

ACUERDO Nro. 7 /2016: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintitrés días del mes de mayo del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por la doctora **MARÍA SOLEDAD GENNARI** y el doctor **OSCAR E. MASSEI**, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, **Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA**, para dictar sentencia en los autos caratulados **"Y., M. M. S/DCIA ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** (LEGAJO MPFNQ 47980 AÑO 2015).

ANTECEDENTES: I.- Que por resolución dictada en forma oral y registrada bajo Registro Interlocutorio n° 49/2016, de fecha 04/04/16, emitida por el Tribunal de Impugnación, integrado en la ocasión por los Dres. Héctor Rimaro, Federico Sommer y la Dra. Liliana Deiub, se resolvió, en lo que aquí interesa: **"a) DECLARAR LA INADMISIBILIDAD FORMAL** del recurso presentado por la defensa (art. 233 CPP a contrario sensu)..."

En contra de tal resolución, dedujo recurso de queja el Sr. Defensor Particular, Dr. Juan Manuel Coto, en representación del imputado G. A. G..

Recuerda que el día 05/02/16 la Fiscalía dispuso el archivo de las presentes actuaciones, de conformidad con lo normado por el art. 131 inc. 4 del Ritual, por cuanto se consideró que pese a las investigaciones realizadas, no había sido posible reunir información suficiente susceptible de acreditar los extremos del hecho denunciado.

Notificado el archivo a la Defensa, esa parte solicitó audiencia a fin de peticionar el sobreseimiento

del encartado, de conformidad con lo normado por el art. 160 inc. 6 del CPP. En la audiencia celebrada el día 10/03/16, el Juez de Garantías interviniente rechaza el planteo, por estimar que al no haberse formulado cargos la presunción de inocencia se mantiene incólume, no pudiéndose tomar una decisión definitiva porque no se ha iniciado formalmente un proceso en su contra.

Contra tal resolución, deduce impugnación ordinaria el Sr. Defensor, fundando la admisibilidad, desde el plano formal, en que se estaba en presencia de un auto procesal importante en los términos del art. 233 del Ritual, atento que existía un gravamen de difícil reparación ulterior y era, además, un supuesto de gravedad institucional; planteo que es rechazado por el a quo, por estimar que la cuestión no sorteaba el filtro de impugnabilidad objetiva.

El recurrente sostiene que la queja es procedente por cuanto, por un lado, el Tribunal de Impugnación omitió expresarse en orden a la gravedad institucional planteada, y por el otro, utilizó una argumentación incorrecta para señalar que no había gravamen irreparable en el caso.

En tal sentido, y respecto de la primera cuestión, afirma que la gravedad institucional surgía claramente de la ausencia de normas legales que regulen la situación de personas, como su defendido, quienes, hallándose en sometidos a proceso (art. 48 del CPP) reciben un archivo fiscal que no causa estado (art. 131 del mismo cuerpo legal), explicando que no sólo para esos casos no se puede aplicar ninguna causal de

sobreseimiento, sino que además en los procesos conexos donde se dictaron medidas cautelares a partir de las denuncias penales podría suceder que las mismas se mantengan hasta tanto no se defina la suerte de la causa en este fuero. Y que el no ingreso al fondo de la cuestión, dejó sin responder la pregunta sobre si el juez de garantías puede dictar un sobreseimiento sin formulación de cargos.

Respecto del segundo motivo de rechazo, estima que el argumento dado por el Tribunal de Impugnación es ineficaz por cuanto el hecho que haya una revisión en los motivos que originaron el dictado de la medida cautelar, no importa su levantamiento. El juez del otro proceso conexo no tiene la obligación de levantar la prohibición de acercamiento dispuesta, menos aún si la causa por la cual se dictó la medida -en el fuero penal- continúa sin una solución definitiva, toda vez que el archivo no causa estado.

Por último también critica el señalamiento que efectúa el a quo respecto al plazo razonable, por cuanto no es cierto que esa parte haya aludido al 'plazo razonable' como argumento para acreditar tanto la admisibilidad como la procedencia del recurso.

Solicita se haga lugar a la queja y se remitan las actuaciones al Tribunal de Impugnación, a fin de que se expida sobre el fondo del asunto.

II.- Por aplicación de lo dispuesto en los arts. 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus

respectivas posiciones sobre la materia debatida (cfr. acta de audiencia de fs.29/33).

El Dr. Juan Manuel Coto procedió a ratificar y a ampliar los fundamentos interpuestos; por su parte, la Dra. María Dolores Finochietti refutó los argumentos de la contraria, aportó los propios y propuso el rechazo de la presente queja. Estimó, por un lado, que la denegatoria de sobreseimiento no es recurrible en ningún caso y menos aún cuando siquiera existió formulación de cargos. Y por el otro, que no sólo hubo un fundamento legal para adoptar la resolución Fiscal -art. 131 inc. 4 del CPP-, sino también uno fáctico, y que estaba vinculado tanto a que al momento de intentarse materializar la declaración de la presunta víctima -una niña de 4 años de edad- a través de la modalidad de Cámara Gesell, comenzó una fuerte crisis nerviosa, negándose a ingresar al recinto, como a que tampoco efectuó ninguna manifestación espontánea a la profesional que intentó entrevistarla previo a dicha declaración.

En este contexto, la causa queda en condiciones de ser resuelta.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: la Dra. María Soledad Gennari y el Dr. Oscar E. Massei.

Cumplido el procedimiento previsto en el art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES: 1º) ¿Es admisible la queja interpuesta?; y 2º) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión** la **Dra. María Soledad GENNARI** dijo:

Que corresponde expedirme sobre la queja interpuesta, toda vez que la misma ha sido presentada en término -fs. 7 del presente y constancias del legajo principal- (arts. 250 y 251 del C.P.P.).

Que según tiene resuelto este Cuerpo, "*(...) la queja tiene por objeto (...) que este Tribunal entienda y resuelva el recurso denegado, examinando las formas del interpuesto ante el Tribunal 'a-quo' y la resolución denegatoria de éste, decidiendo si el mismo era formalmente procedente conforme a las condiciones exigidas por el Código de forma*" (Protocolo de autos de casación penal año 2006, R.I. N° 61; entre otros precedentes).

En mérito de las consideraciones que pasaré a explicitar, adelanto que en mi opinión **corresponde hacer lugar a la queja deducida**. Veamos:

El Dr. Juan Manuel Coto, luego del archivo dispuesto por la Fiscalía, solicitó a la Oficina Judicial la fijación de audiencia a fin de petitionar el sobreseimiento de su defendido. La misma se celebró el día 10 de marzo del corriente, oportunidad en la que explicó que ésta no era la primera causa judicial que involucraba a los sres. G. y Y., quienes habían tenido una relación sentimental, producto de la cual nació la niña A. G., y que, según los términos de la denuncia, habría sido damnificada con episodios abusivos. Tal el caso del legajo n°47980/15 "Y., M. M. s/denuncia abuso sexual" -en el cual la Sra. Y. manifestó que su hija

había padecido abusos por parte de su padre- y el legajo 54.102/15 "Y., M. M. s/amenazas coactivas" -legajo 54102/15-, en la que G. denunció a Y. por hechos de extorsión.

Asimismo en la audiencia explicó (minuto 9.04), respecto a la oportunidad procesal para solicitar el sobreseimiento pese a no haberse formulado cargos contra el imputado, que el estado de incertidumbre que conlleva el archivo dispuesto, tiene repercusión directa en otros procesos judiciales conexos, en especial en los procesos de familia, donde los jueces de ese fuero serían reacios al levantamiento de las medidas cautelares dispuestas, lo que haría subsistir, en el caso, la privación de contacto del imputado con su hija.

Que por otro lado, y en base al fundamento legal del archivo Fiscal -insuficiencia probatoria, art. 131 inc. 4 del CPP-, esa parte entendió que la actividad del Ministerio Público Fiscal había agotado las posibilidades probatorias por cuanto los hechos relatados por la denunciante no dejarían evidencia física y sólo secuelas psicológicas, lo que sumado a la actividad probatoria practicada en el fuero de familia, resultaba aplicable al caso lo dispuesto en el art. 106 inc. 6 del Ritual, en atención a que el cuadro probatorio estaba agotado y, además, el imputado tenía derecho a que se resuelva su situación en la oportunidad más rápida posible.

Ello no fue entendido de ese modo por el Juez de Garantías interviniente, quien rechazó el pedido de sobreseimiento, partiendo para ello de lo que denominó

"un análisis estrictamente constitucional del tema". En tal sentido, estimó que el proceso adversarial fijaba una división de funciones que emanaba de la Constitución Nacional, siendo titular de la acción penal el Ministerio Público Fiscal. Que el punto en conflicto giraría en torno a si el juez de garantías tiene la facultad de dictar el sobreseimiento, en un caso como el presente, donde no se formularon cargos. Y que a partir de este esquema, se había reforzado el estado de inocencia del imputado, el que no se conmovió por cuanto la Fiscalía siquiera pudo obtener sospecha mínima para una formulación de cargos, situación que fue consentida tanto por la Defensoría de los Derechos del Niño -que no objetó el archivo- como por la propia denunciante. Y que no podía tomar una decisión como la pretendida toda vez que no se había dado inicio formal a un proceso penal.

Como se compendió en párrafos anteriores, el Defensor articuló impugnación ordinaria, la cual fue por unanimidad declarada formalmente inadmisibile por entender *"...que no había violación al plazo razonable por continuar sometido al proceso porque la denuncia fue formulada en el año 2015 y teniendo en cuenta los precedentes de ésta Sala, el continuar sometido a proceso, incluso por el término menor a un año, de ninguna manera violenta el plazo razonable..."* ('2.30, video 2, LEG 47980-Y., AUD DIA 04/04/16). Y respecto de la medida cautelar dispuesta por ante el fuero de familia, a partir del '2.54 se puntualiza que *"...no encuadra en un caso de difícil o imposible reparación ulterior (...) porque si bien en el marco de la ley de violencia familiar, el abuso sexual se*

considera como una forma de violencia, en este caso, contra una niña (...) se recomienda que los jueces establezcan plazos en el caso de las medidas cautelares (...) desconocemos si se ha establecido un plazo (...) y el juez de familia, ante un planteo de la defensa de levantamiento de la medida por un archivo (...) tiene la obligación de revisar la misma (...) es una medida provisoria, revisable e incluso revocable en cualquier estado del proceso, por esa razón evidentemente el juez de familia deberá escuchar a las partes (...) por ello consideramos que el gravamen no sería irreparable, por cuanto podría ser reparado en el fuero de familia(...) por estas consideraciones estimamos que el recurso de impugnación ordinario deducido por la defensa, encuadrándolo en un auto procesal importante, ya sea por el plazo razonable o por considerar que hay un gravamen de imposible reparación ulterior, no es procedente, y va a ser declarado inadmisibile..." (fundamentos vertidos en forma oral, a partir del '2.54 del video aludido, por la Dra. Liliana Deiub); situación que motivó la deducción del recurso que queja que aquí cabe decidir.

Considero que las particulares circunstancias de la causa hacían viable el reexamen de lo resuelto por un tribunal superior para satisfacer la garantía de la doble instancia.

En el caso merece destacarse que la alegación de determinadas circunstancias, como lo son: a) la existencia de un gravamen de difícil reparación ulterior, que estaría dado por la medida restrictiva que el imputado estaría padeciendo; y b) la afectación al

derecho de defensa del acusado por cuanto se hizo primar la división de funciones por encima del derecho del imputado a obtener un pronunciamiento definitivo cuando las circunstancias del caso así lo posibiliten. Bajo la óptica de la parte, el gravamen de difícil reparación ulterior subsistiría por cuanto el juez de familia dispuso la prohibición de contacto entre el imputado y su hija con motivo de ésta denuncia, y la incertidumbre que tal acusación le generaría al imputado aún no estaría despejada con el archivo fiscal, en atención a que tal resolución no causa estado; por lo era dable presumir que tal situación podría generarle un perjuicio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior.

Estos aspectos resultaban de especial valoración en el sub lite para que el Tribunal de Impugnación efectúe su tarea revisora conforme la doctrina fijada por nuestro Máximo Tribunal Nacional (Fallos 306:1688 y 1705), lo que requería un cabal tratamiento de los agravios planteados por el quejoso en miras al respeto del debido proceso.

Ello, en el entendimiento que el derecho a la doble instancia requiere ser salvaguardado ante óbices formales; en tal sentido, se "...ha señalado que las exigencias formales de admisibilidad de los recursos deben interpretarse de la forma que sea más favorable para su admisión y substanciación [...]..." (CAFFERATA NORES, José I. "PROCESO PENAL Y DERECHOS HUMANOS". CELS. Editores Del Puerto S.R.L., 2da. Edición 1era. Reimpresión, Bs. As., pág. 211). Máxime en este caso, en que los agravios de la Defensa se encuentran relacionados

a derechos y garantías constitucionales, corresponde que el Tribunal de Impugnación ejerza su función de contralor de las decisiones jurisdiccionales de la instancia anterior, debiendo efectuar, como ya se dijo, el máximo esfuerzo revisor conforme a la doctrina emanada del precedente "CASAL" de la C.S.J.N. (LL, 2005E657, JA, 2005IV734) en el tratamiento de las cuestiones.

Consecuentemente, sin que ello importe abrir opinión sobre el fondo del asunto, voto por hacer lugar al recurso en análisis y devolver los autos al Tribunal de Impugnación para que, con nueva integración, sustancie y resuelva la impugnación ordinaria que motivó esta queja.

Mi voto.-

El **Dr. Oscar E. MASSEI** dijo: coincido con el tratamiento y solución dado por la señora Vocal preopinante a esta primera cuestión. Tal es mi voto.

A la **segunda cuestión**, la **Dra. María Soledad GENNARI** dijo: Atendiendo a las circunstancias particulares del presente caso, propongo que se exima de costas a la parte recurrente (artículo 268 segundo párrafo, última parte, del C.P.P.N.). Mi voto.

El **Dr. Oscar E. MASSEI** dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante por compartir la respuesta que da a esta segunda cuestión. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE:**

I.- HACER LUGAR AL RECURSO DE QUEJA interpuesto por el Sr. Defensor Particular, Dr. Juan Manuel COTO, a favor del imputado G. A. G., y en

consecuencia, **CONCEDER LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA** presentada por esa misma parte ante el Tribunal de Impugnación (art. 253, última parte, del C.P.P.), en contra de la decisión tomada por el Juez de Garantías Dr. Martín Marcovesky, de fecha 10/03/2016 (arts. 250 u 252 del C.P.P.).

II.- DEVOLVER las presentes actuaciones a Dirección de Impugnación, para que produzca el emplazamiento a las partes y continúe el trámite recursivo según corresponda (art. 253, in fine, idem).

III.- SIN COSTAS a la parte recurrente (artículo 268 del C.P.P.N.).

IV.- Regístrese, notifíquese y cúmplase.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

MARIA SOLEDAD GENNARI
Vocal

OSCAR E. MASSEI
Vocal

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA
Secretario