

31.980.- Apelación interpuesta por el fiscal contra la decisión del 30/3/07 que dispuso el desglose de lo cumplido en los términos del art. 26 de la ley 24.946 y denegó las medidas solicitadas. c 39.095/06 “Dorado, Cristian L s/ abuso deshonesto”. Sala V/29.

Poder Judicial de la Nación

////////nos Aires, 16 de mayo de 2007.

Autos y Vistos, y Considerando:

I.- Interviene la sala para resolver en relación al recurso de apelación interpuesto por el Dr. Donoso Castex (fs.121/127) contra la decisión de la instancia de origen de fecha 30 de marzo de 2007 (fs.120/121), por la que se ordenó el desglose de las actuaciones producidas por el nombrado fiscal, obrantes a fs. 99/115, al par que no se hizo lugar a las medidas probatorias propuestas a fs.118/119.

II.- A partir de los agravios expuestos por el representante del ministerio público fiscal, la impugnación a decidir en este caso versa sobre tres cuestiones.

a) En primer lugar, sobre la habilitación del fiscal, en términos del art. 26 de la ley 24.946, para la producción de una medida complementaria al curso de una investigación penal que se lleva a cabo bajo la dirección del juez instructor (art. 194 del CPPN).

b) En segundo lugar, sobre si el otorgamiento de vista en los términos del inciso 2º del art. 347 del CPPN marca el fenecimiento de la etapa instructoria, de modo tal que, bajo ninguna circunstancia, puedan aportarse los resultados de medidas cumplidas al amparo del mencionado art. 26, solicitarse las medidas subsiguientes emanadas directamente de ese antecedente y dárseles cumplimiento por parte del juez a cargo.

c) En tercer lugar, en cuanto al sentido y alcance del principio de congruencia en el caso concreto.

* La prescripción del primer párrafo del art. 26 de la ley 24.946 (reglamentaria del art. 120 de la Constitución Nacional), habilita a los fiscales -en lo atinente específicamente al caso- al cumplimiento de medidas complementarias a una instrucción en curso, dirigida en los términos del art. 194 del CPPN. Se le otorgan facultades para requerir informes, recabar la colaboración de las autoridades policiales para realizar diligencias y para citar personas a sus despachos, al solo efecto de prestar declaración testimonial.

Por otra parte, se encuentra en vigencia la resolución PGN 121/06 del 11/9/06, dictada por el Procurador General de la Nación “para sistematizar y brindar nuevas pautas para un ejercicio prudente y efectivo” de las facultades del

USO
OFICIAL

mentado artículo. Expresamente se sentó allí la pretensión de compatibilizar la actuación del Ministerio Público Fiscal con las demás autoridades de la Nación, de modo que la norma no resulte desnaturalizada ni por exceso –tal el caso de desempeños que impliquen el avance sobre funciones de neto corte jurisdiccional- ni por defecto –“cortapisas injustificadas” en las funciones asignadas a los fiscales-.

Estrictamente en relación a las instrucciones complementarias, cuya vigencia y legalidad se reafirmó, se estableció que los elementos de convicción colectados bajo esa modalidad no serán prueba legal hasta tanto no sean presentados en el expediente y sea formalmente admitida su incorporación al sumario por el órgano jurisdiccional, momento a partir del cual la contraparte podrá ejercer el debido control de lo actuado, quedando latente la posibilidad de reproducción o ampliación de los respectivos testimonios.

Concretamente, se instruyó a los fiscales para que su actuación sobre el particular se ciña a las siguientes prescripciones: 1) los requisitos de pertinencia y utilidad de las diligencias que cumplan respecto del objeto procesal de la causa (art. 199 del CPPN), sin que puedan en ningún caso realizarse aquéllas que sean ajenas a ese objeto; 2) que sólo el juez puede ordenar actos definitivos e irreproducibles; 3) el carácter de no reservadas ni secretas de ellas respecto del juez que tramita la causa, a quien deben ser remitidas ante su solo requerimiento; 4) que debe anoticiarse al juez de su inicio dentro de los tres días de dispuestas; 5) que debe efectivizarse la remisión periódica de lo actuado al menos cada quince días, pudiendo solicitarse que se proceda de acuerdo al 204 del CPPN, si las circunstancias así lo aconsejaren; 6) que debe evitarse todo acto que pueda entorpecer la dirección investigativa del juez, y 7) que el mencionado artículo 26 no faculta a requerir informes de colaboración a organismos internacionales o extranjeros de modo directo, sino en la forma señalada en la resolución y en las RMP 72/99 y 23/02.

Ahora bien, a la luz de lo dispuesto por la Ley Orgánica y por la Resolución del Procurador puede afirmarse, en principio, que lo actuado por el titular de la Fiscalía N°20 al recibir la declaración de la víctima (art. 118, párrafo cuarto del CPPN) fue legalmente cumplido y bajo estricto respeto de las pautas de la instrucción general: utilidad y pertinencia, medida no definitiva ni irrepro-

31.980.- Apelación interpuesta por el fiscal contra la decisión del 30/3/07 que dispuso el desglose de lo cumplido en los términos del art. 26 de la ley 24.946 y denegó las medidas solicitadas. c 39.095/06 “Dorado, Cristian L s/ abuso deshonesto”. Sala V/29.

Poder Judicial de la Nación

ducible, comunicación inmediata al juez y situación bajo la cual -en ningún momento- se puso en crisis la dirección jurisdiccional y única del proceso.

* En estas actuaciones, el magistrado instructor calificó la actuación del fiscal de excesiva en orden a su competencia funcional, por dos motivos: porque cumplió por sí una medida que, en forma previa, había solicitado al juez y que tanto éste como la Cámara le habían denegado, y porque lo hizo extemporáneamente.

Si bien reconoció la autonomía del Ministerio Público Fiscal y la existencia de herramientas (ley 24.946), para el cumplimiento de su misión específica, consideró que su ejercicio en coordinación con los restantes poderes del Estado, no le permite persistir en busca de la prueba denegada, por más pertinente y útil que la misma sea, *“puesto que ello encierra un razonamiento perverso que dejaría la puerta abierta para situaciones de exceso.”*

En el segundo de los aspectos, adujo la terminación del período de prueba, la imposibilidad que implicaba apartarse de una de las dos opciones por las que se le había conferido intervención a través de la vista del inciso 2° del art. 347 del código adjetivo y la necesidad de un análisis en abstracto, “ex ante” y no “ex post”, *“so riesgo de introducir excepciones en mérito de los que se haya logrado u obtenido”*.

* La denegación previa del juez y de la Cámara para la recepción en sede judicial de la declaración de la víctima de un delito contra la integridad sexual, fundada -exclusivamente- en la posibilidad de su recepción en la instancia de instrucción suplementaria (art. 357 del CPPM) no enerva de modo alguno la posibilidad del representante fiscal de acompañar a la instrucción los datos atinentes al hecho y sus responsables que reciba en una oportunidad posterior y de propia boca de la damnificada, en los términos de una instrucción complementaria. Bajo esta hipótesis, la convocatoria fiscal posterior y el inmediato sometimiento del testimonio al juez no habilitan a hablar de un cumplimiento funcional excesivo.

Sí lo sería en el caso de que la negativa precedente hubiera estado fundada en una evaluación de inutilidad o impertinencia de la prueba, cuestión ajena al caso concreto porque esos aspectos nunca fueron puestos en crisis, ni por el juez de la instancia de origen (fs.60) ni por esta Cámara (fs.66).

Resulta de interés recordar aquí nuevamente, tal como lo señalara el Procurador General, que queda exclusivamente reservada a la razonable y fundada decisión del órgano jurisdiccional la evaluación de la admisibilidad, incorporación, validez formal y consecuente valoración probatoria que cabrá asignar a esa diligencia, cuya reproducción o ampliación podrá disponer; ello, sin perjuicio de las eventuales discrepancias que sobre el mayor o menor alcance probatorio que el magistrado les otorgue y que puedan plantear las partes por las vías recursivas pertinentes.

*El segundo aspecto que señala el instructor es la “extemporaneidad” del cumplimiento. Tácitamente, afirma que con la vista del inciso 2° del art. 347 del CPPN finalizó la etapa instructoria, de modo tal que el aporte realizado cuando sólo se le dio vista al ministerio público para solicitar la elevación a juicio o el sobreseimiento del imputado, implicó un actuar funcionalmente excesivo.

La cuestión lleva a considerar cuándo debe estimarse finalizada la etapa instructoria, dato diverso a la apreciación de hallarse completa la instrucción que, necesariamente, debe hacer el juez en una oportunidad posterior al dictado del procesamiento, para recién entonces habilitar la vista del art. 346 del CPPN. Considerando que la hipótesis de sobreseimiento pone fin al proceso (art.335 del mismo cuerpo legal), puede decirse que la clausura de la instrucción se verifica únicamente frente al dictado del decreto o del auto que disponen la elevación a juicio (art. 353).

En principio, en actuaciones como la presente -donde no hay acusador particular- puede afirmarse que, formulado el requerimiento de elevación a juicio por parte del fiscal o solicitado por éste el sobreseimiento del imputado, fenece su oportunidad de requerir nuevas pruebas. Salvo que, con posterioridad a ello y antes de la clausura de la instrucción, lleguen a su conocimiento circunstancias que, por su entidad modificatoria sustancial de la base fáctica y/o de las atribuciones de responsabilidad, se impongan como medidas de ineludible cumplimiento por su habilidad para modificar el sentido incriminatorio sostenido o porque, contrariamente, permitan postular el sobreseimiento del encausado

Con la petición de elevación a juicio del fiscal termina también la oportunidad de la defensa porque la vista del art. 349 del CPPN restringe sus fa-

31.980.- Apelación interpuesta por el fiscal contra la decisión del 30/3/07 que dispuso el desglose de lo cumplido en los términos del art. 26 de la ley 24.946 y denegó las medidas solicitadas. c 39.095/06 “Dorado, Cristian L s/ abuso deshonesto”. Sala V/29.

Poder Judicial de la Nación

cultades, exclusivamente, a la deducción de excepciones no interpuestas y a la oposición a la elevación a juicio.

Por el contrario, cuando el fiscal no ha requerido la elevación ni solicitado el sobreseimiento en ocasión de la vista del art. 346 ni en la que, en función de ese mismo artículo, pueda correrse en una ocasión ulterior, no precluye su derecho al requerimiento, porque su actividad en tales casos es indispensable (Código Procesal Penal de la Nación Guillermo Navarro-Roberto Daray, tomo 2, página 954 “Las diligencias probatorias”, Hammurabi, 2004).

De lo expuesto, cabe concluir que ni la actuación del fiscal Donoso Castex en los términos del art. 26 de la Ley 24.946 ni la subsiguiente solicitud de prueba formulada han sido extemporáneos; particularmente, en el último de los aspectos, por cuanto apenas tuvo conocimiento de los nuevos datos proporcionados por la víctima (el 27 de marzo ppdo.), los allegó al tribunal y realizó su petición (28 de marzo siguiente).

Por tanto, corresponderá revocar la decisión de desglosar la prueba que actualmente obra agregada a fs. 99/115.

Una postura como la asumida por el magistrado en el caso concreto, lejos de coadyuvar a la coexistencia y armonización de los aspectos de dos normas -en principio contradictorias- tales como el art. 26 de la ley 24.946 y el art. 194 y cc del CPPN, en realidad llevaría al desplazamiento de la primera por la segunda y a la nula aplicación de aquélla en todos los casos en que la investigación quede formalizada en cabeza del juez.

El efecto de una interpretación de esa índole sería la derogación judicial de una norma expresamente sancionada por el legislador (“Alcance de las facultades de investigación del Ministerio Público en el marco del artículo 26 de la ley 24.946”, Daniel Morín, LL (T. 2000-E, pág.318).

Establecidos los extremos precedentes -legalidad del procedimiento bajo el cual se obtuvo la prueba, temporalidad de su obtención y falta de exceso en la actuación del representante fiscal en el caso concreto- no pueden dejar de considerarse, positivamente, los nuevos datos que surgen de la declaración de Coria y, subsiguientemente en idéntica forma, las medidas de prueba solicitadas por el fiscal (puntos III y IV de fs.118/119), en términos de la averiguación real

del suceso histórico objeto de esta investigación, que es lo que en definitiva debe prevalecer.

También la afirmación en cuanto a que estas cuestiones “...no afectan el principio de congruencia y siempre atañen al mismo supuesto fáctico, pasible de ser atrapado por una agravante (siempre de carácter jurídico) que, precisamente, podrá ser abordada en la ulterior instancia.”, merece ser revisada.

Si la descripción del suceso ocurrido el 11 de julio ppdo., formulada en la indagatoria al encausado no se hubiera modificado frente a la declaración de la víctima que arrimara el fiscal, podría asistir razón al magistrado. Sin embargo, en el caso concreto, justamente, lo que ha habido a partir de los nuevos dichos de Coria es una alteración sustancial (por ampliación) de esa base fáctica.

La simple comparación del contenido entre las declaraciones de fs.6 y 113/115, muestra que en esta última se agregan los siguientes datos:

*Que cuando la víctima se cruzó inicialmente con el autor, éste le manifestó: “*Cómo me gustaría chuparte la concha y cogerte bien*”, entre otras groserías.

*Que la víctima le contestó: “*por qué no se lo hacés a tu madre.*”

* Que luego de continuar caminando unos metros por Chile, de repente y desde el umbral de una casa, salió este sujeto sorpresivamente, la agarró del cabello y la obligó a entrar a ese umbral, que era como un rectángulo metido hacia adentro con una puerta.

* Que intentó resistirse con todas sus fuerzas, lo tomó del pelo y gritó muy fuerte, pero no había casi gente por esa calle.

*Que la obligó a ponerse de rodillas y entonces pudo ver que tenía los pantalones bajos, un poco, no estaba totalmente desnudo.

**Que intentó introducirle el pene en la boca.

*Que la víctima se resistió, movía violentamente la cabeza para que no pudiera abrirla la boca, ante lo cual el autor le refregó el miembro por toda la cara, al tiempo que le decía frases tales como “*Chupámela, abrí esa boca con la que me insultaste y chupámela*” y cosas similares, mientras la denunciante continuaba luchando con él e intentaba pararse, porque continuaba en el piso, arrodillada.

31.980.- Apelación interpuesta por el fiscal contra la decisión del 30/3/07 que dispuso el desglose de lo cumplido en los términos del art. 26 de la ley 24.946 y denegó las medidas solicitadas. c 39.095/06 “Dorado, Cristian L s/ abuso deshonesto”. Sala V/29.

Poder Judicial de la Nación

*Que entonces pasó por el lugar una pareja de ancianos que le gritaron que la dejara, al tiempo que el hombre le tiró al agresor una piedra para que la soltara.

*Que en ese momento aprovechó para pararse e intentar escaparse, frente a lo cual el imputado la agarró de nuevo y, en el forcejeo, ambos cayeron al piso, como abrazados.

*Que la obligó a adentrarse en el umbral nuevamente y fue ahí que le metió las dos manos por adentro del pantalón e intentó introducirle los dedos en la vagina, cosa que no pudo porque la víctima se movía muy fuerte. En la ocasión, le hizo saltar el primer botón del pantalón.

*Que intentó arrancarle el pulóver verde y la remera celeste y blanca que tenía puestos, los que le rompió.

*Que dispone de esas prendas dañadas rotas para aportar y que no se las hicieron dejar en la comisaría en su momento porque no tenía otra cosa para ponerse.

*Que como no logró sacarle esas prendas, le introdujo las manos por debajo y la manoseó toda, al tiempo que la insultaba y le gritaba todo tipo de barbaridades. En todos los casos, luego de tocarle pechos y vagina, se lamía las manos.

*Que si bien cree que no logró introducirle los dedos en la vagina, alcanzó a tocarle esa zona.

*Que el manoseo era brutal, muy violento, habiendo quedado con rasguños en los brazos y la espalda, que recién vio al llegar a su casa.

*Que logró salir del zaguán y cayó nuevamente.

*Que entonces él la arrastró para tratar de meterla nuevamente adentro. Que ante ello se quedó tiesa y empezó a gritar con todas sus fuerzas, frente a lo cual el autor se alejó riéndose y agarrándose el pene.

*Que el autor quería que le practicara sexo oral, le tenía el cuello fuerte, como ahorcándola, al tiempo que le llevaba la cara para abajo, a la altura de los genitales, mientras le decía que le chupara el miembro.

*Que finalizó con raspones en los brazos y la espalda; un moretón en el costado del ojo izquierdo, más cerca del pómulos; la oreja derecha lastimada; moretones en la zona de abdomen y pechos y los dedos marcados en los brazos.

*Que cree que el autor eyaculó en la oportunidad, porque cuando se quitó el pantalón tenía una mancha grande y varias chiquitas, como un salpicado.

USO
OFICIAL

*En orden a las intenciones de mantener relaciones sexuales con la víctima, refirió que, según recuerda, luego de la frase inicial le preguntaba violentamente: “*Es esto lo que querés?*”, considerando que se refería a obligarla a tener sexo

con él. De hecho, intentó que le practicara sexo oral bajo amenazas, pero la víctima se resistió a abrir la boca y lo evitó.

Los datos precedentes, no contenidos en la declaración inicial de fs. 6, revelan una importante modificación de la base fáctica que fuera impuesta inicialmente al imputado, de posible incidencia en cuanto a encuadramientos jurídicos diversos que el atribuido por el juez en el auto de cautela personal.

Por tanto, previa ratificación y/o ampliación si el juez lo considerare conveniente, resulta inexorable que se pongan en conocimiento del imputado y que se los incluya en la descripción de los hechos del auto de procesamiento que, en cuanto a ese acápite, deberá modificarse.

Así pues, en consideración a un doble motivo: el hecho de que la diversidad fáctica ahora conocida y aún no comunicada al encausado podría lesionar su derecho de defensa, y la circunstancia de que en este sumario se halla vigente la etapa instructoria, habrá de revocarse la decisión del juez instructor.

En el caso concreto, las circunstancias apuntadas en los párrafos precedentes abonan la razonabilidad de la pretensión del fiscal apelante, en aras del cumplimiento de su función en los términos del art. 69 del CPPN.

Por ello, el tribunal resuelve:

Revocar la decisión de fs. 120/121, por la que se ordenó el desglose de las actuaciones producidas por el titular de la Fiscalía de Instrucción N°20, obrantes a fs. 99/115, y se denegaron las medidas probatorias propuestas a fs.118/119.

Notifíquese y devuélvase. Sirva lo ordenado de atenta nota.

María Laura Garrigós de Rébori

31.980.- Apelación interpuesta por el fiscal contra la decisión del 30/3/07 que dispuso el desglose de lo cumplido en los términos del art. 26 de la ley 24.946 y denegó las medidas solicitadas. c 39.095/06 “Dorado, Cristian L s/ abuso deshonesto”. Sala V/29.

Poder Judicial de la Nación

Rodolfo Pociello Argerich

Mario Filozof

(por su voto)

////te mí:

Fernando Collados Storni

Secretario

El juez Filozof dijo:

Como la manera en que se glosarían las piezas acompañadas por el Ministerio Público permitirían el control de la parte (art.202 del CPPN), adhiero en un todo a los votos que anteceden.

**USO
OFICIAL**

Mario Filozof

Ante mí:

Fernando Collados Storni

Secretario