

**Nº 191 /** En la ciudad de Resistencia, Capital de la Provincia del Chaco, a los **dieciseis** días del mes de **diciembre** del año **dos mil trece**, reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Segunda en lo Criminal y Correccional del Superior Tribunal de Justicia, **MARÍA LUISA LUCAS y RAMÓN RUBÉN AVALOS**, quienes emitirán su voto en ese orden, asistidos por el Secretario Autorizante **MIGUEL ANGEL LUBARY**, tomaron conocimiento del expediente **Nº 1-34.368/12**, caratulado: **"B.E. S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VÍNCULO"**, con el objeto de dictar sentencia conforme los **artículos 472 y cctes.** del Código Procesal Penal.

Seguidamente la Sala Segunda plantea las siguientes **CUESTIONES**

**1º) ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto a fs. 348/360 y vta.?**

**2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, MARÍA LUISA LUCAS dijo:**

I- La defensa particular impugna mediante esta vía recursiva el fallo N° 198 dictado por una Sala Unipersonal de la Cámara Tercera en lo Criminal de esta ciudad y obrante a fs. 292/344, en el que - en cuanto aquí interesa- se condena a **E.B.** como autor penalmente responsable del delito de **ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL CALIFICADO POR LA CONDICIÓN DE ASCENDIENTE** (art. 119 párrafo 3ro. inc. "b" 1er. supuesto del CP), a la pena de **DIECIOCHO AÑOS de PRISIÓN de cumplimiento EFECTIVO**, con accesorias legales y costas.

El a quo, en resolutorio de fs. 361 y vta., concede la impugnación elevando la causa (fs. 365), que se radica en esta Sala Segunda, donde se le imprime el trámite respectivo.

Luego de exteriorizar el objeto de su presentación, antecedentes del caso y motivos recursivos, plantea la nulidad de las declaraciones prestadas por las menores D.B. y Y.B. en Cámara Gesell (fs. 32/33), trascendentes a su criterio para resolver el caso, por no haber estado presente en ellas ningún defensor del imputado que controle su producción y ejerza el derecho de formular preguntas, violándose de tal modo el derecho de defensa en juicio y garantías constitucionales que consigna. Transcribe párrafos del fallo donde el a quo da razones para rechazar este agravio ya impulsado en sus alegatos del debate. Aporta abundante doctrina y jurisprudencia que -entiende- apoyan su posición respecto al tema.

Aduce que el interrogatorio efectuado a dichas menores contradice lo dispuesto por el art. 131 in fine del CPP y no siguió los parámetros establecidos por las guías prácticas internacionales para llevarlos a cabo en Cámara Gesell; consigna las preguntas que considera no focalizadas ni abiertas, sí sugestivas.

Señala que no surge de los dichos de la madre ni de ningún otro indicio, que las menores hayan sido abusadas y que nadie se percatara de ello en una casa de dos habitaciones donde vivían nueve personas. Sostiene que no fue quebrantado el principio de inocencia de su defendido, por lo cual impulsa la declaración de nulidad de dichas declaraciones por violar garantías constitucionales y la

consecuente absolución del mismo, por no existir otra prueba de cargo en su contra, petición que reitera al finalizar su presentación, con reserva del caso federal.

**II- 1)** El a quo tuvo por acreditado que *aproximadamente desde el mes de mayo al día 30 de octubre del 2011, E.B. en el interior de la vivienda sita...Barranqueras, accedió carnalmente en contra de su voluntad en forma reiterada a la menor D.M.B., de 13 años de edad, hija del acusado, intimidándola con amenazas de matar a su madre y a ella misma si no accedía a su pedido; igualmente y durante el mismo período supra consignado, ese mismo imputado y en el mismo lugar accedió carnalmente y en contra de su voluntad en forma reiterada a la menor Y.J.B., de 11 años de edad, hija del acusado, intimidándola con amenazas de matar a su madre y a ella misma si no accedía a su pedido.*

Reseñados del modo supra expuesto los agravios defensivos, cabe examinar el pronunciamiento en función a los argumentos que resulten atendibles, sin perjuicio de atender además al cumplimiento de las condiciones necesarias para la validez general del fallo (CSJN, Fallos 325:1227, in re "Caric").

**2)** Atendiendo al embate recursivo central, la Defensa de E.B. impulsa la declaración de nulidad de las declaraciones prestadas por las menores damnificadas a través del método de Cámara Gesell, por no haber estado presente en ellas la defensa del imputado que controle su producción y ejerza el derecho de formular preguntas, violándose de tal modo -dice- el derecho de defensa en juicio y otras garantías constitucionales.

Examinados los antecedentes del caso, se verifica que en fecha 08/11/11 E.B. ejerció su defensa material prestando declaración de imputado (fs. 21 y vta.), con la presencia de la entonces defensora oficial que designara. Mediante decreto de fs. 25, se señaló audiencia para que las menores presten declaración en Cámara Gesell, *de lo cual fue notificada dicha defensa del imputado mediante cédula cuyo diligenciamiento obra a fs. 38 y vta.*, sin que haya asistido a la realización de tal acto como consta en el acta respectiva.

Recordando lo argumentado por el recurrente en cuanto que fue violentada la garantía de la defensa en juicio, resulta tema de esta cuestión el alcance del derecho que detenta de interrogar a los testigos que asisten ante las autoridades judiciales competentes, en consonancia con lo establecido por el art. 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.3.e del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

Frente a las particularidades que ofrece el caso sub examen, se impone concluir que este agravio casatorio no puede prosperar, toda vez que debe entenderse que no se han visto frustradas las posibilidades defensivas alegadas por la parte recurrente, puesto que la producción de esas pruebas le fue efectivamente comunicada (art. 225 bis inc. 2° del CPP) a la entonces asistente técnica de E.B., quien tuvo la posibilidad de asistir a los actos pertinentes y proponer a la Fiscalía sus inquietudes antes de su iniciación y durante el transcurso de los mismos (art. 225 bis inc. 3° de rito), implicando ello que tuvo la efectiva oportunidad de controlar la producción de dichas piezas probatorias, como de intervenir en el interrogatorio a las menores por la vía prevista para ello, sobre todos los aspectos fácticos del caso que considerara de utilidad para el adecuado ejercicio de defensa. Aquí su ausencia a dicho acto obedeció a una decisión discrecional en la que el tribunal no tuvo injerencia alguna, descartándose consecuentemente la invocada violación del derecho de defensa.

No obsta para ello que se tratara de una diligencia llevada a cabo en la etapa de la investigación penal preparatoria, toda vez que en la diligente tarea de la defensa técnica interesada en el control

de la prueba, le corresponde arbitrar los medios para asegurar el ejercicio de su derecho durante el desarrollo de tales actos, en los que representa a su defendido a todos los efectos de los

mismos (Cfr. art. 225 bis inc. inc. 4° último ap., CPP); no empece a ello, la sustitución de la defensa técnica ocurrida durante el desarrollo del proceso, advirtiéndose -por otra parte- que el casacionista ofreció como pruebas las mentadas declaraciones de las menores, para luego proponer la nulidad de las mismas por las razones supra consignadas.

Oportuno resulta aquí recordar lo que he señalado in re "Toledo...", Sent. 54/13, en cuanto que:

*"La doble finalidad (terapéutica y probatoria) del acto de recepción de las manifestaciones del menor impone una forma de proceder completamente diferente que la prevista para el común de los testigos, dado que es necesario que ninguno de estos fines sea sacrificado en aras del otro. Para compatibilizar pues ambos fines es que el Derecho positivo establece, con algunas variaciones, determinadas pautas para la recepción del testimonio del menor abusado: a) La necesidad de recibir la declaración en un ámbito adecuado alejado de la presencia del imputado (por ej. en cámara gesell); b) la necesidad de que la entrevista sea conducida por un psicólogo especialista en niños y adolescentes y c) **la necesidad de evitar la repetición del acto**"* Fernando Díaz Cantón - Declaraciones de menores de edad víctimas de abuso en Cámara Gesell y el derecho del imputado a la confrontación con los testigos de cargo. Publicado en Revista de Derecho Procesal Penal - La prueba en el Proceso Penal -I- 2009, pág. 233.

La postura sustentada en el presente, ha sido compartida por distintos fallos:

*"Fue acertada la decisión del tribunal de no citar nuevamente a la niña, que ya había declarado mediante la Cámara Gesell, evitando así su victimización con respecto al proceso (...). El testimonio de la menor víctima en la Cámara Gesell satisfizo las posibilidades de defensa en juicio, ante la designación de un funcionario que controlara la legalidad del acto en representación del eventual imputado"* STJ de Chubut "López Luis Alberto p.s.a. de abuso sexual a J.B.L., Expte. 20402-L, año 2006, criterio que en lo pertinente fue expuesto por el a quo cuando no accediera a repetir los actos como solicitara la defensa recurrente.

En la misma línea los magistrados de la Sala II de la Cámara de Casación Penal, en un supuesto de hecho similar al del fallo anterior señalaron:

*"...La tutela a los derechos de la víctima contenida en la ley ritual no es sino un reconocimiento a su dramático protagonismo en el hecho objeto del proceso, orientado incluso a procurar que su participación no signifique una revictimización, vale decir, que no sea víctima también del proceso"* CN Cas. Pen., Sala II, 15-12-98, "Barrera, Alfredo s/Recurso de Casación", causa 1836, todo lo cual en lo que corresponde, solidifica el criterio de otorgar validez a aquellos actos evitándose además su repetición por la razón destacada.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde consignar también que estas objeciones recursivas carecen de aptitud para producir el efecto pretendido, toda vez que no se señala la existencia de un perjuicio concreto a raíz de las circunstancias denunciadas (esta Sala in re "Romero Ariel", Sent. 185/05) ya que si bien alega la vulneración del derecho de defensa, sin embargo, omite indicar concretamente cuáles habrían sido las defensas que no pudo oponer ni de qué modo el vicio influyó en el ejercicio de los derechos de su parte, por lo cual, en tales condiciones, la pretensión

nulificatoria solo respondería al interés del formal cumplimiento de la ley, sin una finalidad práctica, y, para poder pronunciarse en ese sentido, es necesaria la existencia de un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues la declaración de nulidad no procede en el solo interés del formal cumplimiento de la ley (CSJN, Cfr. doctrina de Fallos: 295:961; 298:312, 318:1798, entre otros), resultando inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de una nulidad por la nulidad misma (Fallos 303:554).

Esto es así, por cuanto la nulidad por vicios de forma carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal, exigiéndose para su procedencia, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho (Fallos 323:929), lo que no se verifica en el sub examen (Cfr. esta Sala in re: "Coman...", Sent. 10/13).

**3)** Se pretende también conseguir la nulidad de las versiones de ambas menores, alegándose que el interrogatorio efectuado a ellas contradice lo dispuesto por el art. 131 del CPP al estar compuesto de preguntas indicativas, capciosas y sugestivas. Este arista impugnatio tampoco puede prosperar, por las razones que seguidamente serán expuestas.

Recuérdese que frente a este tipo de impugnaciones, necesario es verificar si fue respetada la oportunidad procesal en que deben ser planteadas, partiendo de la base que en el caso no se trata de una nulidad absoluta, compartiendo lo dicho por Cafferata Nores-Tarditti (CPP Cba., T. I, pg. 376). El art. 462 inc. 2° del CPP refiere a los motivos por los cuales procede el recurso de casación: cuando "...el recurrente hubiera reclamado oportunamente la subsanación del defecto, si era posible, o hubiera hecho protesta de recurrir en casación".

Vistas las actuaciones a partir de los actos objetados concretados por vías de Cámara Gesell, no se verifica ningún reclamo tendiente a subsanar el pretendido defecto durante la investigación penal y hasta el término de citación a juicio, como se impone para el caso según el art. 187 inc. 1° del CPP; consecuentemente, fue convalidado el supuesto vicio impulsor de esta impugnación, al tratarse de una nulidad relativa y sin que se hayan cumplido las condiciones formales contenidas en dichas normas.

Por tales razones, en el entendimiento de que el vicio de forma alegado, en la hipótesis de haberse configurado, constituiría una nulidad relativa (Cfr. Nuñez, "Cód. Proc. Penal...Cba.", 2da. Ed., pg. 116), que por propia inactividad habría ocasionado la sanatoria de los actos procesales supuestamente viciados (art. 188 inc. 1° del CPP), resulta aquí inoficioso expedirse sobre el asunto por no conservar eficacia anulatoria.

Sin perjuicio de lo expuesto, que ya basta para desestimar este agravio, oportuno resulta poner de manifiesto que del análisis de esta cuestión planteada por la alegada violación al art. 131 -en lo pertinente- del CPP, se verifica que aún excluyendo las preguntas consideradas como indicativas, capciosas y/o sugestivas que señala la defensa, el resto de las versiones de las menores conforma preponderante prueba de cargo respecto de la materialidad de los hechos y la autoría responsable en los mismos del imputado Erminio Barrios. Es decir, que aún prescindiéndose de las respuestas dadas por aquéllas a las preguntas cuestionadas en este tramo impugnatio, igualmente mantiene su solidez la motivación del pronunciamiento puesto en crisis, no habiéndose demostrado lo contrario en la tarea casatoria convocante.

4) La investigación de estos hechos se inicia con la denuncia que radica la madre de las menores, C.B.A., a las 02,10 hs. del 07/11/11, sosteniendo que el día anterior aproximadamente a las 19,00 hs. tomó conocimiento de los mismos por lo que le contaron sus hijas D.M.B y Y.J.B.

Determinada supra la validez probatoria de los dichos en Cámara Gesell, cabe recordar que el desenlace condenatorio -como también lo sostiene el recurrente- presenta decisivo sustento en los relatos efectuados por las menores D.M.B. y Y.J.B., calificados por el a quo como contestes en las cuestiones esenciales, porque *"no mintieron, contaron lo que les ocurrió en el seno de la familia, contaron que fue su padre quien realizó los actos de abuso y contaron las circunstancias en las cuales se dieron esos abusos. Ambas menores fueron coincidentes en detalles, lugares comunes, en la sucesión de quien fue abusada en primer lugar, no hubo fisuras en cuanto a que nadie sabía de lo ocurrido, incluso en un primer momento no sabían entre ellas lo que le ocurría a la otra...que todo ocurría cuando su mamá y hermanos no estaban, dormían o estaban en otra habitación"*, no hallando elementos para concluir que ellas fabularon en perjuicio de su padre según lo informado por la sicóloga interviniente.

La sentenciante continuó extrayendo de tales versiones, que *"D.M.B. y Y.J.B. eran objeto de abuso de su padre y tenían miedo de hablar, este miedo es producto de las amenazas que sufrían ya que Barrios permanentemente les decía -y en esto ambas son coincidentes- que si no accedían mataría a su madre y luego lo haría con ellas"*. Determinó el a quo que *"D.M.B. se entera de lo que le pasa a la hermana cuando ésta un día estaba llorando y ante la interpelación de D.M.B., Y.J.B. le cuenta lo que le ocurría...Pero hubo un día que se animaron a contar...Nos cuenta D.M.B. que se animó a contar porque su papá manifestó que seguiría con la menor de sus hermanas, V. Ese día D.M.B. no accedió a acostarse con su papá, éste la castigó prohibiéndole las salidas, y decidió hablar. La llamó a su mamá, la llamó a su hermana Y.J.B., y le contaron lo que ocurría. Nos cuentan del llanto de su mamá, de la sorpresa"* (Cfr. fs. 332/333 y vta.).

Entendió la sentenciante que los cambios alegados por la defensa -reeditados en esta sede- que debieron existir como sintomatología del abuso (baja del rendimiento escolar, dolores abdominales, hemorragias, etc.), se tratan de síntomas que dependen de cada situación particular que no necesariamente deben darse como una cuestión indefectible; *"lo de la escuela es relativo...cada niño responde a la situación de crisis de diversas formas, el secreto se guarda como se puede y se esconde de los demás de maneras diferentes. El rendimiento escolar es solo un indicio y no determinante. Lo relativo al dolor físico, son todas suposiciones del defensor, ya que no está acreditado que les doliera algo pero tampoco dicen que no les doliera.."*, concluyendo que no encuentra fisuras *"en la coherencia de los testimonios e informes que de manera cierta ponen en claro que el abuso existió y que el imputado hoy acusado fue el autor"* (Cfr. fs. 333 vta./334).

Lo supra consignado demuestra con suficiencia que durante la construcción del fallo impugnado, fueron puestas al descubierto razones idóneas y válidos argumentos con que se llegó a la conclusión que E.B. abusó sexualmente con acceso carnal de sus hijas D.M.B. y Y.J.B., contra la voluntad de ellas, factum que autoriza tener por consumado el delito que se le atribuyera.

Oportuno es recordar que el sistema de la sana crítica consiste en que la ley no impone normas generales para acreditar algunos hechos delictuosos ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir aquella que estime útil al esclarecimiento de la verdad, y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia común

(Cfr. CNCasación Penal, Sala III, 06/02/06, "Ranieri...", L.L., 2006, E, 193), parámetro dentro del cual fue conformada la sentencia de autos, por lo que su validez no admite discusiones.

También corresponde sea rechazada la alegada omisión de aplicar el principio in dubio pro reo en favor de E.B., dado que no se advierte en el caso, como ya se consignara, ninguna fisura lógica en el razonamiento de la sentenciante, puesto que ha meritado adecuadamente y conforme a las reglas de la sana crítica los elementos de prueba de que se sirvió para concluir sosteniendo la participación del nombrado en los hechos ventilados en las presentes actuaciones.

Como resultado de todo lo expuesto, los agravios examinados deben ser desestimados, por lo cual me expido negativamente en lo que fuera materia de esta cuestión.

**ASÍ VOTO.**

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, RAMÓN RUBÉN AVALOS dijo:**

Compartiendo las consideraciones y conclusión a la que arriba la ministra preopinante, voto en idéntico sentido.

**ES MI VOTO.**

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN, MARÍA LUISA LUCAS dijo:**

De acuerdo al resultado de la cuestión tratada anteriormente, corresponde **rechazar** el recurso de casación de fs. 348/360 y vta., con costas, regulando los honorarios profesionales del abogado Adrián Maximiliano Gaitán en la suma de Pesos Dos Mil Novecientos (\$ 2.900.-), de conformidad con las disposiciones arancelarias vigentes (Arts. 4, 7, 11 y 13). **ASÍ VOTO.**

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN, RAMÓN RUBÉN AVALOS dijo:**

Adhiero íntegramente a la solución propiciada en el voto que antecede. **ES MI VOTO.**

Con lo que se dio por finalizado el Acuerdo precedente, firmando los señores Magistrados presentes, por ante mí que doy fe.

**S E N T E N C I A N º 191 /**

Resistencia, 16 de diciembre de 2013.

**AUTOS Y VISTOS:**

Los fundamentos del Acuerdo que antecede, la Sala Segunda en lo Criminal y Correccional del Superior Tribunal de Justicia,

**RESUELVE:**

**I- Rechazar** el recurso de casación de fs. 348/360 y vta., con costas.

**II-** Regular los honorarios profesionales del abogado Adrián Maximiliano Gaitán en la suma de Pesos Dos Mil Novecientos (\$ 2.900.-), de conformidad con las disposiciones arancelarias vigentes (Arts. 4, 7, 11 y 13).

**III-** Regístrese. Notifíquese. Comuníquese a Caja Forense y oportunamente devuélvanse los autos.

**MARÍA LUISA LUCAS**, PRESIDENTA - **RAMÓN RUBÉN AVALOS**, VOCAL SUBROGANTE - **MIGUEL ANGEL LUBARY**, SECRETARIO

**- COPIA INFORMÁTICA -**