

CASO N° 2: CONCURSO N° 194

➤ Datos previos a tener en cuenta para resolver el recurso instaurado:

Para contextualizar la plataforma fáctica, se deben tener presente los siguientes aspectos: El caso versa sobre una investigación penal a partir de la imputación al Sr. ERNESTO GOMEZ, del delito de "aborto" art. 85 inc. 1° del Código Penal.

La denunciante se trataba de la Sra. MABEL DIAZ, quien fuera pareja de GOMEZ, y adujo que este último, quien resulta ser médico le suministró dos pastillas de un medicamento que provoca el aborto. Que el medicamento se lo suministró aduciendo que le calmarían el malestar de estómago que sentía en ese momento, sin que pudiera DIAZ conocer los efectos de tal droga. Más tarde (según la denunciante) se enteró que dicho fármaco le provocó el aborto del embarazo que atravesaba, con apenas cuatro semanas de gestación. El Dr. GOMEZ fue imputado por el delito del art. 85, y luego de transitar la colección de la prueba en la etapa de la investigación penal, el propio Fiscal Penal, solicitó al Juez de Garantías que dicte el sobreseimiento del imputado. Lo propio hizo la defensa técnica del nombrado.

El Juez de grado, hizo lugar a lo solicitado por el Ministerio Público Fiscal y por el Defensor Penal.

Entre los fundamentos esgrimidos por el fallo emitido por el magistrado, se valoró que:

E. MAHIAS S. ADET FIGUEROA
ABOGADO
M. P. 7416
M. P. 104 P. 1.3

[Firma manuscrita]

“En primer lugar, cabe destacar que durante la Investigación Penal Preparatoria, el Juez de Garantías tiene competencia semiplena respecto a la responsabilidad delictual del imputado en relación a los hechos denunciados. Esta competencia, comprende la facultad del Juez de Garantías de disponer el sobreseimiento en aquellos casos estipulados por la Ley.

En este contexto, el Código Procesal Penal regula dicha potestad jurisdiccional, las causales de naturaleza objetiva, surgiendo implícitamente la potestad “semiplena” del Juez de Primera Instancia, por cuanto puede y debe valorar objetivamente los hechos debiendo disponer el cierre de la persecución penal en contra del imputado de encontrarse probada la certeza positiva, o en su caso, que no exista elemento de cargo alguno respecto al hecho atribuido al imputado o a su participación.-

Al respecto, se ha dicho en relación al sobreseimiento, que “...para que sea precedente su dictado se requiere la evidencia, esto es, la certeza acerca de supuestos de hecho y derecho que encuadren en alguna de las causales que enumeran las leyes procesales. Esta exigencia de certeza no importa que deba limitarse su procedencia solo a los supuestos en que se acredite que el hecho no se ha cometido o que el imputado no ha intervenido en él, sino también cuando ninguna prueba de cargo exista en relación con estos extremos.” (Eduardo Jauchen, Proceso Penal Sistema Acusatorio Adversarial – Ed. Rubinza Culzoni -1º Ed. Revisada, p. 272).-

Asimismo, cabe señalar que nuestro sistema Procesal Penal es de índole acusatoria, siendo el Ministerio Público Fiscal el órgano encargado de la recolección de elementos de investigación, por lo que siendo un órgano extrajudicial e independiente del

Poder Judicial, no cabe la posibilidad de que el Juez de Garantías se pueda inmiscuir en las facultades de dicha parte, lo cual también se desprende del Principio de División de Roles imperantes en el proceso acusatorio.

Delimitado el marco jurídico, en el caso *sub examine*, tengo que las presentes actuaciones se iniciaron con la denuncia de MABEL DIAZ, quien manifestó que GOMEZ le habría provocado un aborto no consentido al suministrarle la droga en su casa. En este sentido, cabe analizar si existen elementos de cargo respecto a la existencia del hecho y la participación del imputado.

Surge del Legajo de Investigación Fiscal, concretamente por las ecografías aportadas por la denunciante, la existencia de un embarazo y que el mismo no llegó a su fin. Sin perjuicio de ello, no rola en el Legajo ningún elemento de cargo que indique la existencia del accionar del señor GOMEZ y que este accionar sea imputable objetivamente al mismo o sea nexo causal de la interrupción del embarazo, como asimismo, debido a la tardía denuncia por parte de la señora no existe posibilidad alguna de realizar examen del cual se desprenda que la interrupción haya sido provocada por la droga.

En efecto, si bien se cuenta con diversas declaraciones testimoniales, las mismas, dada la relación de amistad y cercanía con la denunciante, indican que los declarantes conocieron los hechos y sus circunstancias, por los dichos de la nombrada, pero no desde su propia experiencia.

Asimismo, la querellante particular aludió a la existencia de mensajes eliminados y sustanciosos audios que destruirían la certeza positiva. Al respecto,

entiendo que dichos mensajes eventualmente podrían acreditar una relación sentimental entre ambos, no surge elemento que conduzca a probar el accionar denunciado que diera origen a estas actuaciones, esto es el efectivo suministro del medicamento, y la intencionalidad de provocar la interrupción del embarazo. Asimismo, destaco que los mensajes fueron aportados por la denunciante, no siguiéndose los procedimientos legales estipulados para la extracción e incorporación de los mismos, proceso el cual tiene como objeto proteger la intimidad de los involucrados, solo incorporando aquellos elementos relacionados al hecho y no a la vida personal, que exceden el marco del caso *sub examine*, y vulneran el principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Situación similar presentan los audios aportados por la denunciante, siendo ello óbice para considerarlos dentro de la Investigación Penal Preparatoria, como así también en un plenario, la ilegalidad en su obtención surgiendo en el caso de ser tenidos en cuenta, otro menoscabo a las garantías constitucionales del imputado, y de las personas involucradas (art. 287, 288, 289 del Código Procesal Penal de Salta).

En este sentido “...*La consecuencia de la regla de exclusión es la invalidez del elemento de prueba obtenido ilegalmente o en violación de las formas procesales para su producción; de modo que el órgano jurisdiccional no podrá basar ninguna de sus decisiones, parcial no indirectamente, en una prueba viciada por esas razones...*” (Eduardo Jauchen, Proceso Penal Sistema Acusatorio Adversarial –Ed. Rubinza Culzoni -1º Ed. Revisada, p. 309).-

Por todo lo expuesto, surge inequívocamente que la inconsistencia de los elementos de cargo, da lugar a la certeza Positiva requerida para disponer el Sobreseimiento de GOMEZ, siendo agotada la investigación fiscal, la existencia de meros indicios inconducentes fundamento alguno para continuar con la Persecución Penal del Imputado no sopesar sobre el mismo las cargas del Proceso.”

En contra del sobreseimiento dictado, la Sra. DIAZ quien ya se había constituido en querellante particular en tiempo y forma, interpuso recurso de apelación en contra del sobreseimiento dictado a favor del imputado GOMEZ.

- **Escrito de la Querella particular fundando el recurso de apelación interpuesto en contra del sobreseimiento de GOMEZ:**

PRESENTA INFORME ESCRITO – EXPRESA AGRAVIOS.-

Tribunal de Impugnación:

MABEL DIAZ, actuando por derecho propio, con patrocinio letrado acreditado, en estos obrados caratulados *“DIAZ, Ernesto s/Aborto en perjuicio de DIAZ, Mabel”* Expte. N° 8000/19 de trámite ante este Tribunal, a Los Señores Jueces de Cámara, digo:

I.- Que habiendo optado por el modo escrito para la expresión de agravios del recurso de apelación interpuesto oportunamente, vengo en tiempo y forma, a expresar agravios en la presente causa respecto del fallo de primera instancia que se pretende impugnar, bajo los parámetros del CPPT; más las consideraciones de hecho y derecho que se exponen a continuación.

II.- EXPOSICIÓN DE AGRAVIOS:

Indebida y arbitraria valoración. Ausencia de debida motivación: Nutrida cantidad de prueba existente:

Que puesto a analizar las consideraciones de S.S. (que es lo que acá debe concentrar la crítica ante esta oportunidad procesal), dice en su primer punto de análisis que *“debe disponer el cierre de la persecución penal en contra del imputado de encontrarse probada la certeza positiva, o en su caso, que no existan elemento de cargo alguno respecto del hecho atribuido al imputado o a su participación”*, rematando el concepto en la división de facultades y que ello es exclusiva misión del Fiscal, sin poder la magistrada ocuparse de la colección de nuevos elementos.

Relativiza la validez de los testimonios; cuestiona la incorporación de los mensajes aportados; reconoce el embarazo y la droga; cuestiona con invalidez probatoria los audios, por “ilegales” desconociendo el principio de libertad probatoria, desconociendo la posibilidad de citación a declarar a la interlocutoria grabada, etc. recurriendo a la regla exclusión probatoria equivocadamente.

Concluye con ello en una “certeza positiva”, por existir “meros indicios”.

Ha incurrido acá Sr. Juez en el mismo error en que incurriese el Fiscal: pretender anticipar todo lo que está reservado para un juicio propiamente dicho, a una etapa previa y preparatoria que no está concebida para ello.

Ignora así la cantidad de elementos indiciarios y prueba colectada, contando con la farmacología de la droga suministrada informada por el y sus consecuencias, contando con dos testimonios de relevancia, más relevantes y sustanciosos audios reservados en autos, que aparentemente no habría revisado, atreve a arrogarse las potestades del Tribunal de Juicio y en soledad afirmar que ello no resultaría suficiente para precisar la individualización del imputado; como si pretendiese tener hoy la totalidad de pruebas y certezas, que llegaría luego de un Juicio.

Realmente solo la arbitrariedad o una aplicación reñida con la sana critica, podría desconocer el elevado valor indiciario de los elementos colectados; para, luego de leer la transcripción de los diálogos realizados a través de SMS, no sea el encartado quien embarazara a la víctima, y quien debido a su situación familiar y conocimientos científicos no sea quien proveyó tan destructiva droga, o ¿Habría otro interesado para el Sr. Fiscal?.

Otro error que comete el M.P.F, -y ahora convalida ilegítima y arbitrariamente el Sr. Juez- que convierte en aun más arbitrario lo resuelto, es soslayar la desgravación de clarísimos audios, echando mantos de duda al decir *"sin perjuicio de la virtualidad probatoria que tenga la lista de mensajes adjuntados, teniendo en cuenta que con copias simples"*; es su obligación, puesta es sus manos por el estado democrático y republicano, elegir y esperar, los informes de las empresas prestatarias, y si aún no le fueron

7


respondidos, proceder al correspondiente pedido de prórroga, exigir su insistencia y así valer el imperium delegado por el estado; aún más, sin duda –como lo señala en dictamen respecto de su veracidad- será el juicio, lejano en el tiempo aun, el que se encargará de exigir y recepcionar las informaciones que brinden las prestatarias telefónicas.

Tampoco es un indicio o prueba menor, advertir las fuertes mendacidades del encartado, con contradicciones y falsedades vinculadas a que nunca atendió a la Sra. DIAZ, existiendo incorporadas una importante cantidad de recetas en legajo, y constancias de atenciones en instituto “de medicina” y laboratorio bioquímico, las que a todo evento fueron incorporadas en copia en estas actuaciones. Existe en consecuencia una arbitraria y errónea valoración de la prueba.

En síntesis, muy lejos está de la “certeza negativa” que autorizaría acoger el pedido de sobreseimiento: segundo, no existe no está contemplado el sobreseimiento por “falta de pruebas” en esta etapa, pues la prueba se produce durante el juicio; tercero, existen sobrados elementos someramente citados –propios de la recolección sobrada que ha dicho la Investigación penal, para permitir dar vida a un juicio y a una inmediación que permita el acceso a la VERDAD a la víctima; pero nunca truncan de manera tan arbitraria la posibilidad de llegar a tal estado que garantice la “determinación de sus derechos”, ser oída y la protección de los derechos reclamados.

Es una verdad consabida del nuevo sistema procesal acusatorio, que la prueba incriminatoria se reúne en el juicio, no en la Investigación, pretende arbitrariamente con su libelo de una carilla el Fiscal, absorber la potestad que el C.P.P.T reserva al Tribunal

de Juicio. Como puede arrogarse la adivinación de eventuales resultados de careos, intermediación y examen del mérito de los testigos a deponer, ampliaciones o verdades que aún no se dijeron, si impide abruptamente la posibilidad de acceder a tal instancia.

En otras palabras: ello le confiere a la investigación penal un evidente carácter preventivo que viene a reforzar la eficacia tutelar de las medidas cautelares en el proceso penal; no para producir prueba de certeza apodíctica que justifique un sobreseimiento, aun en contra de los paradigmas que estableciera el Fiscal superior con anterioridad, más allá de los cuales el Fiscal inferior nada hizo ni avanzó en la prueba

Lo concreto, contundente e indiscutible en autos, es que el Fiscal, nada hizo por esta investigación, abdicando de la obligación estatal, constitucional y convencional de así hacerlo; siempre la querella se debió enfrentar a la necesidad UNIPERSONAL de una sola persona, el fiscal, que nunca quiso investigar, lo que convierte en antirrepublicano, ilegítimo, inconstitucional e inconvencional a lo acá ocurrido; nunca puede encontrarse en manos de una sola persona tamaña determinación, sino que deben habilitarse las vías para que ello no sea fruto de una obstinación, o capricho; el control es un acto esencial de todo sistema republicano. Estamos ante una omisión de investigación.

La obligación que lleve a la averiguación de la verdad –derecho inalienable de la víctima- y que el sistema republicano coloca de manera exclusiva e indisponible sobre el M.P.F ha sido pulverizada y severamente conculcada.

El deber de motivación se encuentra enderezado a despejar el margen para la arbitrariedad o la irrazonabilidad y asegurar su revisión; debiendo ser la misma debida y

suficiente, excluyéndose la “motivación aparente”, conminando de nulidad al acto ante su ausencia.

El deber de motivación constituye un presupuesto procesal de validez de toda resolución judicial, dotándola de un proceso lógico justificante de su conclusión razonada, despejando de ese modo el margen a la arbitrariedad; a contrario sensu, todo defecto o vicio de inmotivación abre las puertas al cuestionamiento por arbitrariedad.

La víctima, puede objetar el pedido de sobreseimiento solicitando su revisión. En este sentido se ha dicho que: La querella (...) puede adquirir notas autonomía a partir de la actividad prescindente del Ministerio Público Fiscal, no solo en la parte final del proceso e inicial, cuya constitucionalidad ha quedado fuera de discusión, sino a cuenta de los criterios establecidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos y las consecuentes pautas que, en torno a la querella, se fijaran fundamentalmente por la CSJN en los casos “Santillán” y “Quiroga”.

Es posible actualmente iniciar la actividad investigativa cuando se ha legitimado al particular damnificado y el Ministerio Fiscal no ha concretado la requisitoria de instrucción sumarial, situación que es predicable igualmente para el supuesto de que ya dictado auto de procesamiento, solo la querella requiere la elevación de la causa a juicio.

III.-PETITORIO:

Por lo expuesto pido:

1º) Se tenga por motivado RECURSO DE APELACION.-

2º) Haga lugar al mismo, se revoque sobreseimiento y ordene proceder conforme manda el código de rito.

Provéase de conformidad, JUSTICIA.-

Mabel Díaz (Querellante Particular)

-----O-----O-----O-----

CONSIGNA:

A).- Con los antecedentes propuestos, y el escrito que emula la motivación del recurso interpuesto, resuelva el mismo conforme la normativa local y constitucional vigente, más un debido control de convencionalidad:

