

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 24114/09 STJ

SENTENCIA Nº: 201

PROCESADO: A.C. R.B.

DELITO: ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VÍNCULO

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 19/10/10

FIRMANTES: LUTZ – BALLADINI – CERDERA (SUBROGANTE) EN ABSTENCIÓN

///MA, de octubre de 2010.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Luis Lutz, Alberto Ítalo Balladini y Francisco Antonio Cerdera –por subrogancia-, con la presidencia del segundo y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “A.C., R.B.s/Abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo s/ Casación” (Exppte.Nº 24114/09 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal (Ley P 2107), con el planteo de la siguiente:-----

C U E S T I Ó N

----- ¿Es procedente el recurso deducido?-----

V O T A C I Ó N

El señor Juez doctor Luis Lutz dijo:-----

-----1.- Antecedentes de la causa:-----

-----1.1.- Mediante Sentencia Nº 13, del 11 de junio de 2009, la Cámara Segunda en lo Criminal de la IIIª Circunscripción Judicial resolvió absolver a R.B.A.C. de los hechos por los que fue requerido a juicio, nominados 1º, 2º y 4º de requisitoria, por orfandad probatoria que acreditara con certeza el cargo acusado, conforme el art. 4 del Código Procesal Penal. Asimismo, lo absolvió del hecho nominado 3º de la citada pieza, por

retiro de la acusación fiscal, de acuerdo con la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.- - - - -

///2.--1.- Contra lo así decidido, la señora Fiscal de Cámara subrogante (fs. 285/297) y la señora Defensora de Menores e Incapaces (fs. 301/309) dedujeron sendos recursos de casación, que fueron declarados admisibles por el tribunal de grado inferior (fs. 312/339) y por este Cuerpo (fs. 347/349).- - - - -

-----1.3.- Luego se dispuso que el expediente quedara por diez días en la Oficina para su examen por parte de los interesados.- - - - -

-----1.4.- A fs. 357/368 presentó dictamen la señora Defensora General en las funciones propias del Ministerio de Menores y a fs. 369/380 el señor Fiscal General.- - - - -

-----1.5.- Realizada la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del código adjetivo con la asistencia del señor Fiscal General (por el Ministerio Público Fiscal), la señora Defensora General (por la víctima) y el señor Defensor Oficial (por el imputado absuelto), los autos han quedado en condiciones para su tratamiento definitivo.- - - - -

- -

-----2.- Recurso de casación de Fiscalía de Cámara:- - - - -

----- La funcionaria alega el incumplimiento de razones procesales (arts. 110 y 374 C.P.P.), ya que falta o hay contradicción de motivación en la valoración de pruebas mediante el sistema de libre convicción.- - - - -

----- También refiere arbitrariedad que descalifica el fallo por afectación del art. 18 de la Constitución Nacional y nulidad de las actas de debate, en especial la del 1 de junio. Articula la nulidad de las actas anotando que adolecen de falta de firmas, especialmente las de fs. 241/243, que no consigna sus abundantes citas y la conducta

///3.- errática de la madre a la que apunta la defensa, a la vez que niega haber pronunciado lo que se transcribe, sino un exhaustivo análisis psicológico sobre la base del trabajo de Mohito, en que se considera a estas mujeres incapaces de proteger a sus hijas. Agrega que se omiten las consideraciones principales sobre la prueba producida que fundamenta el pedido de condena, lo que es reiterado en el voto del Juez preopinante.- - - - -

----- Afirma además que no se ha brindado ningún argumento sobre su postura, que la sentencia se hace eco de los planteos de la defensa y que no menciona las pruebas científicas recogidas en instrucción, sino sólo notas dispersas del vocal en fs. 243, así como omisiones, de lo que deviene nulidad oficiosa, además de las anteriores –art. 370 inc. 7 C.P.P.-.- - - -

----- A ello suma que la sentencia analiza los elementos de juicio de manera aislada, prescindiendo de la significación que adquieren los hechos al vinculárselos; también resulta defectuosa y carece de legitimidad, porque omite prueba esencial y no relaciona integralmente las pruebas e indicios que en forma conjunta acreditan el injusto pues permiten reconstruir los hechos con certeza, superando las presunciones. Agrega que se omite el trabajo intelectual de expresar qué lleva a absolver, así como la referencia a las demás probanzas introducidas por lectura que llevan a la convicción de materialidad y autoría.- - - - -

----- Entiende que las fojas 1, 4, 22, 25, 48/51 y 73 son prueba acabada; sin embargo, señala, la sentencia se detiene en fs. 162/166 y niega las demás evidencias físicas

///4.- agregadas, que indican semen.- - - - -

----- Aduce que es incomprensible el análisis sobre la lesión de fs. 3, que se han obviado las conclusiones del informe del Lic. Benitez –fs. 25- y se duda porque la niña posee capacidad fabulatoria. También critica la omisión de considerar las opiniones de fs. 48, 50 y 51, emanadas de distintos profesionales de la salud que corroboran el cuadro probatorio.- - - - -

----- Afirma que el imputado estuvo prófugo durante tres años y que fue detenido por Gendarmería Nacional en circunstancias en que no sólo utilizaba el documento de su hermano mellizo, sino que decía ser éste (fs. 93 y sgtes.).-

----- Luego refiere que el Juez analiza la posible conducta vengativa de la madre (O.M:) de la víctima (P.A.), lineamiento que pretendió imponer la defensa, pero no se explican los signos físicos y psicológicos hallados en la niña, ni la versión sostenida que la niña efectúa de los hechos una y otra vez, ni el porqué de la fuga de la niña de su hogar y su refugio en los talleres de la Empresa “3 de Mayo”, que ubica a dos cuadras de distancia del domicilio, como indicio de probabilidad al buscar ayuda un día domingo en el primer lugar donde pudo hacerlo tras un nuevo ataque sexual de su padre quien, no obstante, la siguió hasta allí silbando para disimular sus intenciones. Precisa que esto es corroborado por el testimonio de Héctor Ulloa, encargado de dichos talleres, que relató la desesperación de las dos chicas que se refugiaron en el lugar y manifestaron que la menor de ellas había sido abusada por su padre, quien a decir de las niñas las persiguió. Expresa que estos aspectos

///5.- probados fueron explicitados en los alegatos.- - -

-----3.- Recurso de casación de la Defensoría de Menores e Incapaces:- - - - -
- - - - -

----- La señora Defensora de Menores e Incapaces sostiene que el fallo vulnera derecho de la víctima, porque se le han impuesto restricciones y se la ha conminado a encasillarse en temas exclusivamente tutelares, impidiendo que interrogara acerca de circunstancias que hacen al hecho principal, necesariamente previo a la consideración tutelar que en buena medida de él depende.- - - - -

----- Argumenta luego que se pasa por alto prueba esencial y decisiva, y se valora de modo absurdo la prueba pertinente, útil y conducente. Así, adhiere al recurso de la Fiscalía de Cámara y entiende que la prueba fue suficiente para condenar por el testimonio de la víctima, los indicadores psicológicos, la violencia en la vagina, la fuga del imputado por años y la ausencia de sospecha de mínima mendacidad de la niña.- - - - -

----- Afirma que el fallo es precario y considera en modo absurdo, contra la lógica, las pruebas importantes, por caso, en la lesión vaginal. Sostiene que ningún indicio sirve por sí solo a la certeza; que se toma del trabajo del psicólogo forense un cliché sobre la capacidad de fabular a los doce años; que se extrae negación del informe de ADN cuando no sirve para concluir que no hubo semen, sino para decir que ya no es posible encontrar un perfil masculino, según las condiciones de conservación de la muestra y la mezcla con otras sustancias, situación que se agrava frente al informe de fs. 73, y que esa prueba no sirve para armar

///6.- la acusación, pero tampoco como contraindicio.- - - -

----- Por último, plantea que las pruebas determinantes que no se consideran están en el recurso al que adhiere.- - - -

-----4.- Argumentos de la Defensora General:- - - - -

-----4.1.- En su dictamen de fs. 357/368, la titular del Ministerio Público de la Defensa expresa que, en virtud de la adhesión formulada por la Defensora de Menores e Incapaces, se refiere in extenso al recurso interpuesto por la Fiscal de Cámara subrogante.- - - - -

----- Sobre el rol del defensor del menor víctima en el proceso penal, refiere que la Ley K 4199 le impone como obligación velar por el cumplimiento de la legislación que resguarda sus derechos. Cita los precedentes de este Superior Tribunal de Justicia (Se. 20/06, 100/06, 166/06 y 206/06 STJRNSP), en abono de su postura.- - - - -

----- Destaca asimismo que el interés del niño víctima se encuentra custodiado por máximas garantías de rango constitucional (arts. 18 C.Nac.; 8 y 19 Pacto San José de Costa Rica, y 14.1 y 24 PIDCyP, y CDN). En consonancia con dichos preceptos,

manifiesta que la tarea llevada a cabo por el Ministerio Público Fiscal contempla los intereses de la víctima (conf. arts. 16 inc. b, 17 inc. b y 19 Ley K 4199), y si las víctimas son menores de edad cuentan con un plus protectivo que estará dado en su especificidad por la actuación oportuna de la Defensora de Menores (art. 22 inc. k Ley K 4199).- - - - -

----- Argumenta que dicha Defensora es parte y representa los intereses de la niña víctima y, en ejercicio de tal representación, debe asegurar el efectivo goce de los ///7.- derechos que le asisten en su calidad de sujeto de derechos conforme el paradigma actual basado en la protección integral de los derechos del niño. Sigue diciendo que restringir la actuación de la Defensora de Menores a cuestiones netamente tutelares, como ha hecho el tribunal a quo, implica un claro desconocimiento de los derechos que asisten a la víctima, y que no depende del criterio interpretativo de los Tribunales inferiores cuáles serán las facultades de actuación de la defensa del menor víctima.- -

----- Agrega que la decisión de excluir la participación directa en el debate de la Defensora de Menores no resulta adecuada a los estándares legales y doctrinales aludidos.- -

-----4.2.- En la audiencia realizada por Tribunal, la funcionaria refiere que coincide con el planteamiento del Fiscal General respecto de la ausencia de ideación del fallo absolutorio. Luego argumenta detalladamente sobre la prueba criticando la valoración y las conclusiones del sentenciante (vid acta debate).- - - - -

----- En tal sentido, señala que el proceso no fue justo pues se soslayó prueba testimonial y se retaceó la intervención de la Defensora de Menores. Aduce que, en el caso, la sentencia no cumple con ninguna de las recomendaciones y obligaciones del Estado; en particular, se refiere a la descalificación de la intervención de la Defensora de Menores, pues no se la dejó actuar en el proceso y se le llamó la atención cuando quiso intervenir, todo contra la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia, con respaldo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC 17/02, Informe 20/05 ECOSOC, y OG N°

///8.- 12/07 NU). Así, continúa, se desconoce la legislación aplicable, lo que es una burla a la actuación en la causa del Ministerio de Menores. Manifiesta que los jueces, tanto en la sentencia absolutoria como en la que admite el recurso de casación, limitan la actuación de la Defensora de Menores sólo a cuestiones tutelares, que no existen cuando el menor es víctima. Reitera que su solicitud es que se condene al imputado, conforme la teoría del máximo rendimiento y atento a la prueba de autos.

Subsidiariamente, solicita la nulidad y el reenvío.- - - - -

-----5.- Argumentos del Fiscal General:- - - - -

-----5.1.- En su dictamen de fs. 369/380, el titular del Ministerio Público Fiscal sostiene el recurso de casación interpuesto, por los mismos fundamentos que da por reproducidos brevitatis causa.- - - - -

----- Alega que ninguna de las actas de debate cumple con los requisitos establecidos por el art. 370 del rito, en tanto todas ellas carecen de las firmas de los miembros del Tribunal y demás funcionarios y letrados, y sólo presentan las del Actuario y algunas del Presidente.- - - - -

----- Expresa que técnicamente el fallo no se sostiene a sí mismo por haber violado las reglas de construcción del silogismo jurisdiccional que en todo momento debe mantener un rigor lógico elaborado sobre la base de las circunstancias de la causa con un pronunciamiento final que debería haber sido la derivación razonada de todo el proceso.- - - - -

----- Advierte luego que aparece al menos como incomprensible la ilación efectuada por el señor vocal

//9.- preopinante, a la que adhieren los demás miembros del Tribunal. Agrega que la ausencia de fundamentación es equiparable a la fundamentación defectuosa o insuficiente, vicios formales ambos que determinan la nulidad del acto, como ocurre en el caso que nos ocupa, pues influyeron de esta manera en la resolución recaída en autos.- - - - -

----- Explica además que el fallo en ningún momento tiene en cuenta que la denuncia data del año 2005, cuando P. tenía tan sólo once (11) años de edad, y pudo contar las atrocidades a que era sometida por parte de su padre; que en ese momento se reunieron las pruebas necesarias para considerar que los hechos existieron y que el imputado era el autor; que dichas pruebas, a las que se refirió la Fiscal en el alegato y no han merecido el más mínimo análisis en la sentencia, son: la denuncia de fs. 1; el certificado médico de fs. 4; la declaración testimonial de la niña, entonces de doce (12) años de edad, obrante a fs. 22; el informe psicológico de fs. 25; los informes del Servicio Social del Hospital Zonal, de fs. 48/51, y el informe bioquímico de fs. 73. Señala que todos ellos son unívocos y representan una prueba acabada del síndrome de abuso que padecía P. a la fecha de la denuncia. A lo anterior suma la omisión de los informes de fs. 48/51 y el testimonio de Héctor Ulloa.- - -

-----5.2.- En la audiencia de casación, el doctor Echarren afirma que el fallo es nulo por

defectos ya expresados en su escrito y en breves notas. Reflexiona acerca de que el idioma es una herramienta de comunicación, y advierte que la inicial dificultad que tuvo eran los aspectos idiomáticos para comprender el objeto de conocimiento (el proceso y la

///10.- comprensión del fallo), para comprender qué era lo que los jueces estaban diciendo, por lo que debe señalar las dificultades de redacción. Agrega que la forma de la sentencia parece el apunte del juez durante la audiencia, con signos de puntuación y otras fallas que la tornan incomprensible, de modo que resulta difícil saber el proceso mental de elaboración del fallo. En tal sentido, expresa que los pronunciamientos deben ser motivados, y cita doctrina legal (Se. 103/96 STJRNSP), ratificada luego por el Superior Tribunal de Justicia en varios fallos (entre ellos Se. 29/06 STJRNSP), que establece que el pensamiento del juez debe ser reconocible, criterio idéntico al que surge del precedente “CASAL” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues de lo contrario el fallo ni siquiera sería analizable.- - -

----- En lo que hace al fondo de la cuestión, aduce que se evidencian errores de racionalidad y graves defectos en la evaluación de la prueba, y afirma que la decisión absolutoria no es sostenible con arreglo a los principios de la sana crítica. En conclusión, deja sostenida la casación y pide la nulidad por defectos de forma y fondo, con la consecuente revocación del fallo y el dictado de nuevo pronunciamiento; in extremis, solicita la anulación y el reenvío.- - - - -

-----6.- Argumentos de la Defensa Oficial del imputado absuelto:- - - - -
- - - - -

----- El señor Defensor Oficial, en representación del imputado absuelto y respondiendo a los recursos de casación y los alegatos del Fiscal General y la Defensora General por el Ministerio de Menores, sostiene ante el Superior Tribunal

///11.- de Justicia que el recurso se fundamenta en la antes referida doctrina “CASAL”, por lo que considera que hay una desnaturalización del recurso. Agrega que el Art. 8.2.h del Pacto de San José de Costa Rica consagra el derecho del doble conforme a la persona sometida a proceso, lo que no incluye a las partes acusadoras; esto modifica la relación de bilateralidad en las instancias extraordinarias.- - - -

----- Señala que el reciente fallo “SANDOVAL” trae el problema del ne bis in ídem, con cita del fallo “ALVARADO” (votos de los Dres. Petracchi y Bossert, conforme la doctrina del “double jeopardy” del derecho norteamericano); por lo que, si el juicio es válido, el expediente no se puede retrotraer a etapas legítimas precluidas, pues se

violentan los principios de preclusión y progresividad, y lo que se encuentra en juego es la seguridad jurídica del Estado.- - - - -

----- Respecto de la representación pupilar de la Defensora General, afirma que se malinterpreta la doctrina vigente del Superior Tribunal, extendiendo sus alcances de modo de permitir la existencia de una doble parte acusadora, rol que no se encuentra previsto en el Código Procesal Penal. Luego cita un fallo publicado en el dial.com (del 03/11/09), que establece que la Defensora de Menores no es parte en el proceso, tal como lo dice la Ley Orgánica del Ministerio Público (art. 22 k Ley K 4199), sino que coadyuva y asiste pero no es parte autónoma de la acusación. Agrega que su comparecencia es necesaria y autorizada, pero su función no es acusar, sino que tiene a su cargo la faz tutelar. Aclara que su intervención cesa cuando el menor cumple la mayoría

///12.- de edad, lo que en el caso ocurriría para la fecha del próximo debate. Agrega, en abono de esta postura, que en los juicios de lesa humanidad no interviene la Defensora de Menores y que no hay experiencia en la judicatura del alcance de la intervención que se pretende para ella.- - -

----- En cuanto al recurso, discrepa con el cuestionamiento del Fiscal General respecto de la inteligibilidad de la sentencia, argumento que se ha repetido en otros fallos, y siempre se ha sostenido que las deficiencias en la argumentación no implican su ausencia. Así, sostiene, no se demuestra el desvío lógico y, aunque podría hablarse de una redacción confusa, no es una causal para anular el fallo, en tanto no se demuestra su sinrazón, sino que sólo se hace referencia parcial a un testimonio, además de citar fallos jurisprudenciales o doctrina y formular luego referencias genéricas, que son meras afirmaciones dogmáticas.- - - - -

----- A lo anterior suma que no hay varios peritajes científicos, sólo uno, y el recurso gira en torno de una mera disconformidad con la prueba. Al respecto, observa que no se puede arribar a un pronunciamiento condenatorio ni a la nulidad del juicio, y desarrolla el mérito probatorio respecto del certificado médico. Explica, con cita de doctrina, que las lesiones en la violación son los signos o rastros, las que dependen de diversas circunstancias, pero no se constatan en autos, a lo que se suma que no se ha citado al médico a debate. Asevera que si es tan grave el delito mayor es el compromiso para su investigación y las medidas de prueba deben ser inmediatas; resulta responsabilidad de la instrucción mandar la muestra en

///13.- tiempo y forma, y los errores no pueden redundar en perjuicio del sometido a

proceso. En el caso, continúa, el médico forense hizo su informe un mes más tarde y sólo da probabilidades; el informe de un psicólogo forense no pasa de una hora de entrevista y no señala los tests utilizados, ni se demuestra la inexistencia del síndrome de alienación parental; agrega que la crítica también alcanza a los informes ambientales, que no se han analizado los intereses para la denuncia, y que este Tribunal sigue el criterio que permite apartar la decisión de los informes psicológicos. Manifiesta que no se explica que una menor repetidamente abusada conserve su himen complaciente intacto, pues son necesarios determinados requisitos, que no se dan en el sub examine, ni hay explicación, lo que correspondía a la parte acusadora. Sostiene que los informes son dubitables o carentes de certeza por la demora en que se hicieron, lo que no es objetable al imputado.- - - - -

----- En cuanto a la nulidad de las actas de debate, afirma que son un instrumento público y tienen la firma de fedatario y de un juez, además de que no se ha introducido una redargución de falsedad ni se han descalificado por otra prueba, todo lo contrario, por lo que no pasa de ser una mera alegación. Aclara que hubo audiencias continuadas, y que, de haber anomalías, debieron advertirse requiriendo las actas. Entiende que éstas hacen plena fe de lo ocurrido, por lo que se mantienen incólumes. Además, afirma que la medida para mejor proveer al único que podía perjudicar era al imputado, porque su razón sólo podía obedecer a que había duda, en cuyo caso debía absolverse. En tal sentido, dice

///14.- que el Ministerio Público Fiscal no menciona su perjuicio; a todo evento, prosigue, se trata de una nulidad relativa, saneada por la ausencia de planteo oportuno, porque no está incluida entre las nulidades previstas de modo taxativo.- - - - -

----- Concluye que los agravios son meras discrepancias con la forma de valoración del material probatorio, tanto en la instrucción como en el debate, y que hay un yerro en la estrategia acusatoria de no requerir la presencia en la audiencia de determinados actores y también en la conservación y pedido de prueba. Afirma finalmente que el recurso es inviable.- - - - -

-----7.- Alcance de la revisión del Superior Tribunal de Justicia en esta instancia extraordinaria:- - - - -

----- En la audiencia de casación la defensa cuestiona el alcance de la revisión del Superior Tribunal de Justicia en esta instancia, toda vez que se trata de recursos contra una sentencia absolutoria (vid alcance del precedente “CASAL”).-

----- Sobre la cuestión, este Cuerpo ha sentado doctrina legal que, sintéticamente, dice: “se reconoce la garantía de la doble instancia tanto al imputado como a la acusación (pública y privada) y sin limitaciones por cuestiones de hecho o de derecho, en virtud de que los principios constitucionales que asisten al imputado también le caben a la víctima (el debido proceso legal, el derecho de defensa, el derecho a la jurisdicción y el derecho a la igualdad

—entre otros—), como se dijo en Se. 166/06 STJRNSP (del 25-10-06, con cita de la Se. 69/06 STJRNSP, del 28-06-06), ya que tiene sustento en la normativa internacional de ///15.- jerarquía constitucional (arts. 1.1. y ccdtes. CADH, conf. José I. Cafferata Nores, citado por Marcos Salt, ‘La participación de la víctima en la etapa de ejecución penal ¿un nuevo desafío para la política criminal moderna?’, en la obra “‘Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D’Albora’, ed. LexisNexis Abeledo - Perrot, 2005, págs. 609/610; CIDH, Opinión Consultiva OC - 16/99 del 01-10-99, ‘El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal’ y caso ‘AGUIRRE ROCA, REY TERRY y REVOREDO MARSANO vs. PERÚ’, Fallo Serie C, Resoluciones y Sentencias, N° 71/01, del 31-01-01; conf. Voto del doctor Soderó Nievas en Se. 175/06; Se. 137/05 STJRNSP, del 05-10-05; CSJN in re ‘MINAGLIA’, del 04-09-2007, y ‘SANTILLÁN’, del 13-08-1998)” (Se. 119/10STJRNSP, a la que me remito brevitatis causa.- - - - -

----- Por esas razones, que implican una interpretación sistemática de las normas de nuestro código de rito, además de las de fuente constitucional y convencional, la postura de la defensa expuesta en la audiencia de debate no puede ser admitida: la acusación, tanto pública como privada, cuenta con el derecho a una revisión amplia por parte de un tribunal superior a quien dicta la resolución que causa agravio.- - - - -

- - - - -

-----8.- Actuación de la Defensoría de Menores e Incapaces:-

-----8.1.- El señor Defensor Oficial también impugnó la actividad de la Defensora de Menores e Incapaces con sustento en la carencia de facultades para acusar, es decir, formular pretensión de responsabilidad penal y de imposición de pena.- - - - -

- - - - -

///16.-- Planteada así la cuestión que se debe resolver, adelanto que, en el análisis que realizo en los siguientes apartados del presente considerando, excluyo las facultades del Ministerio de Menores en cuanto tengan relación con el “interés superior del niño”, comprendiendo lo referido a derechos fundamentales, garantías, medidas de protección,

medidas socioeducativas, etc. (vid Leyes P 2748, D 4109, 22278 y 26061, y CIDN).- - -

----- En concreto, paso a examinar sólo la temática referida al alcance de la facultad de actuación procesal del Defensor de Menores que, en representación del menor víctima, tenga relación con el derecho sustancial objeto del proceso penal (léase: imputación, acusación, pretensión punitiva).- - -

-----8.2.- La cuestión fue abordada también por este Tribunal en el reciente precedente antes citado (Se. 119/10 STJRNSP), en el cual se dijo: “\La doctrina legal respecto de la necesaria representación del menor y su derecho a ser oído -lo que involucra las temáticas referidas a una tutela judicial adecuada y efectiva, la asistencia de un letrado que lo represente de modo promiscuo, necesario y complementario, la interpretación restrictiva de toda decisión que limite su libertad, la necesidad de fundamentar conforme los criterios de prevención especial cualquier imposición de pena, etc.- se encuentra establecida en las Sentencias 175/06, 206/06, 101/07, 62/08, 88/08 de este Cuerpo, entre muchas otras...\’ (Se. 121/08 STJRNSP).- - - -

----- “Conforme tal precedente, la señora Defensora de Menores tiene legitimación activa para deducir el recurso de casación, pues su representación es promiscua, necesaria,

///17.- complementaria y tiene carácter autónomo, para evitar la frustración del derecho de su pupilo.- - - - -

----- “Tal interpretación es la adecuada para dar cumplimiento a la exigencia a los Estados parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto se le dará \... oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional\’ (art. 12, inc. 2º).- - - - -

----- “También es dable hacer referencia al art. 27 de la Ley 26061 (\’Garantías Mínimas del Procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos\’) respecto de los derechos del niño a ser oído y asistido por un letrado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo incluya y a su posibilidad de recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte, en el marco de una tutela judicial efectiva.- - - - -

----- “Entonces, es violatorio de la garantía de justicia negar al menor víctima el derecho al recurso, efectuando disquisiciones inútiles entre las facultades tuitivas u otras propias

de la prosecución de la acción penal a cargo en primera instancia del Ministerio Público Fiscal.- - - - -

----- “\La tutela debe ser adecuada y efectiva -ése es el derecho superior del niño- y, en el caso, ésta se encuentra garantizada por la representante del menor, en defecto de lo actuado por el Fiscal de Cámara\” (ver Se. 88/08 STJRNSP).-

-----8.3.- “Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento

///18.- judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte” (art. 27 Ley 26061).- -

- - - - -

----- Sentado lo anterior, debemos diferenciar de forma clara: a) la representación legal ejercida por los padres o tutores; b) la representación procesal ejercida por quien le brinda asistencia letrada, sea abogado patrocinante o apoderado, y c) la representación legal procesal ejercida por el Ministerio de Menores. En todo proceso judicial participan esas tres representaciones.- - - - -

----- Así, es dable diferenciar los derechos y garantías que se deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes en el procedimiento judicial (entre los cuales se menciona tal derecho a la asistencia letrada; art. 27 Ley 26061 y Ley D 4109) de “la representación promiscua que ejerce el

///19.- Ministerio Pupilar” (art. 27 Decreto 415/06, reglamentario de la Ley 26061).- - -

- - - - -

----- Por supuesto que el Ministerio de Menores de los arts. 59 y ccdtes. del Código Civil es un organismo diferente de la figura del “Defensor de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” creado en el Título III de la Ley 26061 (a quien se le asignan específicas funciones y deberes –conf. arts. 55 y 64 íd.-); como tampoco se lo puede

confundir con el “Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Provincia de Río Negro” (autoridad de aplicación de la Ley D 4109 -Arts. 47 y sgtes-).-

----- A ello sumo que el derecho del niño a ser oído (conf. art. 12 CIDN) no debe confundirse con el derecho, que también le asiste, a tener un representante. Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-17/2002, no “avanzó sobre ninguno de los problemas que se discuten en la región referidos a este tema: la cuestión de los representantes legales...” (Mary Beloff), de lo que se deriva que la doctrina y la legislación del derecho interno resulten determinantes.- - -

----- Entonces, la intervención procesal del Defensor de Menores e Incapaces (en el marco de los arts. 59 C.Civ. y 22 Ley K 4199) es integrativa y no sustitutiva de los padres o tutores especiales, quienes intervienen en el proceso por intermedio de los representantes procesales; este último supuesto, “cuando carecieran de asistencia o representación legal o cuando resulte necesario suplir la inacción u oposición de sus representantes legales o de las personas que los tuvieran a su cargo por disposición judicial o de

///20.- hecho”, ejerciendo de forma autónoma “la directa representación de los menores e incapaces, peticionando las medidas que hagan a la protección de su persona y sus bienes, en los casos previstos por la ley de fondo” (conf. arts. 61 C.Civ., 218 inc. 3 C.Prov., y 22 incs. i, j y k Ley K 4199).- - - - -

----- Por ello, en principio, de ningún modo puede sostenerse que la actuación del Defensor de Menores en las instancias procesales supla la del representante necesario que para cada incapaz tiene prevista la ley, toda vez que no se trata de una actuación sucesiva o indistinta sino conjunta de ambos (conf. Rafael Sajón y Daniel Hugo D'Antonio).- - - - -

----- En este sentido, cito a la Sala I en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Entre Ríos, quien expresó: “... el Art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño reconoce su derecho a ser oídos. A partir de allí pudo instar el Defensor de Menores casante una expresión de voluntad de la víctima y sus progenitores para que asumieran estos últimos en autos el rol de querellantes... Ello así, no resulta compatible el criterio de... pretender equiparar la función promiscua del Ministerio (de menores) a la del querellante particular, asumiendo un rol... propio de éste sin que haya mediado constitución como tal de la incapaz a través de sus representantes legales, en el caso: sus progenitores...” (sentencia del 06/08/03, in re

“MAMANI”, publicado en LL-Litoral-, marzo de 2005, 157).- - - - -

-----8.4.- En resumen:- - - - -

-----1°) El Defensor de Menores e Incapaces es parte

///21.- necesaria y esencial en todos los procesos judiciales, sin distinción de fueros e instancias y cualquiera sea el motivo o carácter por el cual interviene el menor.- - - - -

- - - - -

-----2°) Tiene las funciones de ejercer la defensa promiscua en resguardo del mejor interés para el menor o el incapaz, es decir, esencialmente tiene funciones de asistencia y control.- - - - -

-----3°) Subsidiariamente, tiene la función de representación de los incapaces de forma autónoma y con ejercicio directo de la representación “cuando carecieran de asistencia o representación legal o cuando resulte necesario suplir la inacción u oposición de sus representantes legales o de las personas que los tuvieran a su cargo por disposición judicial o de hecho”.- - - - -

----- Elena Highton considera que el alcance de las funciones de asistencia y control del Ministerio de Menores es cada vez más amplio y no se agota en la actuación dual y conjunta con el representante legal del incapaz, ya que en ciertas circunstancias, cuando éste es omiso en el ejercicio de su función y es necesario impedir la frustración de un derecho, el Asesor de Menores será representante directo (“Funciones del Asesor de Menores. Alcance de la asistencia y control”, LL, 1978 – B - 904).- - - - -

-----8.5.- Entonces, en lo que hace al sub lite, sobre la posibilidad de realizar peticiones y actos procesales que sólo tengan relación con el impulso del proceso (acusación / pretensión de responsabilidad penal), el Defensor de Menores e Incapaces podrá realizarlas, reitero, “cuando carecieran

///22.- de asistencia o representación legal o cuando resulte necesario suplir la inacción u oposición de sus representantes legales o de las personas que los tuvieran a su cargo por disposición judicial o de hecho”.- - - - -

----- Oportuno es decir que esos representantes legales son: el querellante particular (cuando se hubiera constituido en parte procesal, conf. arts. 68 y ccdtes. C.P.P.), el Defensor de Menores e Incapaces (conf. art. 22 Ley K 4199) y los funcionarios del Ministerio Público Fiscal (arts. 16 inc. b. y 17 inc. b. íd.: “Representar el interés... individual de la víctima del delito, sin desmedro de su objetividad”).- - - - -

- - - - -

-----8.6.- Sentado lo anterior, es importante analizar diferentes situaciones que se le

pueden presentar al Defensor de Menores e Incapaces con relación al impulso del proceso (acusación / pretensión de responsabilidad penal):-

-----1°) Si el menor o incapaz víctima de delito no se constituyó en parte querellante particular por ausencia, inacción u oposición de su representante legal (conf. art. 68 segundo párrafo C.P.P.), el Defensor de Menores e Incapaces, de considerarlo necesario para prevenir la afectación de derechos de su pupilo, debería promover las acciones judiciales correspondientes para que se designe representante legal o se remueva a los representantes ineptos o indolentes para tal fin.- - - - -

-----2°) Si el menor o incapaz víctima de delito se constituyó o no en parte querellante particular por cualquier motivo, excepcionalmente, y siempre por razones de urgencia, ante la omisión de los representantes legales,

///23.- puede asumir el Defensor de Menores e Incapaces la representación directa deduciendo las acciones, planteos o recursos que correspondan a la protección de los derechos de su pupilo. Esta solución se sustenta en el carácter de parte procesal y en las funciones legalmente asignadas a dicho funcionario, como asimismo en la prohibición de constituirse en parte querellante particular (art. 22 inc. b. Ley K 4199).- - - - -

- - - - -

-----8.7.- En este último caso, no puede obviarse que la asunción de la representación directa de la víctima con la consecuente actuación como parte procesal para impulsar el proceso debe respetar los derechos y garantías del imputado. Así, es aplicable la doctrina legal que surge de la Se. 180/07 STJRNSP, donde se sostuvo, aquí de forma sintética, que la “legitimación constituye un presupuesto de pretensión para la sentencia de fondo, pues precisa quiénes están autorizados para obtener una decisión sobre las pretensiones formuladas en la demanda, en cada caso concreto y, por tanto, si es posible resolver la controversia que respecto de esas pretensiones existe en juicio entre quienes figuran en él como partes... Dicho esto, se advierte que el señor Fiscal de grado efectuó su requisitoria de elevación a juicio... sin manifestación alguna de las partes intervinientes... De ello se colige que en la etapa de instrucción sólo dicho funcionario concretó objetiva y subjetivamente su pretensión acusatoria, no así la querrela particular... [en relación al presente caso, léase: Defensor de Menores e Incapaces], que no formuló su acusación ni hizo suya la del Ministerio Público Fiscal para los fines de la

///24.- elevación de la causa a juicio... Surge evidente que el querellante particular [también en relación al presente caso, léase: Defensor de Menores e Incapaces] ahora

recurrente, al no concretar su pretensión acusatoria en oportunidad de elevar la causa a juicio, no podía integrar legítimamente una incriminación que no formuló previamente, so riesgo de violar el derecho de defensa en juicio, toda vez que, si bien el '\no-ejercicio\' oportuno del derecho de acusación no les imposibilitó ejercer los derechos procesales ulteriores, sí los privó de '\acusar\' al concluir el debate pues operó la preclusión procesal al respecto..." (ver Se. 19/10 STJRNSP).- - - - -

-----8.8.- En conclusión y atento a los fundamentos expuestos, la Defensora de Menores e Incapaces dejó de ejercer su derecho de acusación en la etapa de elevación a juicio, por lo que precluyó su eventual y supletoria posibilidad de procurar una incriminación en el proceso penal examinado (art. 18 C.Nac.).- - - - -

----- De tal forma y no obstante que este Cuerpo declaró admisible el recurso de casación de la Defensora de Menores e Incapaces, ello no es óbice para que vuelva a analizar los requisitos exigidos por el código adjetivo para habilitar el recurso deducido cuando está comprometido el derecho de defensa en juicio del imputado (art. 18 C.Nac.) con la interpretación y los alcances dados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. Se. 176/06 STJRNSP, entre otras), por lo que corresponde rechazar el recurso de casación sin ingresar en el análisis de los agravios allí expuestos ni de lo manifestado por la Defensora General en

///25.- rol de Ministerio de Menores sosteniendo y ampliando aquél.- - - - -
- - - - -

----- Todo ello, sin perjuicio de advertir, prima facie, una actuación ajustada a derecho del Tribunal inferior en cuanto dirigió el debate en la intervención pertinente de las partes (conf. art. 351 C.P.P.), toda vez que la Defensora de Menores e Incapaces no motivó la necesidad de asumir la representación directa de la menor víctima realizando actos tendiente a la pretensión de responsabilidad penal.- - - - -

-----9.- Sobre el planteo de nulidad de las actas de debate:

----- El planteo deducido en el recursos de casación del Ministerio Público Fiscal, mantenido en esta instancia, no puede prosperar en función de que los argumentos del a quo expresados en la declaración de admisibilidad de los recursos no han sido suficientemente rebatidos.- - - - -

----- Dijo el sentenciante: "Se queja del acta... que no consignan sus citas. ... Es de aclarar que por naturaleza no es el procedimiento actuado en su totalidad y la orden de presidencia permite consignar especiales motivos que a las partes interesan (Art. 370 inc. 5, 6 y ctes CPP)... Por norma no se consigna por secretaría mas que lo esencial de

lo ocurrido y así del alegato... Sin perjuicio de ello la fiscal apunta falencias de acta; regularmente las causas en cualquier tribunal arrastran un control posterior a los actos que se han producido, que en la oportunidad no hubo de ser posible, conforme lo informado a fs. 283/284 porque la Fiscalía precisamente hubo de retener la causa. Nótese que lo que iba a ser objeto de notificación terminó siendo préstamo (fs.283/284). [...] La sra Fiscal, había manifestado

///26.- urgencia por viajar, se lleva la causa y saca sus copias (esto 'a contrario sensu' de la previsión del art 106 CPP), obviamente el estado de la misma no era el final ni óptimo, pero aún así, el agravio desaparece por sus propias expresiones, ya que al parecer atribuye al primer votante (por sus anotaciones) haberse explayado sobre lo que el acta no contiene... En efecto se toman notas de lo ocurrido en la audiencia, que la Fiscal incluso llega a desmerecer pero que le han servido, por los jueces, y estas anotaciones son a menudo mas completas que las cuestiones consignadas en acta... Pero entonces, si la sentencia contiene el análisis de lo que es de su interés ¿cuál es el agravio?" (fs. 316/318). Además, el planteo tampoco puede prosperar conforme con la doctrina de este Cuerpo.- - - - -

----- Un dato para tener en cuenta es que las actas están suscriptas al menos por un Juez y el Actuario; al respecto, este Tribunal ha dicho que si el acta de debate "incluye la suscripción del vocal mencionado y del actuario, de modo tal que la afirmación de este último funcionario, que da fe pública del hecho material de que se ha efectuado determinado acto en las condiciones expuestas en el acta..., '... goza de la fe propia de un instrumento público, por lo que, alegada su falsedad ideológica, el reclamo sólo puede prosperar mediante la imputación y resolución correspondiente.- - - - -

----- "En este orden de ideas, puesto que el acto procesal cuestionado se comprueba mediante un acta -arts. 125 y ss. C.P.P.- cuya finalidad es posibilitar la reconstrucción de determinada actividad para un momento posterior..., la misma

///27.- se constituye en un instrumento público que hace fe de los actos cumplidos conforme con el rito -arts. 979 inc.4 y 993 del C.C.-.- - - - -

----- "«El art. 993 del Cód. Civil consagra con los efectos de la plena fe hasta que sean argüidos de falsos, la existencia de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que hayan pasado en su presencia. Estos hechos gozan de plena fe, respecto de las partes, el oficial público, los terceros, los sucesores universales y singulares y aún más contra todos los órganos del Estado. La presunción

de veracidad se constituye a priori, lo que significa que el legislador sustrae del juez la comprobación de la certeza del hecho mientras que el documento no se lo impugne por acción de falsedad» (Alberto Bueres y Elena Highton, «Código Civil», T. 2C, pág. 57).-
-

----- “\En este razonamiento, atento al carácter de instrumento público de dicha acta y de la fe de que en consecuencia goza, el ahora recurrente debió impugnarlo de falsedad y no limitarse a plantear su agravio sin ofrecer prueba alguna...\’ (conf. Se. 13/02 STJRNSP)” (Se. 193/08 STJRNSP).-----

----- Por otra parte, la falta o la insuficiencia de alguna de las enunciaciones que debe contener según los siete incisos del art. 370 del rito, como contenido mínimo y sin perjuicio de otras especificaciones que pueden agregarse en el acta, puede ser causa de nulidad relativa o de nulidad absoluta. Será absoluta toda vez que la falta o insuficiencia conculque un derecho sustancial de las partes, de modo que la falta de acta o la existencia de un acta

///28.- incompleta imposibilite a cualquiera de las partes el ejercicio de posteriores derechos derivados de la conclusión del juicio por sentencia definitiva, derechos que para ser ejercidos debidamente requieran de un acta que contenga determinadas enunciaciones (conf. Vázquez Iruzubietta, Procedimiento Penal Mixto, Tº III, pág. 115).-
-

----- “Su redacción [en referencia al acta], debe efectuarse durante el transcurso o no bien cerrado el debate; siempre antes de la lectura de la sentencia o del dispositivo, sin que la práctica, por cierto no ajustada a la ley de hacerlo posteriormente, se justifique por razones de distribución del trabajo o complejidad del asunto. Su nulidad debe ser tratada con carácter restrictivo, sobre todo si no se advierte perjuicio. Además, la interposición de la nulidad debe plantearse antes de la lectura de la sentencia, pues con posterioridad resulta subsanada (Arts. 167 y 171, inc. 1º; CJ Catamarca, JA 1964 – V - 20, f. 9060) (conf. Francisco J. D\Albora, Código Procesal Penal de la Nación, 2005; Lexis Nº 1301/005933)” (Se. 30/08 STJRNSP).-----

----- El “planteo nulificadorio también debe ser rechazado pues el eventual vicio procesal no trajo perjuicio alguno para los intereses (del recurrente), requisito este insoslayable para la habilitación en conformidad con el principio de trascendencia de las formas jurídicas” (Se. 86/09 STJRNSP).-----

----- Por último, el “planteo no puede prosperar porque ha caducado el derecho de la parte para oponerlo... En efecto... fundamenta su solicitud nulificatoria en la

insuficiencia del acta de debate, pues entiende que ésta no contiene todos
///29.- los planteos por él propuestos (Art. 370 inc. 5º C.P.P.)... Francisco J. D'Albora
(\'Código Procesal Penal\', pag. 846), refiriéndose al acta de debate, sostiene que \'la
interposición de la nulidad debe plantearse antes de la lectura de la sentencia, pues con
posterioridad resulta subsanada\'. Luego analiza cada uno de los incisos del artículo que
establece el contenido del acta y la forma de su instrumentación... En lo que nos
interesa (lo referente a las instancias y conclusiones del ministerio fiscal y de las otras
partes), este doctrinario ratifica tal postura y dice que se trata de una nulidad relativa
excepto que la omisión afecte la garantía de la defensa en juicio (Art. 18 C.N.), en cuyo
caso será absoluta... Tal extremo no se advierte ni ha sido demostrado por el
impugnante, toda vez que, al contrario de lo sostenido, los puntos que se dicen omitidos
no impidieron un correcto ejercicio de su derecho. Son ellos los relativos a aspectos
criticables... que conforman la fundamentación del agravio restante, con lo que cabe
descartar todo perjuicio a los intereses de la parte... De tal modo, por tratarse de una
nulidad producida en el debate, su interposición recién en el recurso de casación es
extemporánea por tardía, dado que se ha clausurado la oportunidad de su planteo (Art.
151 inc. 3º C.P.P.)... La irregularidad restante (ausencia de lectura del acta por parte del
Secretario (art. 370 inc. 7º íd.) queda como una simple mención..., imposible de
constatar en la instancia extraordinaria” (conf. Se. 89/03 STJRNSP).- - - - -

-----10.- El reproche de nulidad de la sentencia por incomprensión en la comunicación
lingüística:- - - - -

///30.--10.1.- Los recurrentes reprochan a la sentencia una incomprensión en la
comunicación lingüística, teniendo en consideración el hecho de que “la comunicación
escrita es más duradera [que la oral], pero diferida en el tiempo, de modo que escritor y
lector no comparten las coordenadas de tiempo y espacio, es decir, no hay interacción
entre ellos. Esto hace que el texto sea relativamente independiente del contexto y éste
resulte menos importante para la interpretación. Como contrapartida, la comunicación
es más elaborada y obliga al escritor a dotar a su texto de todos los elementos que
resulten necesarios para su autosuficiencia y su adecuada comprensión. En otras
palabras, el escritor no está junto al lector en el momento de la lectura para agregar la
información faltante, despejar dudas o hacer aclaraciones, de modo que debe evitar la
imprecisión, la vaguedad o la ambigüedad. Así, el texto escrito frecuentemente presenta
una selección precisa de la información relevante, es menos redundante y responde a
estructuras estereotipadas. Por otro lado, como no hay entonación o pausas que

colaboren en el señalamiento de las partes del enunciado, el texto escrito debe ser más 'gramatical' y más estricto en la construcción oracional y en la puntuación. Por último, en el ámbito institucional usualmente los textos escritos son más formales y desarrollados, tratan un tema en forma más ordenada y completa, presentan estructuras sintácticas más extensas y complejas y utilizan normalmente un léxico especializado" (Gabriela Comezaña, Producción de textos escritos. La escritura de textos jurídicos y administrativos. Nivel I.

///31.- Herramientas básicas para la producción textual, versión 1.1, publicado en página web del Poder Judicial de la provincia, http://www.jusrionegro.gov.ar/formularios/concursoext/normativa/MANUAL_ESCRITURA1_1.pdf).- - - - -

-----10.2.- En rigor de verdad, debo decir que comprender lo que "comunica" el Juez de primer voto en la sentencia impugnada, en sentido lingüístico, me requirió de, por lo menos, tres atentas y detenidas lecturas.- - - - -

----- No me refiero al fundamento ni al itinerario lógico y jurídico del que se deriva la resolución final (conf. Se. 29/06 STJRNSP), sino a la deficiente "competencia comunicativa", la que "puede definirse como el saber que tienen y ponen en juego los individuos en una situación concreta para comunicarse apropiadamente y con éxito, e incluye la capacidad para manejar con solvencia los diversos modos de comunicación de la comunidad en la que vive... Un componente esencial de la competencia comunicativa es el dominio de la comprensión y la expresión tanto del lenguaje oral como del lenguaje escrito, en todo tipo de situación. Así, toda persona debe poseer no sólo los conocimientos relativos al código lingüístico (vocabulario y gramática, por ejemplo), sino también otros conocimientos que le permitirán construir textos –orales o escritos-, adecuarlos a las diversas situaciones y actuar estratégicamente en los distintos ámbitos sociales e institucionales... En las instituciones, lo normal es la interacción a través de toda una variedad de textos escritos, que presentan formatos y características especiales. En consecuencia, quienes participan en ellas de uno u otro modo necesitan manipular

///32.- eficientemente esa diversidad textual y sus condiciones de adecuación. Sin embargo, lamentablemente, estas competencias no siempre están cabalmente desarrolladas" (Comezaña, supra citada).- - - - -

-----10.3.- Entonces, como adelanté, si bien la sentencia, en la redacción del juez de primer voto al que adhieren los restantes, presenta ciertas dificultades para su comprensión en la comunicación lingüística, ésta finalmente se logra, con lo cual carece

de andamio el planteo de nulidad.- - -

----- Esto último es conteste con los contenidos en la interposición de los recursos y el desarrollo de agravios que en ellos se expusieron contra la motivación absolutoria.

-----10.4.- Finalmente, de forma parcial y relativa en función de lo anterior, debo reconocer que las críticas formuladas al voto del Juez de Cámara doctor Miguel Ángel Lara tienen cierto grado de razonabilidad, pero sin alcanzar la entidad y las consecuencias pretendidas por el recurrente.- - - - -

----- Por eso, con las limitaciones del caso en tanto se trata de una cuestión en principio extraña a una resolución judicial, a modo de recomendación para el futuro expreso que “nunca un texto o discurso es una suma de frases u oraciones sin relación o un inventario de párrafos. Si rastreamos la etimología de la palabra 'texto', vemos que tiene el mismo origen que 'tejido', ambas provenientes del término latino 'textum', que significa 'tramado', 'malla', 'entrelazado'. Esto quiere decir que todo en un texto está relacionado, todo tiene su razón de ser, como los hilos o lanas de un tejido... En este marco de ideas, podemos definir al texto

///33.- como una unidad, con lo que hacemos hincapié en el hecho de que un texto no se define por ser escrito u oral, ni por su extensión ni por su género particular, sino porque funciona como un todo integrado y constituye un mensaje completo. Entonces, podemos decir que un lector ha interpretado un texto cuando ha sido capaz de captar esa unidad, a partir de las pistas que el escritor le ha dado... Más específicamente, un texto es una unidad semántica y pragmática. Constituye una unidad semántica porque siempre dice algo, conlleva un contenido significativo unificado, que nuclea toda la información que el texto provee. Es también una unidad pragmática, porque ese significado adquiere un sentido particular según quién y en qué circunstancias lo produce, a quién lo dirige, con qué finalidad, etc. Dicho de otro modo, el texto cobra sentido porque sirve para hacer algo (consultar, solicitar, reclamar, explicar, describir, informar, etc.) en una situación determinada... Tomemos por caso una resolución administrativa: la unidad semántica estará dada por el tema sobre el cual versa esa resolución (por ejemplo, la convocatoria a una reunión). En consecuencia, todos los fragmentos del texto deberán tratar algún aspecto de ese tema general: quién organizará la reunión, dónde se realizará, cuándo, a quiénes se convocará, cuál será su finalidad, etc. Por su parte, desde el punto de vista pragmático, la acción que unifica todo el texto es la de 'convocar', y a ella se subordinan las demás... Dos rasgos esenciales, estrechamente relacionados entre sí, hacen a la unidad textual y le confieren su cualidad de 'malla' o

///34.- 'tejido': la coherencia y la cohesión... Por un lado, la coherencia del texto es la unidad interna de significado, esto es, el hilo conductor que relaciona todas sus partes. En este sentido, decimos que un texto es coherente cuando se desarrolla por medio del encadenamiento de informaciones ligadas entre sí y con el tema general... Cuando hacemos referencia a la unidad temática, hablamos de coherencia global, esto es, el tema o tópico en torno del cual se organizan todos los fragmentos del texto. En cambio, cuando referimos a la relación de significado que se da entre un fragmento y los fragmentos que lo anteceden y suceden inmediatamente, hablamos de coherencia local... La coherencia es una propiedad semántica, es el significado que tiene en mente y quiere comunicar el escritor; por ello, es abstracta en cierta medida y se hace explícita en la superficie del texto por medio de la cohesión. Esta propiedad se manifiesta por medio de las conexiones que se establecen dentro de la oración, entre oraciones y entre fragmentos mayores, gracias al uso de determinados elementos lingüísticos y discursivos que ligan el texto como un todo. Esto quiere decir que coherencia y cohesión son como las dos caras de una moneda... Además de la coherencia y la cohesión, características esenciales de un texto, otras cualidades son deseables para que un texto sea considerado aceptable, sobre todo si es escrito... La primera de ellas es la adecuación, propiedad que se relaciona con la situación en que se produce el texto, su propósito y el destinatario al que se dirige... Esto quiere decir que, según la situación, la intención y los interlocutores a quienes se dirige el autor, éste debe

///35.- seleccionar qué tipo de texto escribirá, cuánto lo desarrollará, qué terminología va a usar, qué grado de formalidad resultará apropiado, qué recursos lingüísticos y discursivos serán más convenientes según su finalidad, etc. ... Además, un texto debe ser efectivo, es decir, debe lograr el propósito que motiva al autor a escribir. Para eso, además de su adecuación, sobre todo en los ámbitos legales, administrativos y jurídicos, es importante que los textos sean completos, consistentes, claros y precisos, de modo de no omitir ninguna información necesaria o relevante, no incurrir en contradicciones y evitar que la lectura genere dudas o malentendidos... Para la adecuación y, más aun, para lograr la efectividad en términos de claridad y precisión, es importante la corrección gramatical del texto. En tal sentido, el escritor debe cuidarse de no cometer errores en la sintaxis, la ortografía o la puntuación... Por último, algunos autores consideran la buena presentación del texto como una virtud recomendable... Obviamente, no todos estos rasgos tienen la misma incidencia ni la misma importancia en la calidad de un texto. Además, entre un mero inventario de palabras y un texto

realmente bueno hay toda una gama de posibilidades: puede haber textos incomprensibles; otros que se entiendan y resulten efectivos, pero que presenten incorrecciones; puede haber textos comprensibles y sin errores, pero que resulten innecesariamente largos o engorrosos y, por ello, poco 'considerados' con el lector. En definitiva, siempre un texto es una versión posible de un ideal que tal vez no logremos nunca. Aun así, cuantas más herramientas tengamos para poder revisar nuestras

///36.- producciones, evaluarlas y corregirlas, más posibilidades tendremos de producir textos cada vez más coherentes, adecuados y efectivos” (Comezaña, supra citado).

-----11.- Hechos reprochados en la requisitoria del Ministerio Público Fiscal:-----

----- En el juicio oral y ante esta instancia se mantiene la pretensión punitiva por los siguientes hechos descriptos en la requisitoria fiscal de elevación a juicio:-----

----- Hecho primero: En fecha 8 de septiembre de 2005, en una de las habitaciones de la casa N° 4 donde convivían, en calle Santiago de Chile del Barrio Valle Gas, San Carlos de Bariloche, ordenó a la menor P.L.A., su hija, que se desvistiera, se acostara boca arriba y mordiera el cubrecama, para accederla carnalmente colocándole el pene en la vagina, eyaculando sobre la panza de la niña, a la que luego le ordenó que se limpiara con una toalla.-----

----- Hecho segundo: El 19 de noviembre de 2005, aproximadamente a las 17,00 hs., le ordenó a la misma hija que concurriera al baño de esa vivienda y se bajara los pantalones; seguidamente le colocó el pene en la vagina con intención de accederla carnalmente, acción que no pudo consumir por el arribo al lugar de O.E.M., madre de la menor.-----

----- Hecho Cuarto: El 20 de noviembre de 2005, entre las 12,30 y 14 hs., le ordenó a esa misma hija que se bajara los pantalones y se apoyara en el tambor existente en el patio de la vivienda que compartían y, colocándole el pene en la vagina, la accedió carnalmente, tomándola con sus manos de los pechos.-----
-

///37.--12.- Motivación de la sentencia:-----

-----12.1.- La valoración se la fundamentación en casación según la Corte Suprema de Justicia de la Nación: En primer lugar, señalo que se brindaron algunas bases sobre las posibles alternativas que los tribunales revisores podrían seguir: “... la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. Puede decirse que en este caso, la sentencia carece de fundamento y, por

ende, esta es una grosera violación a la regla que debe ser valorada indefectiblemente tanto por el tribunal de casación como por esta Corte. Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder. No obstante, puede suceder que el método histórico se aplique, pero que se lo haga defectuosamente, que no se hayan incorporado todas las pruebas conducentes y procedentes; que la crítica externa no haya sido suficiente; que la crítica interna sobre todo haya sido contradictoria, o que en la síntesis no se haya aplicado adecuadamente el beneficio de la duda o que sus conclusiones resulten contradictorias con las etapas anteriores. La valoración de la sentencia en cuanto a estas circunstancias es tarea propia de la casación y, en principio, no incumbe a la arbitrariedad de que entiende esta Corte. Sólo cuando las contradicciones en la aplicación del método histórico o en las reglas que lo limitan en el ámbito jurídico sean de tal magnitud que hagan prácticamente

///38.- irreconocible la aplicación misma del método histórico, como cuando indudablemente desconozcan restricciones impuestas por la Constitución, configuran la arbitrariedad que autoriza el ejercicio de la jurisdicción extraordinaria por esta Corte” (CSJN, “CASAL”, Fallos: 328:3399).- - - - -

-----12.2.- Confrontación de agravios del Ministerio Público Fiscal con fundamentos del sentenciante: En esta línea de pensamiento, paso a confrontar los agravios desarrollados por el Ministerio Público Fiscal con los fundamentos del sentenciante.- - - - -
- - - - -

----- En primer lugar, advierto que no se controvertió la ponderación de las declaraciones de la niña, las cuales no llevaron convicción al Tribunal.- - - - -
- -

----- Así, el a quo dijo que “a fs. 22/24 la menor dice respecto al día del primer hecho, ‘... con su pene empujo... y yo creo que entró..., después paso lo del sábado cuando mi mamá nos vio... en el patio... se puso atrás mío... me puso el pene justo cuando apareció mi mamá no acabó porque apareció mi mamá... el domingo mi mamá se fue a eso de las 12,30 al hospital... de nuevo me dijo que me bajara los pantalones, que me apoyara en el tambor... y volvió a poner el pene adentro, también me agarraba de las tetas... El acabó afuera... vi que agarraba la pala y con tierra tapaba algo... con mi prima Vanessa... fuimos corriendo... en los galpones de la «3 de Mayo»... la policía llegó y me llevó al hospital...’. Este relato en grandes rasgos es coincidente con el de la

Cámara Gesell... Ninguna de las dos últimas veces, que son las que eventualmente habrían dejado rastro, al decir de la menor

///39.- concretamente que acabara en ella, sin embargo el médico forense dice se lo relato en anamnesis. La menor se contradice en sus relatos judiciales entre primero y segundo hecho tanto por el lugar (patio-cordel-baño), como en las circunstancias (estaba viendo la madre, mordió el perro, agarró la pala, etc.) En cuanto al hecho número dos la menor nunca refirió como consumado en el baño, lo cual es la acusación fiscal... Cuando declara ante Cámara Gesell, insiste en las penetraciones” (fs. 263/264).- - - - -

----- Tampoco es contradicho de forma eficiente el fundamento de que el himen intacto es un elemento considerable al descargo: “Dice el Dr Saccomanno que el himen intacto no es sinónimo de virginidad. (fs. 76/77) Y en cuanto a la anamnesis que \describe una eyaculación en el introito\. Obvio que con las pruebas aportadas, esto último no es confirmado... Pero tampoco ese tipo presuntivo de himen, es índice probatorio del cargo, al contrario elemento considerable al descargo” (fs. 263).- - - - -

----- Sobre el informe del Psicólogo Forense, Lic. Benítez, la impugnación se limita a pretender que el dictamen médico se aquilate sólo parcialmente y en la porción que favorece a la acusación, omitiendo sin motivo razonable la integridad del informe que sólo arribó dudas al a quo (ver fs. 264).-

----- Sólo a dudas arribó también el Tribunal inferior luego de valorar “[l]os dichos y contradichos de la madre (que) se verificaron ante la audiencia y a su vez fue contradicha por otros testigos. La Agente Fiscal dice sin embargo que hasta el lunes no se sabía nada. Lo que no queda duda que la denuncia es del domingo 20 de noviembre (fs. 1)... Cuando

///40.- pretendemos confrontar sus dichos con otros testimonios, nos hallamos frente a aquellos que la Fiscal pidió falso testimonio, pero al hacerlo no advirtió que iba contra las expresas palabras de la madre O.M.: que termina aceptando la presencia de otros, ese domingo del último hecho, en que tales testigos estaban...” (fs. 264/265; ver 268).- - - - -

----- El testigo independiente Ulloa, que es calificado por el a quo como veraz y dio por acreditado lo que las niñas le dijeron en esa oportunidad, ningún otro dato objetivo aportó. Así, el sentenciante no pudo establecer con certeza quién silbaba, actitud que a la vez resaltó como muy extraña –denotando nueva duda del Tribunal- al compararla con la conducta esperable en un perseguidor sexual; agregó que otros testigos dijeron

que el acusado estaba con ellos en su casa y razonó que no parece fácil que un borracho corra por dos cuadras y menos aun luego aparezca silbando. En definitiva, la Cámara dudaba sobre lo que las menores le dijeron al testigo Ulloa, de acuerdo con el sistema de la sana crítica racional. El Ministerio Público Fiscal omitió una crítica seria y concreta al respecto, con lo cual la impugnación se resume en una ponderación diferente de la prueba.- - - - -

----- Por último, y en cuanto hace a la prueba sindicada por la acusación para solicitar condena, considero como indicios de cargo el certificado de fs. 4 y el informe técnico de la bioquímica que dictaminó positivo a la fosfatasa ácida prostática (fs. 73); sin embargo, su valor probatorio se torna relativo, porque el primero carece de explicación ///41.- científica, en tanto se omitió dictamen y declaración en debate del médico, mientras que el segundo no tiene respaldo en el informe negativo, por cualquier motivo no imputable al encartado, del servicio de huellas digitales genéticas (fs. 162/167).- - - - -

-----12.4.- Inconsistencia de la “teoría del caso”. Carencia de certeza incriminatoria: En consecuencia, la acusación ha realizado un esfuerzo de argumentación tendiente a acreditar la responsabilidad penal de A. dándole carácter de indicios a hechos no probados o dudosos, con lo cual queda en evidencia que su “teoría del caso” se cae por su propio peso.- - - - -

----- “El litigante en el juicio oral debe narrar y persuadir. Esa será su principal tarea y primordial objetivo. Esto no sólo se logrará con tener habilidad histriónica y talento intuitivo sino será necesario el diseño de una teoría del caso consistente, suficientemente probada y adecuadamente expuesta que tenga por finalidad lograr una decisión favorable por parte del juez” (Augusto Renzo Espinoza Bonifaz, “Estrategias de litigación penal: Teoría del Caso”, en <http://www.derechopenalonline.com>).- -

----- La acusación realizó los medios probatorios que consideró suficientes para acreditar sus proposiciones fácticas, argumentando su valoración y univocidad en cuanto a la certeza de responsabilidad penal.- - - - -

----- Por su parte, el a quo ponderó que no existían indicios unívocos que determinaran certeza y que otros hechos carecían de demostración fáctica y por lo tanto no eran susceptibles de ser prueba indiciaria. Luego, de la

///42.- valoración conjunta de todos los elementos a la luz del sistema de libres convicciones o sana crítica racional concluyó que el espectro probatorio carecía de la certeza incriminatoria exigida en materia criminal.- - - - -

----- En consecuencia, y como antes demostré, el Ministerio Público Fiscal despliega una argumentación basada sólo en una diferente apreciación individual y conjunta de los medios de prueba producidos, pero no logra rebatir la fundamentación del a quo ni demostrar que la decisión cuestionada incurra en vicios lógicos o manifiestas transgresiones al correcto razonamiento que pudieran dar sustento a la tacha de arbitrariedad, la que tampoco se advierte, lo cual determina el rechazo del recurso articulado.- - - - -

-----13.- Rol del Ministerio Público Fiscal en la causa:- -

-----13.1.- Introducción: Principalmente respecto de la prueba de cargo del dictamen positivo a la fosfatasa ácida prostática (fs. 73; ver Osquiguil y otros, Manual de evidencia científica, Sello Editorial Patagónico, págs. 151/152), luego relativizada por el resultado negativo al análisis de ADN, realizado aproximadamente tres años después, por ausencia de material genético masculino (fs. 162), el señor Defensor Oficial doctor Gerardo Balog puso énfasis en que la demora en la investigación y las medidas de prueba “no pueden redundar en perjuicio del sometido a proceso”.- - - - -

----- En otras palabras, si la prueba científica de ADN se hubiera realizado oportunamente (con lo cual muy probablemente se habría encontrado material biológico ///43.- suficiente –conf. fs. 161 y vta.- o no se habría degradado el existente –conf. Manual de evidencia científica citado supra, pág. 93-), un eventual resultado positivo podría haber desvanecer las dudas del sentenciante y llevar a una conclusión de certeza.- - - - -

----- De acuerdo con las constancias de la causa, coincido con el citado funcionario, ya que aun cuando el imputado no fue habido para su detención durante aproximadamente tres años (vid fs. 92/93), debieron realizarse todas las medidas de prueba que se consideraban conducentes, necesarias y útiles para comprobar la existencia de los hechos delictuosos e individualizar a los partícipes (conf. arts. 144 y 179 C.P.P.).- - - - -

----- Entonces: ¿a quién le cabe la responsabilidad por la injustificada demora en realizar una prueba durante la etapa de instrucción cuando se advierte su necesidad en la etapa de juicio para fundamentar la decisión definitiva sobre la responsabilidad penal del encartado?- - - - -

----- Con el fin de traer mayor claridad en cuanto a la concepción y operatividad del sistema en orden a la causa en consideración, paso a analizar de modo teórico todos los

roles de magistrados y funcionarios que intervienen en el proceso penal para concluir sobre la cuestión.- - - - -

-----13.2.- El juez de Instrucción: Éste comienza su intervención en virtud de un requerimiento fiscal o de una prevención o información policial, y debe investigar los hechos para comprobar si existe delito, establecer sus circunstancias y motivos e individualizar a los partícipes (arts. 21 y 179/181 C.P.P.).- - - - -

///44.-- Finalizada la investigación preparatoria, clausura la instrucción y la eleva a juicio (arts. 318/328; Julio B. J. Maier, Derecho Procesal Penal, Ed. del Puerto SRL, 2003, primera edición, Tº II, págs. 363/368).- - - - -

----- En forma esquemática y sintética para el propósito del presente voto, digo que el rol del juez de instrucción es investigar los hechos por los cuales se promueve acción penal (Policía/Ministerio Público Fiscal) para comprobar la existencia de delito e identificar a los posibles responsables, etapa procesal que se clausura satisfactoriamente con la duda y la probabilidad (sobre esto último, ver CSJN in re “Recurso de hecho deducido por la querella en la causa Leiva, Adriana s/ denuncia -causa n° 2503/02-”, del 28/10/08).- - - - -

-----13.3.- El Ministerio Público Fiscal: Ejerce sus funciones con arreglo a los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación, dependencia jerárquica y descentralización (arts. 215 y ss C.P.; 1 y sgtes. Ley K 4199).- - - - -

- - - - -

----- Sin perjuicio de otras, tiene las siguientes funciones:- - - - -
- - - -

-----13.3.1.) En la etapa de instrucción: a) Promover y ejercitar la acción penal pública; b) fijar el núcleo fáctico de la imputación e investigar, acusar y apelar en la oportunidad y con las formalidades de ley; c) proponer de inmediato las diligencias conducentes a dilucidar los presuntos ilícitos, incluyendo la participación de la Policía en función judicial o científica; d) actuar en el proceso teniendo todos los trámites del proceso bajo su

///45.- control; e) velar por la seguridad, celeridad y eficacia del proceso, y f) realizar el requerimiento de elevación a juicio utilizando las facultades del art. 319 inc. 1º segundda parte del Código Procesal Penal en forma excepcional.- - - - -

- - - - -

-----13.3.2.- En la etapa de debate: a) Ofrecer prueba; b) ampliar la acusación –conf. art. 357 C.P.P.-, y c) motivar su acusación o petición absolutoria.- - - - -

-----13.3.3.- En la etapa de ejecución: Realizar las peticiones que correspondan y dictaminar en las oportunidades que marca la ley.- - - - -

----- Las tres etapas referidas denotan que el Ministerio Público Fiscal tiene un rol esencial y funciones específicas durante todo el proceso penal (art. 218 C.P.; Ley K 4199; C.P.P.; Ac.Nº 70/01 STJ y Procuración General; Ac.Nº 2/09 STJ).- - - - -
- - - - -

----- En lo particular, en lo que interesa sobre las etapas de instrucción y de debate, el Ministerio Público Fiscal (Agente Fiscal) promueve y ejerce la acción penal y propone medidas de prueba que van definiendo su “teoría del caso” (de acuerdo con su diseño de política de persecución penal y estrategias de gestión –conf. Se. 1/06-), que se concreta en el requerimiento de elevación a juicio. Esta “teoría del caso” luego es mantenida por el Ministerio Público Fiscal (Fiscal de Cámara) al inicio del juicio y –en principio- durante todo el debate, ratificándola en lo pertinente al formular los alegatos y su pretensión punitiva. Finalmente, aquella primera “teoría del caso” del Agente Fiscal, en los límites de la ratificación del Fiscal de Cámara, es

///46.- sostenida por el Ministerio Público Fiscal (Fiscal General) ante el Superior Tribunal de Justicia por las vías recursivas intentadas.- - - - -

-----13.4.- Responsabilidades funcionales de cada uno. Necesidad de sinceramiento y adecuación urgente de la organización y el procedimiento del fuero penal y en especial del Ministerio Público Fiscal:- - - - -

-----a) De tal forma, me interesa enfatizar que son los funcionarios del Ministerio Público Fiscal quienes, ejerciendo sus funciones con arreglo a los principios de unidad de actuación, dependencia jerárquica y descentralización, tienen el deber y obligación de promover la acción penal y de solicitar oportunamente todas las medidas de prueba necesarias para cumplir con su obligación de acusar conforme con la “teoría del caso” que –en principio y según el principio de congruencia- se empieza a elaborar con la promoción de la acción penal, se concreta en el requerimiento de elevación a juicio y se ratifica en las etapas procesales posteriores.- - - - -

----- Ello es conteste con el rol del juez de instrucción, cuya función se cumple y termina al comprobar con el grado de duda y probabilidad la existencia de delito y los posibles responsables.- - - - -

----- Por eso –reitero con vehemencia-, el Ministerio Público Fiscal, responsable de promover la acción penal y demostrar su “teoría del caso” al momento de su pretensión punitiva, deberá realizar las peticiones pertinentes y útiles de forma eficaz y en tiempo

oportuno, ya que el Estado (léase: jueces y fiscales) tienen que cumplir con el
///47.- plazo del art. 192 del rito y la garantía constitucional de duración razonable del
proceso. Así lo hago, en razón de los compromisos asumidos por la República en
tratados y convenciones internacionales que nos imponen determinados deberes desde
la óptica del derecho supranacional, los que deben ser receptados en un modelo definido
por la organización del servicio de justicia y principalmente en la legislación provincial,
evitando que se repitan cual sucede, cada vez con mayor frecuencia, ciertas situaciones
donde en la superficie aparecen fuertes disonancias entre el deber de asegurar el debido
proceso por parte de la magistratura y la percepción de la sociedad de no sentirse bien
representada en el ejercicio eficaz de la acción pública, que en la Constitución Nacional
está a cargo de un órgano extrapoder (art. 120) y, en nuestro caso, en la provincia de
Río Negro, por las disposiciones de los arts 215 y ss. de la Constitución Provincial,
aunque con autonomía funcional, el Ministerio Público integra el Poder Judicial, cuya
cabeza es la máxima autoridad jurisdiccional, esto es, el Superior Tribunal de Justicia.- -

- - - - -

----- El sistema mixto establecido en el rito (Ley P 2107), conjuga una instrucción
preparatoria y un juicio plenario, contradictorio, público, continuo y oral, en
consonancia con los principios del inc. 14 del art. 139 de la Constitución Provincial.
Este último principio implica aquél “... según el cual la decisión judicial mediante la
que se resuelve afirmativa o negativamente acerca de la pretensión punitiva, debe estar
basada fundamentalmente en el material probatorio proferido oralmente en el debate...”
(Julio A. Quevedo

///48.- Mendoza, "Juicio oral en materia penal", Enciclopedia Jurídica Omeba, XVII,
pág. 382).- - - - -

----- Como podrá advertirse, no he introducido conceptos ni posturas nuevas ni
desconocidas; sólo realicé un “racconto” de la normativa vigente cuya aplicación no
puede seguir soslayándose con formalismos arcaicos “a contramano” de las
obligaciones de dicho derecho supranacional que asumió la República e inclusive
incorporó en la reforma constitucional de 1994, es decir, sincerar la instauración de un
proceso penal acusatorio, desechando arraigadas prácticas forenses que atribuyen al juez
de instrucción el imperativo de ordenar “de oficio” todas las pruebas (entre otras, por
ejemplo, que el juez de instrucción sea quien redacte “detalladamente cuál es el hecho
que se atribuye y cuáles son las pruebas existentes” en el acto de declaración
indagatoria –art. 273 C.P.P.-, en razón de que el Agente Fiscal debe “fijar el núcleo

fáctico de la imputación” –art. 5º inc. b Ac.Nº 70/01 en concordancia con los arts. 6, 170 y ccdtes. C.P.P.-).- - - - -

----- “La Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular. La legislación nacional no se adecuó a este objetivo, pero la perspectiva histórica muestra una progresión hacia la meta señalada, posibilitada por el subjuntivo empleado en el originario Art. 102 y actual 118 constitucional. La jurisprudencia constitucional fue acompañando este progreso histórico, sin apresurarlo. Es decir que en ningún momento declaró la inconstitucionalidad de las leyes que establecieron procedimientos que no se

///49.- compaginaban con la meta constitucional, lo que pone de manifiesto la voluntad judicial de dejar al legislador la valoración de la oportunidad y de las circunstancias para cumplir con los pasos progresivos. Justo es reconocer que esta progresión legislativa se va cumpliendo con lentitud a veces exasperante, pero respetada por los tribunales” (CSJN in re “CASAL”, del 20/09/05, considerando 7).- - - - -

----- En este contexto de una “legislación lentamente progresiva” con respeto judicial por los tiempos legislativos, se inserta el alcance de la normativa vigente referida. Así, debemos esclarecer a la sociedad desde la magistratura, para que no haya confusión y todos contribuyamos a la calidad institucional, preservando la figura del “juez imparcial”, a cuyos efectos hay tres factores que deben coadyuvar a realzar en procura de restaurar la credibilidad en la Justicia y el prestigio de los magistrados, además del idóneo y eficiente cumplimiento de sus propias obligaciones: 1) la misma sociedad, asegurar en el obrar cotidiano en lo funcional, en lo material y en lo ético-político la independencia del Poder Judicial; 2) el legislador, ajustando la citada legislación procesal penal a los mandatos del derecho supranacional y la Constitución y, también, dotando de recursos suficientes al Poder Judicial según es el deber en ese contexto (arts. 224 y ccdtes. C.P.), y 3) el Ministerio Público, asumiendo en plenitud el compromiso de cumplir plena, adecuada y completamente los deberes del ejercicio de la acción pública de la que es titular, tomando conciencia de la demanda social de justicia en una geografía en que el constituyente le privilegió con

///50.- la pertenencia al Poder Judicial, a cuya recuperación y consolidación institucional tiene que contribuir.- - - - -

----- “El proceso penal... es el llamado mixto, o sea, el que comienza con una etapa policial e inquisitoria, a cargo de un juez que se pone al frente de la policía de investigación criminal. El plenario acusatorio es público, pero las pruebas del sumario

inquisitorio siempre pesan... La circunstancia de que el deber ser no haya llegado a ser por la vía legislativa no puede ocultar que la Constitución optó por un proceso penal abiertamente acusatorio, al que tiende la lenta progresión de la legislación argentina a lo largo de un siglo y medio” (conf. “CASAL” ya citada, considerando 15).- - - - -

----- Al respecto, este Superior Tribunal de Justicia ha dicho que el “... rol determinante del Ministerio Público Fiscal en el proceso penal a la luz del nuevo paradigma acusatorio imperante en la doctrina... (es) lenta y parcialmente adoptado por el codificador...” (Se. 27/08 STJRNSP, mi voto), incorporando “el legislador provincial... principios propios de un sistema acusatorio” (Se. 1/06 STJRNSP).- - - - -

----- De tal modo, el cumplimiento oportuno de las funciones del juez de instrucción se verifica con la tramitación del sumario sin afectación de derechos ni garantías de las partes y la elevación a juicio de la causa; mientras que el cumplimiento oportuno del rol de cada funcionario del Ministerio Público Fiscal se establecerá –en principio- en función de la resolución definitiva sobre la demostración de

///51.- su “teoría del caso”.- - - - -

----- Entonces, dada la pretensión punitiva del Ministerio Público Fiscal, la consecuente absolución por carencia de pruebas que determinen con certeza la responsabilidad penal del sometido a proceso es una circunstancia que –también en principio- obligaría a analizar el desempeño de los funcionarios de ese Ministerio que intervinieron en el proceso para establecer alguna eventual disfuncionalidad, tarea que no es propia de quienes aquí somos sentenciantes, sino del ulterior y separado ejercicio de sus atribuciones de superintendencia o disciplinarias, primero de la señora Procuradora General, luego del Superior Tribunal o, finalmente, del Consejo de la Magistratura.- - -

-----b) También es dable señalar que la Ley K 4199 prevé que los Agentes Fiscales tendrán a su cargo promover la averiguación de los delitos de acción pública siempre que tengan noticia de su comisión por cualquier medio en conformidad con lo establecido por el Código Procesal Penal (art. 17 inc. a). En caso de que el Fiscal de Cámara constate cualquier irregularidad en el desenvolvimiento del Ministerio Público Fiscal, tendrá a su cargo dar conocimiento a su superior jerárquico (conf. art. 16 inc. j Ley K 4199). Finalmente, si eventualmente fallaran los filtros anteriores, el Procurador General tiene la función de cumplir y velar por el cumplimiento de las funciones del

organismo y promover y ejercer la acción penal pública de manera directa, cuando lo considere necesario (conf. art. 11 incs. a y b Ley K 4199; conf. Se. 207/09 STJRNSP).-

- - - -

----- Así, mutatis mutandis, si “bien la introducción del

///52.- Artículo 120 de la Constitución Nacional sustrae al Ministerio Público del control de cualquiera de los poderes del Estado, ello no significa ‘falta de control’, porque más allá del control jurisdiccional que se ejerce en el marco del proceso, la Ley 24946 (Adla, LVIII-A, 101) prevé controles internos y, además los fiscales no se encuentran exentos de ser sancionados por las posibles violaciones en la que pudieran incurrir por su calidad de funcionarios públicos” (CSJN, “QUIROGA”, sumario 21; conf. Se. 20/06 STJRNSP).- - - - -

-----13.5.- Recomendaciones del Consejo de Procuradores, Fiscales, Defensores y Asesores Generales de la República Argentina:- - - - -

----- Finalmente, no puedo dejar de mencionar que la postura aquí asumida es concordante con la Declaración de Principios emitida por la Asamblea Ordinaria del Consejo de Procuradores, Fiscales, Defensores y Asesores Generales de la República Argentina, en el marco de las XXIII Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos, “Reflexiones del Bicentenario”, que se llevó a cabo el 2 de septiembre del corriente año, y en especial los siguientes:- - - - -

----- “Que es condición básica para transitar seria y exitosamente al camino hacia el establecimiento del sistema acusatorio que se otorgue al Ministerio Público Fiscal la potestad de conducir la investigación del delito, dotándolo de una Policía Judicial (que en el derecho y en los hechos responda a su autoridad).- - - - -

----- “Que no resulta conveniente a la salud del sistema republicano, que el Ministerio Público Fiscal, ‘intra’ o

///53.- ‘extra Poder’, deba acudir al auxilio del Poder Ejecutivo para investigar los hechos ilícitos” (Periódico Judicial, Año 4 n° 25, septiembre de 2010, pág. 24).- - - -

-----13.6.- Medios para una adecuada investigación criminal:

----- Por último, a la luz de las circunstancias de autos, aprecio conveniente puntualizar la necesidad de que se dote al Ministerio Público Fiscal de los medios suficientes para una adecuada investigación criminal, lo que incluye: a) una calificada formación y capacitación de los recursos humanos de la especialidad, con el fin de contar a través de su voluntad y compromiso con una eficaz persecución del delito; b) la asignación al Poder Judicial y, dentro de éste, al Ministerio Público, de un presupuesto judicial que

posibilite una normal respuesta a la sociedad del rol institucional y social que le es propio, y c) la implementación de la Policía de Investigaciones prevista en los arts. 223 de la Constitución Provincial y 69 de la Ley K 4199, a cuyos efectos reitero que en el Expediente administrativo SS-08-0073 STJ adjunté mi documento de trabajo “Ideas liminares para la policía judicial del Art. 223 de la C.P. (o ‘Policía de Investigaciones’ del Art. 69 de la Ley 4199)”, del 30/04/08, en el cual esboqué tales “ideas liminares” sobre: “1.- ÓRGANO DE LA C.P. A CARGO DEL PODER JUDICIAL.- (...) 2.- MODELO.- (...) 3.- ALTERNATIVAS DEL MODELO.- (...) 4.- PLEXO NORMATIVO BÁSICO.- (...) 5.- COMPATIBILIZACIÓN DEL MODELO DE “POLICÍA DE INVESTIGACIONES” DEL ART. 69 DE LA LEY 4199.- SISTEMA ACUSATORIO.- (...) 6.- ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL.- (...) 7.- REQUISITOS Y DEMÁS CONDICIONES DEL ART. 223 DE LA C.P. Y EL ART. 69 DE LA

///54.- LEY 4199 (...) 8.- APORTES DESDE EL PODER JUDICIAL A LA “POLICÍA DE INVESTIGACIONES” DEL ART. 69 DE LA LEY 4199.- (...) 9.- ÓRGANOS PARA ASUNTOS INTERNOS Y DISCIPLINA.- (...) 10.- RECURSOS.- (...) 11.- PRESUPUESTO.- EL MINISTERIO DE HACIENDA, OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS (...) 12.- PLAZOS.- (...) 13.- PARTICIPACIÓN DEL PODER LEGISLATIVO.- (...) 14.- CONVENIO DEL 13-10-2006.- DECRETO 1490/06 DEL PODER EJECUTIVO.- RESOLUCIÓN 123/07 DEL S.T.J.- (...)”.- - - - -

----- Asimismo dejé asentada esa posición en el artículo de doctrina “La reforma del sistema penal en la Provincia de Río Negro: ¿y la real investigación del delito? Necesidad de una Policía Judicial (art 223 CP)”, publicado en www.eldial.com el 19/08/2008 (elDial – DCEBD).- - - - -

-----14.- Conclusión:- - - - -

----- En virtud de los fundamentos expuestos, concluyo:- - -

-----1º) Corresponde rechazar los recursos de casación interpuestos por la Fiscal de Cámara subrogante y la Defensora de Menores e Incapaces (arts. 98, 374, 380, 438, 439 y ccdtes. C.P.P.; 200 C.Prov.; 18 y 75.22 C.Nac.).- - -

-----2º) Cabe recomendar al tribunal a quo, y hacer extensiva esa recomendación a los restantes organismos jurisdiccionales, que adopte una clara y precisa comunicación lingüística en los contenidos de fundamentación y resolución de sus pronunciamientos.- - - - -

-----3º) Corresponde asimismo advertir a las autoridades de superintendencia y

disciplina sobre las eventuales derivaciones del modo que se resuelve el caso.- - - - -

-----4°) Para evitar que continúen suscitándose con más frecuencia causas en las que se presenta una inadecuada

///55.- prestación del servicio público esencial de justicia en orden a investigar y punir los delitos por deficiencias del modelo en aplicación, entiendo que se debe propiciar ante el Poder Legislativo la revisión integral y la adecuación normativa y material de la organización y el sistema procesal de persecución, juzgamiento y garantías con observancia de las disposiciones de los tratados y convenciones internacionales y las constitucionales que las receptan, para asegurar la independencia de Poder Judicial, la calidad institucional de los magistrados y el Ministerio Público y la objetiva e imparcial satisfacción del acceso y la demanda de justicia de la sociedad y los ciudadanos.- -

-----15.- Postulación al Acuerdo:- - - - -

----- Por lo expuesto, postulo al Acuerdo: 1) rechazar los recursos de casación interpuestos a fs. 285/297 y 301/309 de autos por la señora Fiscal de Cámara subrogante y la señora Defensora de Menores e Incapaces respectivamente (arts. 98, 374, 380, 438, 439 y ccdtes. C.P.P.; 200 C.Prov., y 18 y 75.22 C.Nac.), y 2) dar curso por separado a las propuestas de los apartados 2°, 3° y 4° del punto 14) que antecede. MI VOTO.- - -

----- El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - -
- -

-----1.- Adhiero a los fundamentos y conclusiones de los considerandos 1 a 12 del voto del doctor Luis Lutz.- - - -

----- En consecuencia, propongo al Acuerdo: 1) rechazar los recursos de casación interpuestos por la señora Fiscal de Cámara subrogante y la señora Defensora de Menores e Incapaces (arts. 98, 374, 380, 438, 439 y ccdtes. C.P.P.; 200 C.Prov., y 18 y 75.22 C.Nac.), y 2) recomendar al

///56.- tribunal a quo que adopte una clara y precisa comunicación lingüística en los contenidos de fundamentación y resolución de sus pronunciamientos.- - - - -

----- En esta línea de pensamiento, agrego las siguientes consideraciones:- - - - -
- - - - -

-----2.- Sobre la actuación del Defensor de Menores e Incapaces, quedó dicho que este funcionario podrá asumir la representación directa deduciendo las acciones, planteos o recursos que correspondan a la protección de los derechos de su pupilo en cuanto tengan relación con el impulso del proceso (acusación / pretensión de responsabilidad penal), cuando en forma excepcional y siempre por razones de deficiencia se demuestra la

ineficaz actuación que le cabe al Ministerio Público Fiscal o al querellante si lo hubiere.
----- Así, importante es resaltar que la pretensión de “representación directa” y la “demostración de la omisión de los representantes legales” debe motivarse oportunamente en las circunstancias del caso y el derecho que se considere aplicable, cuestiones sobre las que deberá decidir el Tribunal.-----

-----3.- Por último, y por ser de plena aplicación al caso, reitero lo sostenido en reciente pronunciamiento: “... para \el juez, el interlocutor vecino inmediato son las partes que intervienen en el proceso, y el interlocutor mediato la sociedad.-----

----- “\Si cuando el juez habla, y habla por sus sentencias, lo realiza de tal modo que quienes leen, escuchan, receptan, pueden comprender aquello que habló.-----

----- “\Las partes no son los únicos lectores de las
///57.- sentencias; los medios de comunicación y la sociedad toda, se conforman en lectores e intérpretes de las decisiones judiciales.-----

----- “\Cada Juez, en cada oportunidad debe recordar que su sentencia es pasible de difusión masiva y aunque siempre estará expuesta a la posibilidad de diferentes interpretaciones (ello es inevitable), lo cierto es que deberá buscar un lenguaje, una estructura sintáctica y un cuerpo dispositivo que pueda ser bien entendido por los informadores, o que, al menos las distorsiones no se originen en la oscuridad de los argumentos.-----

----- “\Los actos de comunicación por parte del sistema judicial, en su conjunto, deben ser claros, no necesariamente sin tecnicismos, porque estos en oportunidades son indispensables (por las mismas construcciones de la dogmática que hemos señalado) pero se debe proveer en el propio texto, en la propia comunicación, material suficiente para la interpretación\ [(ver \Lenguaje jurídico\, de mi autoría, exposición en las Jornadas Preparatorias del XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizadas durante los días 12 y 13 de abril de 2007, en San Carlos de Bariloche, en <http://www.jusrionegro.gov.ar/escuela/index.htm>)]” (Se. 146, del 08/09/10).-----

----- Sostienen Albino Gómez y Clara Klix Berrotaran que “... el rigor gramatical y sintáctico con el que debe ser empleado el idioma y todo lo que conduzca a la expresión más clara del pensamiento, adquieren especial importancia en el lenguaje jurídico”.-----

///58.-- En El proceso, Franz Kafka pone de resalto esta oscuridad, cuando hace decir a su narrador: “Las sentencias que dictan los jueces no sólo no se dan a publicidad, sino que los mismos jueces carecen del derecho a verlas, de forma que sólo se han conservado leyendas sobre la justicia de tiempos pasados”.- - - - -

- -

----- De esta manera Kafka, como abogado que era, trató de evidenciar la dificultad de la sociedad de su época para acceder a la justicia y a la ley.- - - - -

----- Sin embargo, la opresiva descripción de Kafka parece retornar una y otra vez cuando leemos escritos, sentencias y declaraciones judiciales, y no ya por la oscuridad de los archivos -que actualmente se han perfeccionado a punto tal que los expedientes pueden ser encontrados en la web-, sino porque lo que hace oscuras las sentencias es la oscuridad del lenguaje QUE CONSTITUYE UN OBSTÁCULO PARA SU LECTURA Y COMPRENSIÓN.- - - - -

----- POR ESO, INSISTO, ARGUMENTAR Y ARGUMENTAR CLARAMENTE SE TRANSFORMA EN UN REQUISITO FUNDAMENTAL DE LA FUNCIÓN DEL JUEZ EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO, Y ELLO ASÍ PORQUE EL FUNDAMENTO BÁSICO DE LA DEMOCRACIA NO ES OTRO QUE EL DE SER EL PROCEDIMIENTO POLÍTICO QUE MÁS SE APROXIMA AL DISCURSO MORAL IDEAL, TAL COMO LO EXPONÍA CARLOS NINO, EN EL SENTIDO DE PERMITIR LA BÚSQUEDA DEL MÁS ALTO CONSENSO EN BASE AL DEBATE IRRESTRICTO, LIBRE E INFORMADO.- - - - -

----- LA SENTENCIA DEBE APROXIMARSE AL MENOS A UN LENGUAJE SOBRIO Y FUNCIONAL. NADA MÁS CLÁSICAMENTE LITERARIO QUE EL LENGUAJE DIRECTO Y PRECISO.- - - - -

----- EL LENGUAJE DEL DERECHO, NATURAL Y TÉCNICO A LA VEZ,

///59.- no debe transformarse en una fuente de ambigüedades, dudas e incomprensiones; aunque es verdad que el contexto suele facilitar la captación del sentido con que se usan los términos y la comprensión de la motivación de la sentencia, ésta queda claramente debilitada si el uso del lenguaje la obstaculiza.- - - - -

----- DEBE SER REGLA QUE LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN, POR PARTE DEL SISTEMA JUDICIAL, SEAN CLAROS, NO NECESARIAMENTE SIN TECNICISMOS, PORQUE ÉSTOS EN MUCHAS OPORTUNIDADES SON INDISPENSABLES (POR LAS MISMAS CONSTRUCCIONES DE LA DOGMÁTICA), PERO SE DEBE PROVEER EN EL PROPIO TEXTO, EN LA

PROPIA COMUNICACIÓN, MATERIAL SUFICIENTE PARA LA INTERPRETACIÓN.- - - - -

----- En ese sentido, los argumentos que fundan la decisión suponen una actividad literaria, en cierto sentido narrativa, que debe recoger un sinnúmero de aspectos: relatos de las partes, dictámenes periciales, otras decisiones judiciales, la misma literatura de la ley y, por sobre todo, los mismos argumentos de aquél o aquéllos que deciden.- - - - -

----- Para ello, ningún consejo mejor que el del mismo código ritual: QUE LAS SENTENCIAS SEAN CLARAS, PRECISAS Y CONGRUENTES CON LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES. SABER “CONSTRUIR” UNA SENTENCIA EN SENTIDO LÓGICO FORMA PARTE DE UN DEBER DE COMUNICABILIDAD Y TRANSPARENCIA QUE ES PROPIO DEL ORDEN DEMOCRÁTICO.- - - - -

----- Por eso reitero hoy, como lo he dicho en anteriores oportunidades y en diferentes ámbitos, los jueces deben hablar claro. No significa olvidar las grandes

///60.- construcciones teóricas, los términos técnicos que producen economía semántica o caracterizan fenómenos jurídicos, pero sí significa que el lenguaje judicial no puede ser ya un jeroglífico al que sólo acceden algunos felices poseedores de la piedra Roseta.- MI VOTO.- - - - - El señor Juez subrogante doctor Francisco Antonio Cerdera dijo:- - - - -

----- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE:

Primero: Rechazar los recursos de casación interpuestos a

----- fs. 285/297 y 301/309 de autos por la señora Fiscal de Cámara subrogante y la señora Defensora de Menores e Incapaces respectivamente (arts. 98, 374, 380, 438, 439 y ccdtes. C.P.P.; 200 C.Prov., y 18 y 75.22 C.Nac.), y confirmar la Sentencia N° 13/09 de la Cámara Segunda en lo Criminal de San Carlos de Bariloche.- - - - -

Segundo: Recomendar al Tribunal a quo que adopte una clara y

----- precisa comunicación lingüística en los contenidos de fundamentación y resolución de sus pronunciamientos.- - Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver los

----- autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 13

SENTENCIA: 201

FOLIOS: 2547/2606

SECRETARÍA: 2