazabilidad de la evidencia, razón por la cual otro Juez de Garantías (sobre la base de los ofrecimientos probatorios efectuados al tiempo de haberse gestado la

controversia sobre el punto en la audiencia del 25/6/2019) deberá expedirse sobre el particular en audiencia que se fijará al efecto, a la brevedad, por la Oficina Judicial en atención al estado de privación de libertad locomotiva que viene sufriendo el justiciable (arts. 95, 98, 246 y 274 del C.P.P.N.).

**TERCER AGRAVIO.**

Como tercer punto de agravio la Fiscalía se refiere a la exclusión realizada por el Dr. Piedrabuena del testimonio de la Lic. Severini, en su rol de Psicóloga tratante de la niña E. C. T., por considerar que había sido mal relevada del secreto profesional durante las dos entrevistas que había mantenido con la misma en la etapa de investigación. La Fiscalía destaca que el Juez sostuvo que lo que debió haberse hecho fue primero escuchar a la niña para que fuera ella misma la que pudiera relevar a la profesional sobre su obligación de guardar secreto, y luego preguntarle al padre y en su defecto al Juez, sin indicar que juez era el competente.

Sostiene la Fiscalía que esta decisión es arbitraria ya que es contraria a las normas del derecho penal y civil en cuanto a la legislación sobre los derechos del niño. Además esta cuestión ya fue planteada y resuelta por el Dr. Ravizzoli en la oportunidad de autorizar la

cámara Gesell y dicho Magistrado resolvió que se había relevado en forma correcta del secreto profesional a la terapeuta, atendiendo a que dicha Funcionaria se encontraba en mejores condiciones para relevarla del secreto profesional en atención a que actuaba en el proceso en carácter principal y no con la Fiscalía como parte de la acusación.

Destaca que ante la decisión adversa del Dr. Ravizzoli la defensa no impugnó, sólo hizo reserva de impugnación por lo que dicha decisión adquirió firmeza.

Agrega la fiscalía que la defensora de los derechos del niño ya intervenía en el legajo desde el 30 de Noviembre y los hijos del imputado y víctima quedaron en guarda de otra persona por disposición de la Jueza de Familia, por lo que la responsabilidad parental del Sr. Tolaba se encontraba suspendida, desconociendo el Dr. Piedrabuena que el Sr. Tolaba tenía intereses contrapuestos con la niña, por lo que su pretensión de consultar a la niña de 12 años y en su defecto al padre, cuyo ejercicio de la responsabilidad parental se encontraba suspendido, resulta desconocer la normativa en la materia.

En referencia a cuál es el derecho afectado, el Dr. Piedrabuena sostuvo que era la intimidad de la niña, pero entiende la Fiscal que lejos de afectar su

intimidad la decisión del Juez afectó el derecho de la niña a ser oída, toda vez que la Psicóloga en forma posterior a ser relevada del secreto profesional expone que la niña deseaba ser oída en una segunda entrevista en Cámara Gesell.

El Juez en su caso no debió excluir a la testigo, ya que sin perjuicio de no compartirlo, en todo caso debió excluir las entrevistas previas y, en su caso, quitarle la posibilidad a la fiscalía de valerse de dichas entrevistas, pero no el testimonio en sí de la Psicóloga ya que ese acto se produce en juicio. Por ende el Juez impide a la Acusación contar con el testimonio y realiza con ello una errónea interpretación de la normativa aplicable al caso, desconociendo lo resuelto por el Dr. Ravizzoli y que ya se encontraba firme. Concluye solicitando que en su caso se excluyan las entrevistas previas, pero no el testimonio de la Licenciada Severini.

A su turno el Querellante particular sostuvo que adhería a lo expuesto por la fiscalía y rechaza lo que propicia la defensa que el imputado al no tener una condena tenía la facultad de relevar el secreto profesional a la Lic. Severini. Agrega que la niña E. había iniciado la terapia seis meses antes del hecho porque los padres se estaban por separar. Explica que en este caso

Tolaba no es el interesado en relevar el secreto profesional ya que la que hacía terapia era la niña. Cita que la confidencialidad que se trata de preservar es la de E., por lo que pide se revoque la decisión.

La defensa sostiene que la responsabilidad parental no está suspendida al entregar la guarda de la niña a otra familia.

Reitera que no se le preguntó a Tolaba si relevaba del secreto profesional a la Terapeuta de su hija cuando era posible trasladarlo a la sede judicial para interrogarlo al respecto.

Sobre la audiencia que las partes acusadoras mencionan que se realizó para relevar a la Psicóloga del secreto profesional, aclara que en esa audiencia no estuvo la Defensora de los Derechos del Niño. Dicha audiencia fue realizada el día 25 de Marzo donde también se discutió si la defensora de los derechos del niño podía relevar del secreto a la terapeuta en virtud a que el padre no había perdido sus derechos, y en esa audiencia se valoró que la Lic. Severini había sido relevada por la Defensora de los derechos del niño del secreto profesional donde la profesional sostuvo que de la terapia realizada por la niña surgía se encontraba en condiciones de someterse a una nueva Cámara Gesell. No se

discutió si se relevaba a la Terapeuta del secreto profesional para declarar sobre la terapia que efectivamente realizaba la niña.

En ese aspecto, menciona que oportunamente no se consultó al imputado sobre si relevaba a la terapeuta del secreto profesional cuando podría haberlo hecho.

Destacó que el Juez Piedrabuena citó el art. 49 de la Ley 2302 sobre las facultades que posee la Defensora de los Derechos del Niño, remarcando que relevar del secreto profesional a la Psicóloga, no se encuentra incluida como facultad de dicha Defensora.

La defensa entiende que el hecho que el imputado se encuentre detenido no lo priva de los derechos derivados de la responsabilidad parental.

Ingresando en el análisis del agravio propuesto por las partes Acusadoras se adelanta que llevan razón en su pretensión, toda vez que se advierte claramente que el Magistrado al decidir excluir el testimonio de la Licenciada en Psicología Mariana Severini tomó una decisión arbitraria en base a las razones que seguidamente se expondrán.

Si bien asiste razón parcialmente a la defensa que el hecho que su asistido se encuentre detenido

no lo priva de los derechos que derivan de la responsabilidad parental, no es menos cierto que la responsabilidad parental es conjunta ya que la titularidad le corresponde a ambos progenitores, y la misma se pierde o puede quedar suspendida por abandono, maltrato o por la comisión de algún delito contra los hijos.

Si bien esa pérdida o privación de la responsabilidad parental no es automática y debe iniciarse el correspondiente proceso en el ámbito pertinente, en el presente caso, la progenitora de la niña falleció y el progenitor se encuentra privado de su libertad y por ende alejado de la convivencia material con sus hijos.

En simultáneo y de lo litigado en la audiencia se advierte que tramitan actuaciones tutelares ante el Juzgado de Familia, toda vez que la Dra. Gabriela Ávila dispuso la guarda de los hijos del matrimonio en la persona de C. D. R..

En este contexto el análisis de la situación no puede restringirse a valorar las facultades de actuación de la Defensora de los Derechos del Niño, sin advertirse que el actual Código Civil y Comercial dispone que ante la omisión de los progenitores quien tiene que tomar intervención directa es el Ministerio Público de la Defensa, en este caso la Defensora de los Derechos del

Niño, cuya actuación no resulta ser promiscua como antaño, sino complementaria o principal (art. 103).

En función a ello y valorando las especiales circunstancias de este caso, entendemos que basta con la autorización de la Defensora de los derechos del niño que relevó del secreto profesional a la Licenciada Severini, para darle eficacia a su testimonio, no resultando necesaria ni pertinente la autorización paterna.

Vale recordar que dicha profesional expuso información referida a las intenciones de la niña sobre declarar en una segunda Cámara Gesell, que fue la que efectivamente se ordenó judicialmente por el Dr. Ravizzoli ante la disconformidad de la defensa.

En este punto se advierte quizá una confusión entre la aptitud de la niña para declarar, que tal como se expuso en la audiencia fue determinada por la Lic. en Psicología Zulema Díaz, con la información que puede aportar la terapeuta de la niña Lic. Severini.

Sobre el primer punto, cabe recordar que no obstante lo determinado por la Lic. Díaz, la niña se encuentra en plena capacidad civil para declarar, máxime teniendo cuenta el principio de capacidad progresiva previsto en nuestro actual Código Civil y Comercial y en la Convención de los Derechos del Niño, por lo cual es

indudable la capacidad de la niña para realizar dicho acto en su condición de sujeto de derecho, y máxime teniendo en cuenta que fue ella quien solicitó declarar en virtud a lo que se le tomó testimonio en los términos del anticipo jurisdiccional de prueba, acto del que participó la defensa de Tolaba y tuvo todas las posibilidades de controlar y sugerir preguntas a la niña.

Que por otro lado no resulta ocioso recordar que dicha decisión adquirió firmeza, toda vez que la defensa si bien expuso su deseo de impugnar no lo formalizó efectivamente y sólo mantuvo la reserva de impugnación en los términos del artículo 172 para, en su caso, la oportunidad de impugnar la sentencia definitiva.

En referencia al segundo punto, referido al testimonio de la profesional tratante de la niña, llevan razón las acusadoras al sostener que habiéndose limitado su intervención a informar las intenciones de la niña de prestar testimonio, la decisión judicial de excluir la declaración en su totalidad por considerar que no fue correctamente relevada del secreto profesional se extralimitó y debe ser revocada, toda vez que tal como se expuso al comienzo, la defensora de los Derechos del niño y del adolescente al ejercer su rol en la condición de representante necesaria de la niña, se encontraba

autorizada para relevarla y puede también hacerlo en la oportunidad que se requiera su testimonio ante el Jurado.

Finalmente y a título de reflexión, se advierte una tendencia en el proceso penal a considerar la declaración de los niños únicamente en los procesos de abuso sexual infantil, pero no en los restantes como en este. En este punto no resulta sobreabundante remarcar que la ley 26.061 es muy esclarecedora y todos sus artículos son de orden público, por lo que su aplicación no puede ser dispensada en el fuero penal, por cuanto rige los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Como consecuencia de ello, corresponde admitir el agravio propiciado por las Acusadoras, dejando sin efecto la exclusión del testimonio de la Licenciada en Psicología Mariana Severini, como también de los informes previos aportados por dicha profesional.

**CUARTO AGRAVIO:** Exclusión del secuestro del teléfono móvil del imputado y del contenido de dicho aparato.

Fundamentos de las partes -en apretada síntesis- dados en audiencia de impugnación:

Fiscalía: Sostuvo que el Dr. Piedrabuena rechazó el ofrecimiento del teléfono celular del imputado y, con ello, los actos consecuentes, en función de

considerar que el secuestro no obedeció a fines investigativos (propio de la requisa personal) sino de retención como medida de seguridad. Sobre la base de esta diferenciación el magistrado interpretó que al momento de producirse el secuestro no se cumplimentó con las exigencias del art. 137 del C.P.P.N.

Esa parte sostuvo que el Sr. Tolaba fue demorado y, al momento de producirse su detención, ya se había solicitado y se tenía firmada, con firma digital, la orden de requisa del imputado. Orden que incluía explícitamente tanto el secuestro de sus prendas de vestir como del teléfono celular.

Lo que sucedió fue que, como había que hacer ingresar al detenido al sector de las celdas, no se contaba con prendas para que pudiera cambiarse y, por tal razón, no podía realizarse la requisa en su totalidad.

Dada esa situación qué se hizo? - interrogó la Sra. Fiscal-: Teniéndose la orden de requisa autorizada por el magistrado se secuestró el teléfono celular, elemento con el que no podía ingresar el detenido, labrándose un acta de secuestro ante un testigo civil distinto al personal policial; acta en la que constaba cuál era el elemento secuestrado, la colocación de cadena de custodia, con más el debido resguardo que establece el art.

137 del C.P.P.N., en los mismos términos que se hizo posteriormente la requisa.

En otra acta, ya contándose con la orden de requisa del juez, se secuestró una cadena con un crucifijo, elementos que también tenía el detenido y con los que no podía ingresar a la celda. Luego, alrededor de las 23:00 hs., cuando ya se contó con vestimenta para reemplazo de la que se iba a secuestrar a Tolaba, se procedió a hacer la requisa en su totalidad. Es decir, que el secuestro fue realizado con la debida orden de la magistrada (Dra. Gagliano) que autorizaba el secuestro de ese teléfono y se realizó con los mismos recaudos que se realiza una requisa. Por una cuestión de imposibilidad material no se realizó la requisa en su totalidad en un solo acto.

Lo cierto es que el juez interpretó arbitrariamente que ese secuestro fue con un fin de retención. No se hizo con el propósito de quitarle las pertenencias y cuando recuperara la libertad devolvérselas, eso es claro porque ya se contaba con la orden de requisa expedida por el juez. Si no hubiese sido así, no hubiéramos pedido al juez autorización para secuestrar un teléfono que ya hubiéramos secuestrado.

El juez de control de acusación ha faltado, incluso, al sentido común porque ¿qué nos dice? - volvió a interrogar en su alocución la representante de la Fiscalía-: que debió haberse hecho todo en un solo acto de requisa y, en ese entendimiento, al personal policial le quedaba la opción de hacerlo ingresar al detenido con el teléfono, el crucifijo, la cadena y la ropa o quitarle el teléfono, el crucifijo y también la vestimenta. Es evidente que la policía no podía cumplir ambas órdenes; entonces realizó el secuestro con las mismas formalidades con las que hizo luego la requisa de la ropa.

El Dr. Piedrabuena explícitamente dijo que no iba a considerar una cuestión que fue expuesta por la Fiscalía, que es una cuestión temporal, esto es que temporalmente primero se tenía la orden de requisa, que luego al Sr. Tolaba se lo constituye detenido, que se secuestra el teléfono y después se concreta la requisa en su totalidad con el secuestro de la ropa. Él refirió que no iba a considerar que ya se tenía orden del magistrado, solamente el fin por el cual se secuestró el teléfono y que, según su criterio, era de retención y no de investigación.



por supuesto vamos a analizar el teléfono de un imputado de femicidio) surge evidencia de cargo, que lo compromete en orden a su responsabilidad en el caso. Hay un agravio cierto y concreto para la Fiscalía de no contar con esa prueba en el juicio. En ese teléfono hay evidencias borradas, comunicaciones borradas, información que se produce durante el momento del hecho, elementos objetivos con los que necesitamos contar en el juicio.

Por lo expuesto, por entender que fue legítimamente obtenido el teléfono, entendemos que el juez de garantías arbitrariamente excluyó el mismo. En tal sentido, solicitamos que se revoque la resolución y se admita no sólo el secuestro debidamente realizado, sino también los informes de análisis realizados con posterioridad y que la Defensa también había ofrecido, confeccionados por el Comisario Julio Arraín.

La Querrela particular principió expresando que brevemente reforzaría algunos aspectos de lo expresado por la Fiscalía. Al igual que ésta entiende que la exclusión del teléfono celular es arbitraria. Dijo el Dr. Piedrabuena que no iba a tener en cuenta los horarios. Se contaba con la orden de requisa firmada digitalmente por la Dra. Gagliano a las 18.38 hs., el acta de secuestro del teléfono, con testigo hábil (Sr. S., P. D.,

comerciante) a las 19.40 hs., a las 20.00 hs. se hace el acta de secuestro del crucifijo y el acta de requisa es a las 23.45 hs. por la circunstancia relatada de que no había ropa para que el imputado pudiera cambiarse. Las otras actas de secuestro revisten las mismas garantías, frente a un testigo que no pertenece a la policía y con la orden extendida por un juez de garantías.

Es absurdo pretender, como lo hizo el Dr. Piedrabuena, que la retención se había hecho con otro fin que no fuera el investigativo. Si se ingresa al sector alcaidía sería absurdo que después salga para efectuarse la requisa, le ponemos otra vez la vestimenta, el crucifijo, el celular. No existía otra posibilidad para el personal policial que llevarlo a cabo del modo que se hizo.

Se evidencia falta de sentido común. La secuencia, tal cual fue narrada, fue como quedó asentada en las actas.

Además la Defensa no invoca cuál sería el perjuicio concreto, sino que acá una vez más caemos en la nulidad por la nulidad misma.

Debe ser rechazado el planteo de la Defensa, en todo caso revocar la resolución del Juez de garantías y hacer lugar a la inclusión del teléfono celular.

A su turno la Defensa mencionó que, en la audiencia de control de acusación, es parte solicitó la exclusión del teléfono celular porque no fue secuestrado en el marco de la requisa y, además, de todos los actos consecuentes a esa incorporación ilegal (informe y testimonio del Lic. Gómez, formulario de apertura del celular e informe de análisis de Llaytuqueo). Este oficial, quien fue el que analizó el contenido del celular, dijimos que sólo podía hablar de los reportes que envían las compañías telefónicas respecto de ese elemento, pero no de la información surgida de adentro del celular.

Luego pedimos la exclusión de la cadena de custodia de este teléfono "Huawei" de carcasa negra. El Dr. Piedrabuena, en varias ocasiones, hizo mención a las partes que recordaran que él no había intervenido con anterioridad y pedía precisiones; en esa línea pidió que le sea leída la autorización con la que el Juez ordenó la requisa (Dra. Gagliano), firmada a las 18.38 hs., y también del acta de requisa. Ello porque, como prueba documental, únicamente estaba ofrecida el acta de requisa realizada en Comisaría 41 en el marco de la detención del Dr. Tolaba. Se dio lectura a esta acta de autorización judicial como del acta de requisa y preguntó el Juez cuándo fue secuestrado el celular. El mismo fue secuestrado en la misma fecha, en

un acta aparte en Comisaría, con las pertenencias con las que ingresa Tolaba. Esa fue la respuesta que se tuvo.

La Fiscalía al contestar el pedido de exclusión que hizo la defensa mencionó argumentos diferentes a los introducidos ahora. Dijo que por un procedimiento administrativo las personas no pueden ingresar al sector de alcaidía con un celular encima y fue por eso que se ordena mediante un acta de secuestro aparte. Hoy introdujo una cuestión novedosa, no la sabíamos al momento del control, que era porque le faltaba la ropa y es por eso que se desdobra el procedimiento. Esta información no la tuvo el Dr. Piedrabuena. Lo que dijo la Fiscalía es que ya a las 18.38 hs. la Dra. Gagliano había autorizado la requisita personal, pero por un procedimiento administrativo, que no supimos cuál era, no podía Tolaba ingresar con el celular y se lo secuestra aparte; esa acta de secuestro data de las 19.40 hs., momento que Tolaba ingresa a la alcaidía, y se hizo con testigos, se labró un acta, se le dio cadena de custodia y existen las declaraciones testimoniales de los efectivos policiales Sanhueza y Garrido, quienes incorporarían esa información.

Ahora bien -continuó la Defensa-, la Fiscalía hoy nos da una información que no se corresponde con la realidad. Se agravia porque el Dr. Piedrabuena dijo

que fue con un fin distinto al investigativo y la Fiscalía dice que al momento de la demora del Sr. Tolaba se produce la detención, que ya estaba firmada la orden de requisa y que no podía realizarse porque faltaba ropa. Recordemos, al momento de la demora se produce la detención, estaba firmada el acta de requisa y ésta no podía llevarse adelante porque no tenían ropa para el Sr. Tolaba.

Tolaba hizo una denuncia a las 08.10 hs., luego permanece en Comisaría y junto con personal policial en un móvil indicaba los posibles lugares donde la Sra. Delia Aguado podía haber estado. Cuando iba en ese móvil, cerca del mediodía, al móvil informan que fue habido el vehículo y el cuerpo de la Sra. Aguado. Entonces vuelven a la Comisaría y desde el mediodía Tolaba quedó en calidad de demorado, no detenido, allí. Entonces al momento de la demora no se produce la detención; ésta se concreta a las 19.45 hs. Recordemos que a las 19.40 hs. ya le había sido secuestrado el teléfono mediante acta de secuestro. O sea, fue secuestrado fuera del acta de requisa. Si bien ya estaba ordenada, se la realizó en un acta de secuestro que no fue ofrecida por la Fiscalía y que fue desistida por esta parte porque es una facultad que tiene la Defensa la de ir con toda la prueba que ofreció por escrito o la de desistir. Entonces, el teléfono no se secuestró en el marco

de la requisita como lo dice la Fiscalía, ni se hace tampoco al momento de la demora. Inclusive, a las 16.00 hs., estando aún Tolaba en calidad de demorado, fue revisado por personal del Cuerpo Médico Forense; ni siquiera estaba detenido y recién queda formalmente en tal carácter con la firma del acta de detención a las 19.45 hs.; ya le habían sacado el crucifijo, el teléfono, y recién hoy nos enteramos que era por la circunstancia de que no tenían ropa y por eso es que se desdobló el procedimiento. Por una imposibilidad material, nos dijo la Fiscalía.

Ahora, el Juez resolvió con la información que las partes le trajimos. Yo -agregó la Dra. Lazzarini- introduje esta información que estoy mencionando, cómo fue dándose todo el procedimiento y cuándo fue secuestrado el teléfono. Y la Fiscalía menciona que el Juez falta al sentido común, que no entra al análisis, que se trata de una resolución de nulidad por la nulidad misma. Esto no fue así, el Juez fundamentó. En forma razonada dijo que si bien es cierto que con determinados elementos no se puede ingresar a una unidad de detención, no es menos cierto que esa retención de elementos personales que se hizo en ese momento tiene fines distintos a los de la requisita, por lo tanto distintos requisitos deben cumplimentarse. En este sentido, a una

persona al ingresar a una unidad de detención se le quitan elementos personales por seguridad y en cumplimiento de normativa. Los recaudos que se toman tienen que ver con la preservación de la cosa para luego devolvérsela cuando opere el recupero de la libertad. Esto fue lo que ocurrió con el teléfono. En cambio en la requisa se buscan objetos útiles a la investigación, es decir elementos que, eventualmente, podrán servir como prueba de cargo contra el imputado, por lo que los recaudos son diferentes. En este sentido debe cumplimentarse lo prescripto por el art. 137 del C.P.P.N. cuyo objetivo es asegurar la fiabilidad de la prueba obtenida. Agregó que más allá que pueda ser cierto cómo fue obtenido el teléfono, no fue conforme los recaudos del art. 137 del C.P.P.N., por la simple razón que no se hizo dentro del procedimiento de la requisa ni con los recaudos allí establecidos.

Entonces, no es que el Juez resolvió la nulidad por la nulidad misma o que no quiere entrar en el análisis. Analizó la información que le dieron las partes. Esto de la ropa es una cuestión completamente novedosa para la defensa y lo sería para el Dr. Piedrabuena si escuchara esta audiencia.

En modo alguno el Juez fue arbitrario o falto de fundamentación en su resolución. Si se toma

lectura del acta de audiencia o si se repara en el contenido de las largas audiencias de los días 25 y 26 de junio ppdo., en ningún momento el Juez resolvió en forma apresurada, lo hizo con la información que se le puso a disposición.

Si el Juez hizo exclusión probatoria fue por un trabajo esforzado de esa Defensa en analizar la totalidad de la prueba con la que se quiere llevar a juicio al Sr. Tolaba y que puede concluir con una posible condena de prisión perpetua.

Las acusadoras pretenden invertir la carga de la prueba; dicen que la defensa tiene que probar el perjuicio y no es así, no tenemos que probar nada. Solicitamos la exclusión y, a partir de la resolución del Dr. Piedrabuena, los que tienen que probar el perjuicio son los acusadores.

Se pide la confirmación de la resolución impugnada en todos sus términos y se hace reserva del caso federal para el caso de una decisión adversa.

¿Cuáles fueron los fundamentos del Juez de Garantías para declarar la exclusión?: El Sr. Juez que llevó a cabo la audiencia de control de la acusación al tiempo de resolver comenzó por efectuar un compendio de las posturas enarboladas por las partes. Así, mencionó que la

Defensa pretendía la exclusión del teléfono celular porque de la requisita hecha al detenido no se secuestró el teléfono, sino sólo prendas, pese a que la orden autorizaba al secuestro del aparato de telefonía celular. En tanto memoró que la Fiscalía argumentó que el celular fue secuestrado cuando le retiraron las pertenencias a Tolaba al tiempo de ser detenido porque no podía entrar a la alcaidía con ese elemento.

La controversia suscitada fue resuelta conforme la pretensión defensiva en función de considerar que si bien es cierto que con determinados elementos no puede ingresarse a una unidad de detención, no es menos veraz que esa retención tiene fines distintos a los de la requisita; en consecuencia, hay distintos requisitos que deben cumplirse.

Por un acto se le priva de efectos (al detenido) por cuestiones de seguridad y, preservada la cosa, se devolverá al tiempo de recupero de la libertad. En cambio, en la requisita se buscan objetos útiles a la investigación, es decir elementos que eventualmente puedan servir como prueba de cargo contra el imputado. En consecuencia, los recaudos son diferentes. En este sentido, debe cumplirse con el art. 137 del C.P.P.N. con el propósito de asegurar la fiabilidad de la prueba obtenida

para que pueda valer como tal en un eventual juicio. Recaudos, entre ellos, que el secuestro se haga en presencia de un testigo que no podrá pertenecer a la policía o en una circunstancia de urgencia que impida que esto se cumpla. Tampoco consta que se haya cumplido con el art. 148 del C.P.P.N.

En función de las razones mencionadas, el Sr. Juez de Garantías resolvió la exclusión del teléfono celular y todo lo obtenido de dicho aparato.

. Fundamentos y decisión unánime de este Tribunal de Impugnación: Teniéndose presente las argumentaciones de las partes y repasados los fundamentos entregados por el Sr. Juez de Garantías para resolver la controversia instalada, se advierte que el razonamiento del a quo parte de una premisa correcta y compartida, incluso por todas las partes. Esto es que no se identifican, no se trata de lo mismo, un procedimiento de secuestro y uno de requisa, lo cual se traduce que para este último el legislador provincial haya previsto determinados y específicos recaudos (art. 137 del C.P.P.N.). El primero, tal como se lo enuncia, persigue un fin preventivo, en tanto que el otro, la requisa personal, un objeto investigativo. Esta definición teórica claro es que en la realidad del devenir de los acontecimientos puede

desdibujarse, no ser tan tajante, al punto que un procedimiento de secuestro puede convertirse en un acto disparador de investigación (vbgr. cuando la autoridad policial secuestra un arma de fuego a quien la portaba en la vía pública, sin autorización, presumiéndosela razonablemente operativa).

Asiste razón a la Defensa cuando menciona que en la audiencia de control de acusación, en la que se excluyó el teléfono móvil del imputado y los actos consecuentes derivados de la información contenida en él, las acusadoras aludieron a que el secuestro del aparato de telefonía celular fue realizado en acta aparte de la de requisita de la vestimenta por una cuestión de índole administrativa y que ahora, en ocasión de la tramitación de la impugnación, refieren que se debió a que al tiempo de formalizarse la detención de Tolaba y tener que ingresarlo al sector de alcaidía no se contaba con vestimenta para su reemplazo. Entonces -con perspicacia destaca la Defensa- con esta mención novedosa de la indumentaria ahora se trata de justificar el desdoblamiento de las diligencias o, dicho en otros términos, que primero se haya secuestrado sólo el celular, con más un crucifijo y cadena, y luego, horas más tarde, la vestimenta.

Ahora bien, dable es destacar que esta novel alusión a la ropa no impresiona ser un argumento contradictorio, sino antes bien que puede razonablemente interpretarse como contenido en esa cuestión o situación de índole administrativa, entendida ésta como la imposibilidad del funcionario dependiente del poder administrador consistente en despojar de las ropas al detenido no contando en lo inmediato con otra para que pudiera cambiarse la misma.

Probablemente las acusadoras hayan ahondado sobre la causa que llevó al desdoblamiento del actuar policial tras realizarse la audiencia de control de acusación y ello explicaría que aquella dificultad inicialmente alegada residió en la cuestión de indumentaria luego especificada. Empero, no luce ser ésta una contradicción sino que el extremo alegado de la ropa resulta ser una clarificación del continente situación o cuestión administrativa.

Y esa explicación resulta ser, a la luz de máximas de experiencia y de sentido común, absolutamente razonable.

Se contó con una orden de requisa para obtener el secuestro del teléfono celular (que habilitaba además a su análisis, conforme la información suministrada)

y la ropa que tenía puesta el imputado, expedida por la Sra. Jueza de Garantías a las 18.38 hs. En esto no hay desencuentro. Tampoco lo hay en que a las 19.40 hs. se concretó el secuestro del celular Huawei y a las 19.45 hs. se formalizó la detención del Sr. Tolaba. Emerge diáfano entonces que era necesario pasar al detenido al sector correspondiente, que indiscutiblemente no podía llevar consigo el celular, pero también que ya existía una orden de requisa para secuestrárselo. Es decir de una orden expedida a pedido de la Fiscalía de la que subyace, huelga decirlo, el fin investigativo.

Que la autoridad policial, ante la dificultad material de concretar en un sólo y único acto el secuestro de teléfono y ropa, haya optado por secuestrar primero aquel y más tarde con acta de requisa la ropa, no enerva el propósito por el que fue solicitada y expedida la orden de requisa en orden al celular. Que también haya servido su despojo, antes de ingresar el detenido al sector celdas, como medida de seguridad y en cumplimiento de normativa vigente, insístese, tampoco enerva el fin buscado a través de una requisa oportunamente solicitada y expedida con tal alcance.

Por otra parte, no es un dato menor el señalado por las acusadoras. Esto es que más allá de

haberse instrumentado el secuestro del celular por acta aparte y el de la ropa transcurrido un segmento temporal significativo (casi a la medianoche de aquella jornada), cierto es que el acta de secuestro fue confeccionada como si rezara expresamente ser de requisa. En efecto, el Sr. Juez de Garantías destaca que para llevarse a cabo un acto de requisa personal debe confeccionarse un acta con las exigencias del art. 137 del Digesto Adjetivo, lo cual es correcto; pero no lo es menos que, tal como nos informaran las acusadoras -y no fue controvertido por la Defensa- en este caso se labró acta en la que se consignó el objeto materia de secuestro, incluso se le colocó allí cadena de custodia y, como lo exige específicamente la norma citada, se realizó en presencia de un testigo ajeno a la institución policial.

Entonces, una vez más se expresa, se parte de una distinción de actos en función de fines que guían cada uno, distinción que se proyecta a diferencias de orden normativo. Correcto. Empero esa disquisición teórica se diluye en el caso concreto cuando se repara en las concretas circunstancias en que el secuestro del celular se produjo. Y para ello resulta trascendente integrar el análisis con un dato objetivo e indiscutido trascendental: que ya se había solicitado y expedido una orden de requisa,

¿para qué?: para secuestrarse el teléfono, que es lo que se hizo, y ser sometido a operaciones técnicas en función de la información contenida en él.

Por eso se coincide con la crítica ensayada por la Fiscalía (compartida por la parte querellante) de que el Juez de control de acusación erró en no integrar su análisis con ese dato de significación, quedándose con una consideración teórica-doctrinaria pero insuficiente para resolver adecuadamente, con predicamento en el contexto real, el conflicto gestado.

Más allá de ello y que, como se mencionara, se cumplió con los recaudos del art. 137 del C.P.P.N. independientemente del nomen iuris que se le adjudicara a la diligencia, el Sr. Juez de Garantías mencionó que tampoco consta que se hayan cumplido los requisitos del art. 148 del C.P.P.N., pero no indicó cuáles (tampoco nos lo hizo saber la Defensa). Sin perjuicio de ese déficit, cabe advertir que este precepto prescribe que respecto a los objetos que se incautaren en una diligencia de registro se establecerá una cadena de custodia que resguardará la identidad, el estado y conservación con el fin de asegurarlos como elementos de prueba. Extremo que se cumplimentó también.

En las postrimerías de su intervención la Dra. Lazzarini refirió que lo que la Fiscalía pretende indebidamente es la inversión de la carga de la prueba, que por su parte se ha pretendido una exclusión y serán las acusadoras las que deberán demostrar el perjuicio. Indúbitamente, las impugnantes debieron invocar gravamen y fundamentarlo; lo hicieron, toda vez que han explicado el daño que le produciría a la corroboración de su teoría legal la exclusión efectuada por el Sr. Juez de Garantías. Y, en orden a lo que a causación de perjuicio atañe, dable es consignar que no se advierte que la decisión jurisdiccional excluyente censurada hiciera alusión a ese importante extremo. Ello, no puede estar exento de mención en esta labor de contralor asignada al Tribunal de Impugnación. Es que una declaración de nulidad, entendida como medida de última ratio (pues exige la previa verificación de posible subsanación), no se satisface con la nuda transgresión normativa (se ha señalado -aunque no se comparte- desapego a los arts. 137 y 148 del C.P.P.N.) sino que, además, esa transgresión debe traer aparejado un perjuicio concreto, real, no hipotético. Es altamente probable que lo experimente la Defensa con la inclusión probatoria, tanto como la Fiscalía de mantenerse el statu quo, pero lo que debe completar una declaración

jurisdiccional de la gravedad de una nulidad (cfr. art. 95 del C.P.P.N.) es la referencia a ese perjuicio irrogado o de inminente producción que la transgresión normativa irroga/rá y, llamativamente, no mereció referencia alguna en el pronunciamiento analizado.

Finalmente, como lo ha traído a colación la Defensa, no abrigamos duda del trabajo esforzado de quienes la vienen ejerciendo. Lo actuado en la audiencia de impugnación, también por parte de la Fiscalía y la Querrela particular, así lo pone en evidencia. La decisión, fundada, en un determinado sentido, emergente de aquellas loables intervenciones, podrá persuadir o no pero, obviamente, no hará mella ni opacará ese aludido esfuerzo, que se reconoce.

Corolario de las razones hasta aquí entregadas, es que debe revocarse la resolución impugnada en relación al cuarto agravio introducido por las partes acusadoras y, en su consecuencia, tener incluido como evidencia para el juicio a realizarse el teléfono celular secuestrado con todos los actos consecuentes de su regular incautación.

**II.-** Finalmente y en relación a las costas, teniendo presente el resultado del recurso

postulado por ambas acusadoras, corresponde la exención de las mismas (arts. 268 y 270 del CPPN).

De conformidad con las posturas precedentemente expuestas, el Tribunal de Impugnación Provincial, por unanimidad,

**RESUELVE:**

**I.- HACER LUGAR PARCIALMENTE A LA IMPUGNACIÓN DEDUCIDA** por el Ministerio Público Fiscal y por la Querrela Particular como **primer motivo de agravio**, y en consecuencia, **REVOCAR PARCIALMENTE** la decisión del Sr. Juez de Garantías Dr. Diego Piedrabuena en el marco de la audiencia celebrada en los términos del art. 168 del CPPN, limitando la exclusión probatoria de la segunda Cámara Gesell que prestara como anticipo jurisdiccional de prueba la niña E. C. T. sólo a la parte de la entrevista en que manifiesta haber sido víctima de abuso sexual por parte del testigo R., siendo a cargo de las partes acusadoras la reproducción de aquella prueba con la limitación referida (arts. 171 y 246 del C.P.P.N.).-

**II.- DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA** por fundamentación omisiva en relación al **segundo motivo de agravio** referido al planteo vinculado con la cadena de custodia y su posible impacto en la trazabilidad de la evidencia, razón por la cual otro Juez

de Garantías (sobre la base de los ofrecimientos probatorios efectuados al tiempo de haberse gestado la controversia sobre el punto en la audiencia del 25/6/2019) deberá expedirse sobre el particular en audiencia que se fijará a la brevedad (arts. 95, 98, 246 y 274 del C.P.P.N.).-

**III.- REVOCAR LA DECISIÓN JURISDICCIONAL IMPUGNADA EN LO REFERENTE AL TERCER AGRAVIO** y dejar sin efecto la exclusión del testimonio de la Licenciada en Psicología Mariana Severini (art. 246 del C.P.P.N.).-

**IV.- REVOCAR LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA EN RELACIÓN AL CUARTO AGRAVIO** introducido por las partes acusadoras y, en su consecuencia, tener incluido como evidencia para el juicio a realizarse el teléfono celular secuestrado con todos los actos consecuentes de su regular incautación (art. 246 del C.P.P.N.).-

**V.- SIN COSTAS** por la tramitación de esta instancia de impugnación ordinaria (arts. 268 y 270 del C.P.P.N.).-

**VI.-** Dejar constancia que el **Dr. Federico Augusto Sommer** participó de la deliberación y redacción de la presente pero no suscribe esta decisión por encontrarse en uso de licencia.-

**VII.-** Tener presente la reserva del caso Federal formulada por la Defensa Oficial.-

**VIII.-** Regístrese y notifíquese mediante copia a los correos electrónicos de las partes y en forma personal al imputado. Cúmplase.-

**Reg. Interlocutorio N° 87 Año 2019.-**

Firmado digitalmente por:  
RIMARO Hector Guillermo

Firmado digitalmente por:  
DEIUB Liliana Beatriz