

Tribunal:[Tribunal Superior de Justicia]

Secretaria:[Secretaría Penal]

Sala:[Penal]

Fecha:[14 -11-2011]

Protocolo Nro:[176]

Tipo de Resolución:[R.I.]

Carátula:[**"RIQUELME, Eleazar Enrique - REYNOSO, Verónica Noemí s/Abuso sexual con acceso carnal agravado"**]

Expediente Nro:[55/11]

lervoto:[]

disidencia:[]

por su voto:[]

integrante 2:[]

integrante 3:[]

integrante 4:[]

integrante 5:[]

Sumario:[La Defensa deduce recurso de casación. Alega nulidad de las declaraciones indagatorias por incumplimiento de la exigencia prevista en el último párrafo del Art. 270 del C.P.P. y C., de la Cámara Gesell por falta de notificación a los imputados; inoperancia del tribunal en la obtención de prueba requerida por la parte y a la cual se le hizo lugar al comienzo del debate; censura la denegatoria sin fundamentos válidos de la realización de nueva Cámara Gesell; invoca violación al debido proceso al rechazar la nulidad del ofrecimiento de prueba de la querella particular; errónea aplicación de la ley sustantiva al aplicar las agravantes de 'guarda' y 'por la comisión de dos personas' y arbitrariedad de la sentencia en la

valoración de las pruebas colectadas en la causa.
También impugna la resolución que denegó la declaración
de inconstitucionalidad del Art. 96 ter del C.P.P. y C.
Inadmisibilidad.]

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA N° 176

NEUQUÉN, 14 de noviembre de 2011.

V I S T O S:

Estos autos caratulados "**RIQUELME, Eleazar Enrique - REYNOSO, Verónica Noemí s/Abuso sexual con acceso carnal agravado**" (expte.n°55-año 2011) del registro de la Secretaría Penal, venidos a conocimiento de la respectiva Sala del Tribunal Superior de Justicia; y

CONSIDERANDO:

I.- Que por resolución de fecha 01 de diciembre de 2010 (fs. 561/568), la Cámara en lo Criminal Primera de esta ciudad dispuso, en lo que aquí interesa: "(...) *rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 96 ter del CPPyC.*".

Posteriormente, por sentencia n° 60/10 (fs. 587/596), el mismo Tribunal resolvió: "(...) **PRIMERO:** **CONDENA**[R] a **ELEAZAR ENRIQUE RIQUELME**, (...), como autor material penalmente responsable del delito de **ABUSO SEXUAL agravado por haberse cometido con acceso carnal y doblemente calificado por haber sido cometido por quien ejercía la guarda de hecho y por dos personas** (art. 119, primero, tercero y cuarto párrafo, incisos b) y d) del Código Penal), a la pena de **ONCE AÑOS de prisión de efectivo cumplimiento**, más la inhabilitación absoluta por igual término de la condena y costas del proceso (arts. 12 del Código penal; 491 y 494 del C.P.P. y C.). **SEGUNDO:** **CONDENA**[R] a **VERÓNICA NOEMÍ REYNOSO**, (...), como autora material penalmente responsable del delito de **ABUSO SEXUAL agravado por haberse cometido con acceso carnal y doblemente**

*calificado por haber sido cometido por quien ejercía la guarda de hecho y por dos personas, en carácter de partícipe necesario (art. 119, primero, tercero y cuarto párrafo, incisos b) y d) del Código Penal), a la pena de **ONCE AÑOS de prisión de efectivo cumplimiento**, más la inhabilitación absoluta por igual término de la condena y costas del proceso (arts. 12 del Código Penal; 491 y 494 del C.P.P. y C.".*

Contra dichos pronunciamientos, los señores Defensores Particulares, Dres. Facundo Martín Trova y Alejandro de la Cruz Bustamante, interpusieron recursos de casación (fs. 627/631 y 659/709 respectivamente) a favor de los imputados **Eleazar Enrique Riquelme** y **Verónica Noemí Reynoso**.

II.- Que corresponde a esta Sala examinar si se han cumplido las prescripciones legales para que los recursos sean admisibles, conforme lo dispuesto por el Art. 397 del C.P.P. y C.:

1°) Los escritos fueron presentados en tiempo oportuno, ante el órgano que dictó los fallos atacados.

2°) El primer decisorio impugnado configura un auto equiparable a sentencia definitiva por violación de garantías constitucionales, mientras que el segundo lo es toda vez que pone fin a la causa.

3°) Los recursos resultan autosuficientes, porque su lectura hace posible interpretar cómo se plasman -a juicio de los quejosos- los agravios denunciados, la interpretación de las normas que se estiman inobservadas y la solución que proponen.

Por cuestiones metodológicas, analizaremos cada recurso separadamente. En efecto:

1) Recurso deducido a fs. 627/631: Básicamente, los recurrentes cuestionan el rechazo del planteo de inconstitucionalidad del Art. 96 ter del C.P.P. y C. y la continuación del proceso con la realización de las audiencias de debate con la intervención de la señora Defensora del Niño y del Adolescente en el rol de querellante que le otorga la norma atacada.

En tal sentido, entienden que la protección de las víctimas menores de edad dentro del proceso se encuentra asegurada en la Ley 2302 razón por la cual, pretender que la Defensoría del Niño y del Adolescente ejerza el rol persecutorio -conforme Ley 2605 al incorporar el Art. 96 ter al C.P.P. y C.- "*(...) es desconocer, (...), la objetividad que debe primar en todo proceso, la seguridad de que el objetivo sea realmente el descubrimiento y reconstrucción de la verdad real (...)*" (Cfr. fs. 628).

Invocan violación de los principios consagrados en los Arts. 16 y 28 de la C.N. -igualdad procesal de armas y razonabilidad- al otorgarse a la Defensoría del Niño y del Adolescente, tácita y solapadamente, las facultades del Fiscal, "*(...) no solo porque tiene iguales atribuciones desde el comienzo mismo del proceso, sino por la obligatoriedad de su intervención, la que le otorga carácter de orden público*" (Cfr. fs. 629. El subrayado corresponde al texto recursivo).

En definitiva, lo que cuestionan es la existencia de dos acusaciones provenientes del Estado destacando que el interés superior del niño se encuentra perfectamente protegido y respetado en nuestra Provincia a través de los Arts. 70 y 225 bis del C.P.P. y C.; última parte del Art. 72 del C.P. y Arts. 1, 15, 49, 96, 97, 98, 99 y 100 de la Ley 2302.

2) Recurso de fs. 659/709: Bajo los carriles casatorios previstos en el Art. 415 del C.P.P. y C. desarrollan los siguientes agravios:

A) Nulidad de las declaraciones indagatorias: Al momento de plantear las cuestiones preliminares, la Defensa solicitó la nulidad de las declaraciones indagatorias de fs. 63/64 y 65/66 por incumplimiento del último párrafo del Art. 270 del C.P.P. y C. al no dejarse expresa constancia de que los imputados daban su consentimiento para que el acto se realizara sin la presencia del Defensor.

Expresan que: *"Soslayar o minimizar [-como hace el Dr. Mario Rodríguez Gómez en su voto-] el incumplimiento de un requisito tan claramente establecido en el código de forma, aduciendo que el perjuicio es menor o que no existió porque optaron por no declarar, es a todas luces arbitrario y violatorio de principios esenciales. Es precisamente valorar en contra del imputado el derecho que le asiste y que tanto se declama, cual es que si opta por no declarar esto no hará presunción en su contra"* (Cfr. fs. 663/664).

Por ello, se desconoce si los enjuiciados no declararon porque el señor Defensor así los

aconsejó, porque no fueron asistidos o porque se sintieron desprotegidos sin la presencia del letrado.

No existe nada en la causa que indique que el señor Defensor se entrevistó o asistió a los encartados previo a la declaración indagatoria. Citan el fallo "STEFANUTTI" dictado por la misma Cámara.

B) Nulidad de la Cámara Gesell: También como cuestión preliminar los impugnantes requirieron la nulidad de la declaración testimonial de la menor víctima C.R.S. recepcionada mediante la modalidad de Cámara Gesell.

Denuncian que la audiencia prevista en el Art. 225 bis del C.P.P. y C. no fue notificada a los imputados, es decir, no se les informó de su derecho a formular y proponer preguntas, de designar perito de parte como así tampoco se les explicó la importancia del acto.

El argumento -esgrimido por el A-quo para rechazar la nulidad alegada- de que el señor Defensor asistió al acto es pobre, discrecional y arbitrario ya que deben ser notificados los propios sospechados del delito investigado.

C) Denegatoria a la realización de una nueva Cámara Gesell: Subsidiariamente a lo anterior, los recurrentes pidieron la realización de una nueva Cámara Gesell con real y activa participación de la Asistencia Letrada de los imputados sobre la base de la necesidad de interrogar a la víctima sobre aspectos del hecho que resultaban imprescindibles para el ejercicio de la defensa y que no habían quedado claros en la primer entrevista.

La mayoría de los Magistrados, al desestimar el planteo, omitieron mencionar cuáles son las circunstancias excepcionales que habilitan a tomar nuevamente declaración a un menor, limitándose sólo a decir que aquellas no se daban el caso de autos.

Por otro lado, el fundamento brindado de que la anterior Cámara Gesell es válida, resulta a todas luces erróneo y contrario a derecho, pues en ninguna parte el Art. 225 bis del C.P.P. y C. dispone que para la realización de un nuevo interrogatorio sea necesaria la nulidad del primero.

Respecto de la victimización citada, los señores Jueces debieron "(...) *evaluar criteriosamente que (...) [se estaba ante] una adolescente que a la fecha de la audiencia de debate tenía más de 15 años, y que podía comprender perfectamente la necesidad de una nueva declaración*" (Cfr. fs. 674). En caso contrario, las profesionales intervinientes hubiesen concluido que una nueva testimonial hubiese podido alterar o poner en peligro su estado emocional.

D) Inoperancia del Tribunal en la obtención de una prueba requerida por la Defensa y a la cual se le hizo lugar al comienzo del debate: Expresan que se cerró el debate sin esperar que la Comisaría de Senillosa informe si durante los años 2008/9, la madre de la víctima había formulado denuncia en contra de Martín Melibilu.

Dicha prueba fue legalmente ordenada por el Tribunal durante la audiencia de debate ya que, no obstante haberse petitionado en Instrucción -fs. 90-, la misma nunca se concretó.

E) Violación del debido proceso al rechazar la nulidad del ofrecimiento de prueba de la parte querellante: El A-quo no hizo lugar a la nulidad del ofrecimiento de prueba de la querella particular obrante a fs. 484/485 por falta de firma de la querellante -Sra. Reynoso, progenitora de la menor- con sustento en la extemporaneidad del planteo defensivo y bajo el entendimiento de que la asistencia de Reynoso en la audiencia era suficiente para ratificar aquel.

Al respecto, los recurrentes sostienen que el término de citación a juicio (Art. 319 del C.P.P. y C.) es perentorio para todas las partes, razón por la cual, de oficio, debió desestimarse la prueba que no cumplió con los requisitos formales, aunque haya sido presentada oportunamente.

Entienden que lo correcto hubiese sido que el A-quo intimara a la parte a cumplir con la exigencia faltante -firma del querellante- previo al comienzo de la audiencia de debate.

Asimismo se preguntan: "(...) *prueba sobre qué acusación está ofreciendo la parte Querellante* (...) [si no requirió elevación a juicio, no presentó el caso y no pudo alegar?]" (Cfr. fs. 678). A ello debe agregarse que ofreció un testigo nuevo que no fue propuesto ni por la fiscalía ni por la Defensora de los Derechos del Niño.

En consecuencia, el testimonio de la Lic. González, valorado como prueba de cargo, deberá ser nulificado por resultar contraria a derecho la intervención de la mencionada profesional en el juicio.

F) Errónea aplicación de las agravantes: En relación a la agravante de 'guarda', expresan que al no existir 'guarda legal', "(...) *la llamada guarda de hecho debe estar justificada no solo en la edad, sino en las circunstancias personales de la víctima que hagan necesario o implícito el cuidado y vigilancia típicos de la figura, y en una mínima regularidad en el supuesto cuidado y vigilancia*" (Cfr. fs. 481). Dichos extremos no se encuentran verificados en el presente expediente.

Más allá de ello, invocan violación del principio de congruencia pues en ningún momento se les hizo saber a los enjuiciados que dentro de la imputación se les endilgaba su condición de guardadores.

En cuanto a la agravante 'por la comisión de dos personas', entienden que la inclusión sorpresiva de la misma también constituye una violación al principio de congruencia al no existir ningún cambio de circunstancia en el hecho originalmente imputado que impidiera que esta agravante fuera planteada desde el comienzo del proceso.

Ambas agravantes repercuten, lógicamente, en la pena.

G) Arbitrariedad de la sentencia al valorar la prueba:

a) Dichos de la menor Y.S.: Analizan el testimonio de la víctima por cuanto de él deriva el resto del material probatorio de cargo ponderado por la Cámara.

Observan, más que contradicciones, relato de situaciones poco creíbles, como por ejemplo el episodio en el que Riquelme intentara abusarla en Paso Aguerre encontrándose también presentes los padres del acusado, su tía Verónica y su prima. Llama también la atención de la Defensa que el hecho descripto lo dio a conocer dos meses después de ocurrido.

Tampoco entienden los impugnantes cómo es posible que, frente a esta situación, la menor siguiera visitando la casa que su tía compartía con el imputado -tal lo acontecido el fin de semana de los hechos, existiendo la posibilidad de que Riquelme apareciera en cualquier momento-.

Por otro lado, el domingo por la mañana -a horas del abuso investigado- concurrió con su tía Vanesa a la iglesia, oportunidad en la que, pudiendo escapar no lo hizo (las puertas estaban abiertas, era cerca de su domicilio, había mucha gente para ayudarla). Es más, al terminar la reunión, volvió a la vivienda de sus agresores.

Otras circunstancias de dudosa credibilidad para los señores Defensores es que escuchó la conversación donde su tía hablaba con Riquelme de 'entregarla', el mensaje de texto que dice haber leído -no comprobado-, la película pornográfica supuestamente vista -la que nunca apareció a pesar del allanamiento realizado-.

Respecto al hecho denunciado, la víctima brindó pocas precisiones sobre la mecánica del mismo, sobre lo realmente sucedido, no existieron amenazas, agresiones, tenía libertad para moverse por la casa

(baño, cuarto de su prima), existían -conforme los allanamientos efectuados- varios teléfonos celulares con los cuales podría haber solicitado auxilio.

Todas esas cuestiones dudosas eran las que la Defensa quería aclarar a través de un nuevo interrogatorio a la menor. Sin embargo, "Los magistrados sentenciantes, respecto de los dichos de [Y.S.] se limitaron a afirmar, haciendo suyos los conceptos vertidos por Karina Ortiz, que los mismos son creíbles, que no hay posibilidad de fabulación, destacando las aseveraciones de la referida profesional en relación a que 'la confusión o desorganización discursiva se debía a la cercanía del hecho'. (...) [Tampoco] hicieron una sola apreciación proveniente de su 'sana crítica' respecto del testimonio de la menor. Siempre al referirse al mismo lo hicieron aludiendo a los informes de las especialistas (...). En este caso nada dijeron sobre la impresión o conclusiones que extrajeron del testimonio de la menor, luego de haber presenciado la cámara Gesell" (Cfr. fs. 685/686).

b) Declaración de Raquel Evangelina Reynoso: La madre de la menor describió los hechos a partir del testimonio de su hija al momento de realizar la denuncia, en instrucción y en el debate.

No obstante, surgen contradicciones importantes en torno a cómo sucedieron las cosas durante la tarde del día sábado en la casa de la pareja Riquelme-Reynoso. Además, en su primera declaración mintió respecto a que su hija nunca había tenido relaciones sexuales -la pericia médica descarta ello al constatar defloración de larga data-.

Al margen de la duda que genera el relato de la situación vivida, resulta más inquietante que la progenitora, conociendo el episodio de Paso Aguerre, no lo haya denunciado y que siguiera permitiendo que su hija vaya al domicilio del supuesto abusador. Estos interrogantes planteados por la Defensa, no obtuvieron respuesta en la sentencia.

c) Pericia médica de la Dra. Clara Robato:
"En la audiencia de debate, [la] Defensa en oportunidad de la declaración de la Dra. Robato, a su turno, consignó que no le realizaría preguntas y que sus apreciaciones sobre la pericia médica efectuada por la citada profesional las realizaría al momento de alegar. Motivó esta decisión, cuestionada y utilizada por los señores magistrados para desestimar de plano los cuestionamientos plasmados en el alegato a esta pieza probatoria, el hecho de haber evaluado que la contundente ratificación del dictamen y sus dichos en la declaración testimonial obrante a fs. 107 de las presentes actuaciones, convertían en intrascendente e inoportuno (...) el volver a interrogarla (...)" (Cfr. fs. 688).

Los señores Defensores cuestionan la conclusión de la pericia al afirmar la compatibilidad con el grado 4 de la clasificación de Muran -"Hallazgos definitivos de abuso sexual"- . "Como (...) sucedió con las críticas efectuadas al informe de la Cámara Gesell, los señores Magistrados eludieron el tratamiento de este planteo haciendo referencia a que 'no contaron con una antítesis del nivel científico y experto de las tachadas' (...)" (Cfr. fs. 689), pero, la posibilidad de

ofrecer perito de parte se vio coartada por el momento en que los impugnantes tomaron intervención en la causa -vencido el término para ofrecer prueba-.

En consecuencia, censuran:

c.1) la ausencia de fotografías agregadas al expediente que den cuenta de las lesiones detectadas. La misma perito consignó que, en este caso, el anexo fotográfico era muy meritorio pero que no se pudo realizar por no contar con personal a tal fin.

c.2) la falta de demostración de si el sangrado que presentaba la menor con posterioridad al abuso investigado era menstrual o no. No se realizó prueba de laboratorio alguna al respecto como así tampoco se incorporó el informe solicitado por la perito al servicio de ginecología del Hospital Castro Rendón.

c.3) que el examen médico pericial fue realizado sin el auxilio o aporte de la aparatología ginecológica necesaria -colposcopio, especuloscopio-. Incluso la propia Dra. Robato refirió, y reclamó, la necesidad de contar con ellos para llevar a cabo su trabajo con mayor precisión.

c.4) la subjetividad demostrada en el dictamen toda vez que la "(...) *contundente afirmación de "Hallazgos definitivos de abuso sexual" pudo estar teñida por la influencia del relato del hecho que la menor hiciera al momento de su examen ginecológico. (...) esto también ha causado un gravamen a [los enjuiciados] porque en la sentencia también se valora como elemento de cargo el relato del hecho que le hizo a la Dra. Robato*" (Cfr. fs. 693).

d) Informe y declaración de la Lic. Karina Ortiz: En el alegato, la Defensa atacó el informe de la profesional respecto a la credibilidad de la declaración de la menor entendiendo que un discurso puede ser coherente y creíble y al mismo tiempo mentiroso. El planteo fue desechado por el Tribunal con idénticos fundamentos a los esgrimidos al resolver el cuestionamiento de la pericia de la Dra. Robato -no ofrecimiento de perito de parte y no interrogar al testigo durante el debate-.

Sostienen que: "(...) es necesario, para sostener la credibilidad de los dichos del menor con la certeza que esta instancia exige, someter a la presunta víctima a un examen pericial que mediante la realización de diferentes test que esta Defensa se ocupó de detallar expresamente en su alegato -luego de realizar las investigaciones y consultas pertinentes con diferentes profesionales de la psicología- permitan aseverar con certeza la ausencia de fábula o mendacidad" (Cfr. fs. 695). Es decir, plantean la ausencia de prueba que avale la veracidad o no de los dichos de Y.S., única prueba directa de cargo que existe en el presente legajo, pues de ellos derivaron las restantes probanzas.

Los impugnantes, durante la audiencia, intentaron interrogar a la Lic. Ortiz respecto a si podría existir alguna duda en cuanto a la credibilidad de la supuesta víctima, evadiendo la profesional la respuesta optando por mostrarse ofendida al entender que se ponía en duda su informe.

Destacan que la Lic. Ortiz "(...) en un pasaje de su testimonio, (...) afirmó que 'la menor no es patológica'. (...) cómo puede afirmar tan rotundamente que no es patológica si no se le realizó ningún examen para sostenerlo? La Lic. Ortiz participó como entrevistadora en una audiencia testimonial cuya duración fue menor a una hora (...). Nunca más tuvo contacto [con] la menor. Sin embargo su informe es contundente y es la principal prueba de cargo para arribar a la condena (...). (...) Para arribar a esta conclusión, la Lic. Karina Ortiz utilizó los criterios de realidad del CBCA-SVA. El gran tema que se plantea a nivel científico es que no basta con aplicar solamente estos criterios, sino hay que evaluar muchas cosas más, como por ejemplo el lenguaje y la memoria y otros recursos psicológicos que se obtienen mediante la toma de diferentes test. La evaluación debe apuntar a la validez del relato y no del niño entrevistado. No puede establecerse que la presencia de siete criterios sea suficiente, ni cual de esos criterios es el más importante (...)" (Cfr. fs. 698/699. El subrayado pertenece al texto recursivo).

Los señores Defensores, si bien no propusieron perito de parte por haber tomado intervención luego de vencido el plazo para ofrecer prueba, fueron asesorados en estos temas por las Lic. De Francisco y Battistuzzi. Asimismo, en apoyo de su postura, citan trabajos realizados por la Dra. Liliana Álvarez -Directora de la carrera de Especialización en Psicología Forense de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES)- y la Lic. María Inés

Acuña -Foro de la Práctica Pericial en Abuso Sexual Infantil (UCES, 2007)-.

e) Declaración de la imputada Verónica Reynoso: En su descargo negó su culpabilidad y la de su marido. Introdujo un sinnúmero de situaciones de importante dilucidación, brindó detalles de la vida de la menor, del vínculo madre-hija, de la relación con el novio, de las relaciones inadecuadas y no propicias para la edad, etc. Asimismo, hizo referencia a que la víctima nunca fue buena alumna, que tenía problemas por bajo rendimiento y que no le gustaba estudiar -consecuencia del abuso sufrido, según las partes acusadoras, sin prueba alguna que lo avale-.

Aseguran que "*(...) hubiese sido absolutamente necesaria su participación en los términos que la ley se lo permitía, en la audiencia de la cámara Gesell. Que no haberla notificado de dicho acto y no haberle permitido proponer preguntas a la presunta víctima afectó de manera irremediable su derecho de defensa, el que se vio aún más vulnerado al no hacer lugar al pedido de (...) [la] defensa de realizar un nuevo interrogatorio a [Y.S.]*" (Cfr. fs. 702. El remarcado no nos pertenece).

Aducen que la menor pudo haber mentido respecto del abuso investigado para castigar a su madre con quien no tenía buena relación, razón por la cual, debió descartarse fehacientemente -a través de exámenes periciales- la mentira.

f) Declaración de la Lic. Julieta González: La terapeuta particular de la adolescente -testigo ofrecido por la querrela- alegó bajo rendimiento

académico, situaciones de rechazo social, no aceptar ser mujer y no aceptar el crecimiento como trastornos típicos sobrevivientes al abuso sexual pero sin prueba alguna que avale su testimonio.

La Defensa descalifica su declaración por parcialidad y falta de apoyatura de constancias probatorias.

g) Declaración de testigos de descargo: La valoración que el Tribunal hizo de ellos descartándolos por ser 'meros chismes barriales', deviene arbitraria. Ello, por cuanto expusieron sobre la relación que la menor mantenía con un hombre mayor que no era del agrado de su progenitora, que no era buena alumna y que el domingo -día siguiente al hecho denunciado- concurrió con su tía a la iglesia sin notar nada extraño en su actitud. No se demostraron motivos por los cuales pudieran haber mentido.

H) Inobservancia del principio in dubio pro reo: Afirman que si el A-quo hubiese apreciado -más allá de los dichos de la víctima, el dictamen médico y el informe de Cámara Gesell- las pruebas de ADN, los secuestros, los cruces de llamadas y/o mensajes entre los móviles de los protagonistas, las declaraciones de testigos que con absoluta honestidad y bajo juramento de ley atestiguaron sobre distintas circunstancias que avalaban la versión de la enjuiciada, "*(...) el grado de certeza necesario para arribar a una sentencia condenatoria jamás se hubiera logrado*" (Cfr. fs. 707).

III.- Que a la luz de la doctrina fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se le impone a esta Sala, como tribunal de casación, una

revisión del fallo objetado en su sentido más amplio, de forma tal que para proceder a su confirmación no sólo baste descartar la arbitrariedad sino también cualquier atisbo de error que, por su grado, sea capaz de llevar al temperamento que por dicha vía recursiva se tiende a contravenir.

Tal criterio, por cierto, no obsta al rechazo del planteo en esta fase liminar del trámite si luego de efectuada tal faena, con total rigor y sin amparo en óbices formales, no se advierten producidos los vicios alegados (Cfr. C.S.J.N., "Merlo, Benito s/p.s.a. homicidio", T° 328, pág. 4568). Ello, en tanto una admisión irreflexiva de los motivos propuestos a tratamiento conllevaría el ingreso de causas cuya manifiesta improcedencia deberá luego esta Sala declarar de modo inexorable con el consiguiente dispendio jurisdiccional que ello traería aparejado.

En función de tales pautas, se vislumbra que los agravios postulados **no podrán sortear el juicio de admisibilidad** que se impone realizar en esta etapa. Veamos:

1) En primer lugar daremos respuesta negativa a la casación deducida contra la resolución de la Cámara que rechazó el planteo de inconstitucionalidad del Art. 96 ter del C.P.P. y C.

En efecto, los recurrentes incumplieron con la carga de fundamentar correctamente la impugnación en trámite al reeditar los agravios formulados en la audiencia de debate sin refutar los argumentos esgrimidos por el Tribunal -por mayoría-.

Ahora bien, el 27/08/08 se sancionó la Ley 2605 que incorporó el Art. 96 ter al C.P.P. y C. que expresamente admite, en casos de delitos contra la integridad sexual, la intervención del Defensor de los Derechos del Niño y Adolescente, en representación de los intereses de la víctima menor, con las mismas facultades reconocidas al querellante particular, y aún cuando los representantes legales de la víctima se presenten en ese carácter.

La intervención que se debe dar a la Defensoría del Niño y del Adolescente es obligatoria por cuanto, su no intervención se encuentra conminada con sanción de nulidad -absoluta-. Asimismo, atento la remisión que hace el texto de la ley al artículo 59 del Código Civil. En tal sentido, el legislador neuquino consideró 'necesaria' y 'esencial' dicha intervención en las causas penales donde las víctimas por delitos contra la integridad sexual son menores de edad; convirtiendo así al respectivo funcionario en un sujeto imprescindible en este tipo de procesos, sin perjuicio de tener las facultades de un sujeto eventual, tal como lo es el querellante particular.

Igualmente, su falta de intervención conlleva la violación de garantías constitucionales previstas en tratados internacionales constitucionalizados -Art. 75, inc. 22, de la C.N.-, por ejemplo, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en la que se establece que: 'Artículo 3.1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los

órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el Interés Superior del Niño'.

En síntesis, la intervención necesaria en la ley ha sido prevista para resguardar los 'intereses de la víctima menor', por lo que su no intervención violenta la norma constitucional apuntada.

Atento lo dicho, de la interpretación armónica e integradora de la totalidad de la normativa que rige la protección de los derechos de niños/as y adolescentes se deduce que la incorporación de esta figura no se contrapone con la misma, sino que coadyuva a hacer efectivos los derechos y garantías previstos en ella. "Por un lado traduce la garantía de la defensa en juicio y debido proceso prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional, y asimismo responde a las pautas de la Convención de los Derechos en cuanto una mayor protección y defensa de los derechos, responde al 'interés superior del Niño' (art. 3 CDN), posibilita y garantiza 'el derecho a ser oído' (art. 12 CDN) como asimismo integra el contenido de la 'protección y asistencia especial' que debe garantizar el Estado (art. 20 y cc. CDN).

En el mismo sentido las (...) Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, donde se estableció que: 'Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo'.

Por su parte, la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes N° 26.061, mantuvo la figura del asesor de incapaces y no la consideró

incompatible con el Sistema de Protección Integral de Derechos, ya que no derogó ni modificó ninguno de los artículos del Código Civil que disponen su intervención, aún habiendo creado la figura del abogado del Niño. Así lo declara expresamente el Decreto 415/06 Reglamentario de la Ley 26.061 al decir: 'El derecho a la asistencia letrada previsto por el inc. c del art. 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales de la niña, niño o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar" (Cfr. Casey, María Inés: "Los niños víctimas de delitos y el rol del asesor de incapaces en el proceso penal", publicado en LLNOA 2011 (febrero), 1).

En consecuencia, la figura del Defensor del Niño/a y Adolescente -Art. 96 ter del C.P.P. y C.-, incorporada por Ley 2605 no contraviene la normativa constitucional y supranacional que rige la materia.

Sin perjuicio de lo expuesto, somos de opinión que la figura del Defensor de los Derechos del Niño y Adolescente prevista en el Art. 96 ter del C.P.P. y C. configura un tema de política criminal, razón por la cual, su participación en los delitos cuyas víctimas sean menores de edad -esté o no regulada en el rito local- no contradice la normativa nacional y supranacional mencionada ut supra.

2) La misma suerte correrá el recurso deducido contra la sentencia de condena. Damos razones:

A) El primer agravio esgrimido por la Defensa se refiere a la supuesta nulidad de las

declaraciones indagatorias obrantes a fs. 63/64 y 65/66. En tal sentido -y como ya quedó explicitado al resumir los agravios- los recurrentes tachan de inválido dicho acto por inobservancia de lo establecido en el último párrafo del Art. 270 del C.P.P. y C.

Ahora bien, de la lectura de las actas cuestionadas, se observa que el Magistrado Instructor dio cumplimiento al deber de información vinculado a: a) la intimación y la prueba de cargo obrante en contra de los imputados; b) su derecho a prestarse o no al acto, de contestar o no las preguntas que se les formulen; c) su derecho de ser asistidos, en el acto, por su defensor y d) su facultad de abstención. De esta manera, se respetaron las exigencias que nuestra ley procesal establece en los Arts. 270, 2° párrafo, y 273, 1° párrafo, de la ley de rito; en tanto actividades necesarias que estructuran el instituto luego del interrogatorio de identificación.

Asimismo, con anterioridad a la indagatoria, los enjuiciados designaron para su defensa al Defensor Oficial (fs. 62), cuya aceptación del cargo y notificación de la audiencia obra a fs. 62 vta.

Sobre esta base no será posible declarar la nulidad que se invoca. En efecto:

a) Por una parte, cabe consignar que, contrariamente a lo alegado por los impugnantes, los enjuiciados fueron puestos en conocimiento de su derecho a contar con la asistencia de su defensor a lo cual respondieron que no se prestarían al acto.

b) Además, la alegada irregularidad del acto, **no se encuentra atrapada bajo ninguna sanción**

procesal. Los artículos 270, 2º párrafo, y 273, han sido escrupulosamente respetados. Desde otra perspectiva, no se aprecia que exista ninguna limitación a lo preceptuado por el Art. 271.

Al respecto, pretender que la omisión de expresa constancia de que los enjuiciados daban su consentimiento para que la audiencia se llevara a cabo sin la presencia del señor Defensor esté conminada con la sanción de nulidad, **importa -en casos como el presente- adherir a una concepción puramente formalista del sistema de sanciones procesales.** Con razón, Gustavo Alberto Arocena ha dicho -en opinión que compartimos- que: *"Formalidad del procedimiento no equivale a ciego formulismo. Las formas procesales no constituyen un fin en sí mismas, sino que se orientan a la consecución de una meta principal en el procedimiento penal. Precisamente, ellas establecen el modo en que debe realizarse la actividad procesal, con la finalidad inmediata o mediata de hacer efectivas garantías que consagra la Constitución Nacional para proteger los intereses involucrados en el ejercicio de la función judicial del Estado en lo penal. Por consiguiente, deberá escudriñarse la garantía constitucional implicada en la consagración de determinada forma procesal para, de ese modo, dilucidar si la inobservancia de las pautas de actuación establecidas por la última debe necesariamente acarrear la privación de efectos jurídicos del proceder defectuoso"* (Cfr. "La nulidad en el proceso penal", Ed. Mediterránea, Córdoba, 2002, págs. 10/11).

En tal sentido, cabe destacar que: "(...) si el imputado es el titular de las garantías que rodean al juicio, si ha designado abogado defensor, si a éste se lo ha notificado de su designación y de la audiencia en la cual se le tomará la declaración indagatoria a su defendido y, a su vez, el imputado manifestó que no era necesaria la presencia de su abogado en el acto personal de la indagatoria, habiendo sido interiorizado del hecho que le atribuye, no surge lesión al derecho de defensa en juicio" (Cfr. Donna, Edgardo y Maiza, Cecilia, "Código procesal penal. Comentado, anotado y concordado", Astrea, Bs. As., 1994, pág. 340, citado por Claría Olmedo, Jorge A., "Tratado de derecho procesal penal. Tomo VIII" actualizado por Roxana G. Piña y Vanesa Alfaro, 1° Ed., Sta. Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, pág. 350).

Desde esta perspectiva, es evidente que, en el legajo bajo análisis, no puede sostenerse que la irregularidad apuntada por la parte recurrente haya cercenado garantía constitucional alguna. En efecto: Reynoso y Riquelme fueron convocados a declarar, se les hicieron saber sus derechos y no se prestaron al acto. El hecho de que no se consignara en el acta, en su consideración puramente material, que estaban de acuerdo en que el acto se desarrollara sin la presencia de su defensor, de ninguna manera afecta el principio constitucional de defensa en juicio, máxime si, como sostuvo la Cámara, los imputados se negaron a declarar.

B) La pretendida nulidad de la Cámara Gesell por falta de notificación previa a los enjuiciados deberá desestimarse.

En efecto, "(...) la ley procesal vigente, como no podía ser de otra manera, exige al juez la notificación de la diligencia prevista por el art. 225 bis a las partes. En el caso del imputado, esa obligación queda satisfecha con el anoticiamiento fehaciente de quien actúe en autos en su defensa (letrado de la matrícula o perteneciente al Poder Judicial). No interpret[amos] que deba cursarse específica citación al imputado (extendiendo este concepto a aquellos que simplemente sean indicados en la denuncia como autores del abuso) ni menos, obviamente, que el a quo tenga obligación de invitar al imputado a participar del acto de Cámara Gesell.

Con la imprescindible notificación en esos términos se pretende resguardar el equilibrio entre la acusación, ejercida por el Estado mismo a través de letrados que manifiestan su voluntad, y la Defensa, presupuesto elemental para el arribo a una decisión del conflicto penal basada en el respeto al debido proceso legal.

Es entonces el defensor, por aplicación de la idea que acab[amos] de esbozar, quien convertido en asistente técnico del imputado lo representa para los actos del proceso, salvo cuando se trate de aquellos personalísimos que sólo pueden concretarse con la ineludible presencia del imputado (vbgr. declaración indagatoria o explicativa).

Este concepto liminar emergente de las regulaciones procesales y observable en la práctica diaria (por ejemplo, no se notifica de testimoniales o pericias ordenadas al imputado mismo sino a quien lo

representa en el proceso) no es abandonado por el art. 225 bis del CPPyC invocado para fundamentar el planteo.

Sobre el particular enseña el afamado Julio Maier que el imputado es considerado por la ley un incapaz relativo porque necesita para completar su personalidad en el procedimiento del auxilio y participación en él de un defensor. Ello con el propósito de lograr la paridad de armas, el mencionado equilibrio de poder entre el acusador y el imputado. Ese defensor jurista algunas veces asesora y otras representa al imputado, 'sobre todo durante la instrucción, pues el funcionario que investiga el hecho se entiende con él, antes de que con el imputado' (Maier, Julio, "Derecho Procesal Penal", II-Parte General. Sujetos Procesales, Edit. del Puerto S.R.L., Ed. 2003, págs. 265/6)" (Cfr. R.I. n° 217/08, en autos "FARQUHARSON, Andrea Karina s/Denuncia abuso sexual", Expte. N° 711, Año 2008, del registro de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal con Competencia Provincial).

En consecuencia, la notificación del acto de Cámara Gesell tal como fue practicada en autos -solo al Defensor Oficial (fs. 62 y 70)- satisface las exigencias legales (Art. 127 del C.P.P. y C.), más aún, si se tiene en cuenta que el Asistente Técnico asistió a la audiencia (fs. 78) siendo su participación obligatoria atento lo dispuesto en el Art. 1, inc. "b", del Protocolo de Actuación de Cámara Gesell, aprobado por Acuerdo n° 4132 del 11/04/07.

C) Íntimamente ligada al agravio anterior se encuentra la censura referida a la denegatoria de efectuar una nueva Cámara Gesell con sustento en la

validez de la anterior y la posible revictimización de la menor. Al respecto, es del caso recordar las expresiones del Sr. Diputado Inaudi durante el debate parlamentario para el tratamiento de la sanción de la Ley 2523 (28/6/2006) (Expte. D-273/05, Proyecto N° 5378, de "Modificación al Código Procesal Penal"), en el sentido que: "*(...) se ha incorporado la cuestión de la cámara gesell y la obligación de videogravar esta primera entrevista para asegurar que en el futuro no sea necesario volver a reiterar una citación a este menor, para interrogarlo lo menos posible; es decir, con un solo interrogatorio que todas las partes hayan estado representadas y hayan tenido la plena posibilidad de formular las inquietudes, las preguntas que quieren que se le haga al menor y de manera tal que al menor no se lo moleste más durante el proceso (...)*".

Frente a ello, de la atenta lectura del expediente surge que en el desarrollo de la entrevista a la niña Y.R.S. se resguardó -contrariamente a lo invocado por los recurrentes- el derecho de defensa de los acusados al haber estado debidamente representados -como se viera ut supra-. En otras palabras, pudieron sugerir preguntas a la psicóloga por intermedio de su defensor -a los fines de controlar la regularidad del acto-, a quien, en esa instancia, denunciaba en su contra y en una declaración que más tarde no iban a tener ninguna oportunidad de reiterar o repetir a lo largo de todo el proceso ya que, la nueva "posibilidad" establecida en el Art. 225 bis tiene su fundamento en el interés superior del niño, al haber sido la praxis la que impuso la necesidad de llevar adelante más de

una entrevista, sea por el bajo nivel lingüístico del niño o adolescente, por perturbaciones psíquicas a raíz de las experiencias traumáticas vividas, escaso o nulo nivel de contención intrafamiliar, etc.

No obstante, aunque excepcionalmente se habilita al imputado para que una vez visualizado el material de cargo, solicite fundadamente una nueva entrevista; en el presente, el pedido de la parte para que se practique nueva audiencia en Cámara Gesell no cumplió con la carga de debida fundamentación al haber sido formulado en los siguientes términos: *"Solicito (...) se declare la nulidad de la cámara gesell y entiendo que dado que se ve vulnerad[a] la garantía del debido proceso en caso que se decrete la nulidad se absuelva a los imputados y si el Tribunal no entiende esto que se haga una nueva cámara"* (Cfr. fs. 565). En consecuencia, asiste razón a los señores Magistrados, Dres. Fernández y Dedominichi -mayoría al resolver la cuestión- que no existen circunstancias excepcionales que habiliten la realización de otra entrevista conforme lo dispuesto en el Art. 225 bis del C.P.P. y C. al no explicar los Defensores cuáles fueron las cuestiones y situaciones imprescindibles para el ejercicio de la defensa omitidas por la víctima.

D) En otro orden de ideas, la Defensa argumenta que, no obstante haber recepcionado el A-quo favorablemente el pedido de que se oficiara a la Comisaría de Senillosa para que informara si durante los años 2008/2009, la señora Reynoso había efectuado denuncia o exposición policial en contra del señor Martín Melibilu, *"(...) el informe nunca llegó y el*

debate fue cerrado sin la incorporación de la prueba legalmente ordenada (...)" (Cfr. fs. 676). Discrepamos con los recurrentes toda vez que a fs. 559 obra la respectiva información.

Sin perjuicio, el agravio tampoco tendría acogida favorable ya que los impugnantes omitieron mencionar las "(...) circunstancias que pondrían en crisis la certeza probatoria necesaria para arribar a una sentencia condenatoria (...)" (Cfr. fs. 676) que intentaban acreditar mediante esa prueba indiciaria. En segundo lugar, porque el cuestionado informe no configuró prueba esencial con entidad suficiente como para hacer variar el temperamento del A-quo dado que la menor sindicó, en todo momento, a Riquelme y Reynoso como autores del abuso sufrido sin siquiera mencionar a algún otro sujeto; siendo la persona de Melibilu incorporada a través de los dichos de la imputada, descartados por resultar inhábiles para debilitar el cargo (Cfr. fs. 591).

E) Tampoco tendrá acogida favorable la solicitud de nulidad del ofrecimiento de prueba de la parte querellante al no encontrarse firmado por la propia señora Raquel Reynoso. En efecto, si bien el escrito de fs. 484/485 se encuentra refrendado solamente por los Dres. Huento y Garayo en su carácter de patrocinantes de Reynoso, no es menos cierto que a fs. 555/558 obra ratificación de la nombrada del accionar de los letrados, adjuntando, a esos fines, poder general para juicios y especial para querellar. Dicha circunstancia también puede deducirse, como hace

el A-quo, de la presencia de Reynoso en la audiencia de debate.

Además, el discutido ofrecimiento no resultó extemporáneo al habersele concedido a la querella la prórroga solicitada (Cfr. fs. 468/469). En cambio, si lo fue el planteo de la Defensa dado que tendría que haberlo formulado en la oportunidad del Art. 341, segundo párrafo, del C.P.P. y C. -cuestiones preliminares-. En tal sentido, la doctrina tiene dicho que: "*(...) la admisibilidad de los testigos, peritos e intérpretes apunta a evitar su intervención, cuando les está prohibido declarar (...)*" (Cfr. Francisco J. D'Albora "Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado", T° I, 7° edición, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2005, pág. 842).

Por otra parte, la omisión de la parte querellante de contestar la vista corrida por el órgano en función del Art. 311 del C.P.P. y C. no implica desistimiento ya que éste debe ser expreso. "*El querellante, por tanto, tendrá facultades para proseguir actuando como tal en el debate con excepción del ejercicio de aquellas vinculadas indisolublemente a la integración de un acto (el de acusar o requerir la elevación) incumplido. Así, no podrá ampliar la acusación, por inexistente (...), ni integrarla alegando (...; TOC n° 14, 23/8/02, "M., A. A.", JA, 2003-II-682 (...)). En cambio, podrá continuar colaborando con el persecutor público en la comprobación del hecho que lo tiene como víctima, aportando prueba*" (Cfr. Guillermo Rafael Navarro-Roberto Raúl Daray, "La querella", 3° edición, Bs. As., Hammurabi, 2008, págs. 269/270). Por

esta razón, la querrela, aún sin haber formulado requerimiento de elevación a juicio, gozaba del derecho de examinar las actuaciones, documentos, efectos secuestrados, pericias realizadas, etc., y, en consecuencia, ofrecer las piezas de convicción que estimara necesarias para la justificación y triunfo de su pretensión.

F) La errónea aplicación de la ley sustantiva alegada -al aplicarse las agravantes de guarda y por la comisión de dos sujetos- también deberá desestimarse por cuanto la guarda atribuida a los enjuiciados sobre la menor se encuentra acreditada en autos sin requerirse, a tal fin, que la calidad de guardador deba ser establecida recurriendo a las leyes, doctrina y jurisprudencia civiles.

En este punto, somos de opinión que la calidad de guardador no remite a ningún título jurídico (civil), sino a la mera circunstancia de hecho de haber quedado el agente a cargo de la víctima de forma no meramente circunstancial. Así se ha dicho que: *"La idea de encargado de guarda de la víctima entendemos se refiere a quienes, aun de manera momentánea, cuidan la persona de aquélla, atendiendo sus necesidades o ciertos aspectos de las mismas, como producto de la función que ocupan o en virtud de una situación de hecho, lo que les obliga a un especial deber de protección"* (Cfr. Andrés José D'Alessio, director; Mauro A. Divito, coordinador, "Código Penal, comentado y anotado", Parte Especial, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, págs. 182/183).

Adviértase que en el caso de autos, la sentencia puesta en crisis, tuvo por acreditado que la tía de la víctima -Verónica Noemí Reynoso- concurrió a la casa de su hermana solicitándole que dejara ir a su sobrina a la chacra donde vivía con la excusa de que se encontraba sola y tenía miedo de pasar la noche. Nótese que, en dicha ocasión, mientras la niña permaneció en su domicilio, en ausencia de su madre, la imputada se constituyó en guardadora de hecho, al ser la persona mayor de edad encargada del cuidado y protección de la menor de edad, máxime si se tiene en cuenta que para ella siempre fue su nena, la respetaba más que a la madre habiéndola criado prácticamente desde los 2 años (Cfr. declaración de fs. 569 vta./571 vta. rendida en debate).

En el caso de Riquelme, la agravante fue aplicada extensivamente atento lo dispuesto en el Art. 48 del C.P. -extremo no controvertido por la parte.

Tampoco se acompaña a la Defensa cuando sostiene que la agravante 'por la comisión de dos o más personas' (Art. 119, inc. d), del C.P.) fue 'sorpresivamente' incluida por la Cámara. Veamos:

a) Según consta en la propia acta de debate, (564/vta.) al presentar el caso, la Sra. Fiscal de Cámara lo hizo en los términos de la requisitoria de elevación de la causa a juicio (fs. 389/394 vta.); esto es: "(...) se le atribuye a ENRIQUE ELEAZAR RIQUELME, que en el transcurso de la 1.30 horas aproximadamente del 06 de Septiembre del año (...) [2009], accedió carnalmente vía vaginal a [Y.R.S.], de 13 años de edad, en contra de su voluntad y mientras era sujeta de los

brazos, inmoviliz[á]ndola, por VERÓNICA REYNOSO. Dicho ataque tuvo lugar en el interior de la vivienda ubicada en la zona rural identificada como AFR 17 de Agosto de Senillosa en la que habitaba [e]l causante junto a VERÓNICA REYNOSO -tía de la joven-, donde en horas de la tarde del día anterior había sido llevada con engaños por aquella. Por su parte, a la coimputada REYNOSO, se le achaca que en las circunstancias arriba expresadas luego de intentar convencer a [Y.R.S.], su sobrina, para que consintiera tener sexo con consorte delictual, ante la negativa de esta, luego de arrojarla a una cama de dos plazas que había en uno de los dormitorios la sujet[ó] fuertemente de sus brazos inmovilizándola, lo cual fue aprovechado por RIQUELME para accederla carnalmente, tal como queda expuesto en el párrafo que precede. Tal conducta queda encuadrada en el art. 119 4to párrafo inc. b) y 3ro en función del 1ro del CP Abuso sexual con Acceso Carnal". Al momento de los alegatos, el Ministerio Público Fiscal acusó a los encartados por el delito de abuso sexual doble, en concurso de dos o más personas atento la guarda que ejercía Verónica y tenía al momento de la comisión del hecho.

b) La sentencia de condena tuvo por acreditado el hecho presentado por la Fiscalía, calificando el accionar de los acusados como constitutivo del delito de abuso sexual agravado por haberse cometido con acceso carnal y doblemente calificado por haber sido cometido por quien ejercía la guarda de hecho y por dos personas (Art. 119, primera, tercero y cuarto párrafos, incisos b) y d) del C.P.).

c) Sobre la base de la reseña precedente es lícito preguntarse si hubo aquí violación al principio de congruencia. Consideramos que no por cuanto, para que se verifique el vicio denunciado (fs. 682), menester será que el hecho por el cual se acusa a los imputados sea diverso a aquél por el que se los termina condenando -situación no acreditada en autos-. En tal sentido, no resulta ocioso recordar que, en virtud de lo dispuesto por el Art. 366 de nuestro rito, el hecho diverso debe surgir del cotejo entre el contenido "*en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal [de elevación a Juicio]*" y el sentenciado (Cfr. con este argumento, Francisco J. D'Albora, "Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Concordado. Comentado", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1993, pág. 412).

d) En síntesis, si bien en el requerimiento de elevación a juicio no se les imputó expresamente la agravante contenida en el inc. d) del Art. 119 del C.P. -hecho cometido por dos o más personas-, dicha circunstancia surge de las pruebas obrantes en su contra debidamente dadas a conocer. Asimismo, desde el inicio de las actuaciones se atribuyó participación en el hecho a ambos enjuiciados.

Al respecto, corresponde recordar, en primer lugar, que el respeto al principio de congruencia no persigue el mantenimiento de una absoluta simetría con pura finalidad formal. Por el contrario, su razón de ser es muy clara: evitar que, a partir de una mutación fáctica, se afecte el derecho de defensa de los encartados, introduciendo en la sentencia -y en

relación con la acusación originaria- hechos o circunstancias no contenidas en ésta. De tal manera, la variación fáctica puede sorprender a los prevenidos y, al hacerlo, obstaculizar el adecuado ejercicio de aquella garantía. Por eso Ricardo C. Núñez sostenía - con absoluta corrección- que *"La garantía de la defensa en juicio, que el Art. 18 de la C. de la Nación y el Art. 40 de la C. de la Provincia [en nuestro caso, los artículos 62, 63 y 64 de la Constitución local] establecen a favor del imputado, exige que éste hubiera tenido, en el proceso, la posibilidad de contradecir la atribución de la totalidad de los hechos delictivos y de sus circunstancias con valor penal, que, en su conjunto, constituyeran el objeto del juicio según la requisitoria o auto de elevación a Juicio y, en su caso, la ampliación del requerimiento fiscal. (...) Esto no exige que este último hecho [el de la sentencia] concuerde con todo el contenido fáctico de la acusación, sino tan sólo con la parte receptada por la sentencia condenatoria"* (Cfr. "Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Anotado. Tercera edición actualizada", Ed. Lerner, Córdoba, 2007, pág. 504). Y enseguida redondeaba su concepto afirmando que: *"[n]o toda diferencia material de los hechos produce la nulidad de la sentencia condenatoria. Sólo la produce si esa diferencia hubiere perjudicado la posibilidad del imputado de presentar pruebas defensivas"* (op. y loc. cit. págs. 504/505).

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en lo relativo al tema tratado, tiene dicho que: *"(...) en materia criminal la garantía del*

Art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales" (Cfr. CSJN Fallos 320:1891 y 325:2019).

También, nuestro Címero Tribunal, tiene establecido que constituye un requisito fundamental del debido proceso penal "(...) ajustar el pronunciamiento a los hechos que constituyen materia del juicio, en razón del derecho fundamental del acusado, basado en el Art. 18 de la Constitución Nacional, de tener un conocimiento efectivo del delito por el cual ha sido condenado" -CSJN- Fallos 321:469, considerando 4° y sus citas- (del dictamen del Procurador General de la Nación).

Es por ello que las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio exigen que la acusación describa con precisión la conducta imputada a los efectos de que los procesados puedan ejercer en plenitud su derecho a ser oídos y producir prueba en su descargo, así como también el de hacer valer todos los medios conducentes a su defensa que prevén las leyes de procedimiento.

A mayor abundamiento, merece destacarse que: "El requerimiento y el ulterior alegato constituyen un bloque indisoluble, que se perfecciona en dos momentos procesales distintos: el requerimiento de elevación a juicio, que habilita la jurisdicción del tribunal para abrir el debate y el alegato final solicitando condena, que habilita la jurisdicción del tribunal para fallar"

(Cfr. voto del Dr. Zaffaroni en "Quiroga", 23/10/04, LL 2005-B-157, CS-Fallos, 327:5863).

G) En cuanto a la valoración de la prueba, diremos que, para tener probada la materialidad objetiva del hecho, así como la autoría de Riquelme y Reynoso, los Magistrados de juicio tuvieron en consideración:

a) Principalmente, la versión de la menor Y.S. brindada mediante Cámara Gesell a la cual se le otorgó plena veracidad, detallándose que "*(...) repitió en varias oportunidades, sin fisuras, contradicciones u omisiones, la forma en que fue abusada y los instantes previos. Se lo dijo primero a la madre, luego a la Dra. Robato, lo ratificó en Cámara Gesell, y a las psicólogas Ortiz y González, a todos les contó lo mismo y todos enfáticamente afirmaron desde su ciencia y experiencia que el relato es sólido y creíble*" (Cfr. fs. 590/vta.).

Aquí, no compartimos la postura asumida por los recurrentes en torno a que se observan situaciones muy poco creíbles del testimonio de la víctima (Cfr. fs. 683/686). En efecto, difícilmente la niña podría haber neutralizado la acción de Riquelme -tal como dice haberlo hecho durante el episodio de Paso Aguerre- dado que fue sostenida fuertemente por su tía -situación distinta a la vivida en aquella oportunidad donde estaba sola con su agresor-. Asimismo, no se entiende por qué resulta tan difícil de creer para la Defensa que Y.S. le haya contado inmediatamente a su madre lo acontecido la noche del 06 de septiembre en la vivienda de la pareja Riquelme-Reynoso teniendo en cuenta que

tardó dos meses en dar a conocer el intento de abuso anterior. Justamente, resulta hasta lógico pensar que demoró en confesar aquel incidente para mantener los lazos familiares -al no haber pasado nada (véase que en la denuncia de fs. 01/02 vta. la progenitora dejó constancia de que quiso denunciar pero le recomendaron que no lo hiciera por falta de pruebas)-; pero, esta vez, los lazos se rompieron al haber participado activamente su tía -quien prácticamente la crió- habiendo logrado su cometido libinidoso Riquelme al accederla carnalmente.

En cuanto a la pasividad asumida por la menor, nada puede decirse ya que todas las personas reaccionan de manera diferente ante situaciones extremas.

A mayor abundamiento, a fs. 150/vta. obra informe técnico realizado sobre el pantalón que vestía Y.S. al momento del hecho investigado concluyendo: "*Se observó en la parte anterior, sector superior de la bocamanga derecha, en zona correspondiente al elástico de la cintura y la manga del pantalón una decostura de 4cm de largo aproximadamente, dicha característica es compatible con la que se produciría por el ejercicio de una fuerza por tracción*". El informe técnico de fs. 305/vta. certifica que en el hisopado perteneciente a Y.S. remitido por la Dra. Clara Robato al Gabinete Bioquímico: "*Se comprobó **Reacción de Fosfatasa** [á]cida **Prostática 'POSITIVA'** en el hisopado con abundantes manchas marrones (...), por lo que se deduce que dicho elemento habría estado en contacto con **líquido seminal (semen)**" (El remarcado corresponde al informe). Ambos*

informes fueron incorporados por lectura al debate (Cfr. fs. 572). Estos indicios, analizados conjuntamente con el resto del material probatorio, corroboran los dichos de la víctima en torno a la violencia ejercida por los agresores para lograr desvestirla como así también el abuso denunciado; no habiendo sido controvertidos por la Defensa.

b) También se valoró como elemento de cargo la declaración de Raquel Evangelina Reynoso, primer persona a quien la menor contó lo sucedido. En este tópico, los pequeños desacoples y diferencias horarias en que incurrió fueron consecuencia de no haber sido testigo directo de los hechos sino que relató lo que su hija le comentó. Ello no es óbice para descartar su testimonio sino, más bien, para reforzar la versión de la niña.

Por su parte, la misma Raquel, en su declaración de fs. 74/76 -incorporada por lectura-, aclaró -contrariamente a lo afirmado por la Defensa- que dejó ir a su hija a la casa de su hermana -no obstante las sospechas de lo ocurrido en Paso Aguerre- *"Porque (...) no sabía que él estaba, si hubiese sabido no la hubiese dejado ir, pero ella (...) aseguró que no estaba, mi hermana, y por una cuestión de familia, para preservar lazos familiares, nunca imaginé que mi hermana iba a mentirme, a mí, delante de mi marido"*.

c) Otro elemento probatorio ponderado y fuertemente criticado por la Defensa fue la pericia médica efectuada por la Dra. Robato.

Los recurrentes decidieron no interrogar a la profesional en la audiencia, planteando sus

inquietudes -con el fin de desvirtuar las conclusiones de aquella- en oportunidad de alegar.

Obsérvese que, más allá de la falta de anexo fotográfico -por no contar con personal idóneo en el momento del examen-, la ausencia de aparatología adecuada y la posterior valoración del sangrado a cargo de profesionales pertenecientes al Servicio de Ginecología del Hospital Castro Rendón, la Dra. Robato fue contundente -al responder preguntas de la Defensa de los imputados- respecto de que el introito marcadamente eritematoso "*(...) es producto del intento de introducir el órgano sexual masculino en forma abrupta violenta, descartándose cualquier otro tipo de elemento*" y que "*Las características que tenía la sangre no son compatibles con una sangre menstrual, esta era una sangre rutilante compatible con una herida*" (Cfr. fs. 107/vta, incorporada por lectura).

Asimismo, observó dos escotaduras en hora 11 y 16 (Cfr. fs. 55) -no cuestionadas por los señores Defensores-.

Esos hallazgos, sumados a la ausencia total de himen, llevan a encuadrar el caso en la categoría 4 de la Clasificación de Mural. No debe pasarse por alto la reacción de fosfatasa ácida prostática 'POSITIVA' (informe de fs. 305/vta.) de uno de los hisopados con muestras de secreción vaginal recolectados del cuerpo de Y.S.

En síntesis, sin perjuicio de las falencias denunciadas, la Dra. Robato fue imparcial y objetiva al examinar a la víctima como así también al elaborar el correspondiente informe.

d) Al amparo de que los impugnantes tomaron intervención en la causa en la instancia de juicio, cuando ya estaba vencido el término del ofrecimiento de prueba, formulan objeciones a la técnica CBCA SVA utilizada por la Licenciada Karina Ortiz para sostener que el relato de la menor es creíble.

En este contexto, los agravios formulados exceden el marco impugnatorio que corresponde a esta Sala por tratarse de una discrepancia en cuanto a los métodos empleados por la profesional designada.

En otro orden de ideas, la duda de los letrados en torno a cómo pudo ser tan contundente la Lic. Ortiz respecto a la falta de fabulación de la víctima si solo tuvo un único contacto con ella y por un lapso de tiempo inferior a una hora, no encuentra sustento en el Protocolo de Actuación de Cámara Gesell que expresamente dispone que *"La entrevista no podrá tener una duración mayor a una hora y media"* (Art. 2.X).

e) La Lic. Julieta González, terapeuta particular de la adolescente, si bien declaró sobre distintos trastornos padecidos por Y.S. como consecuencia del abuso sexual sufrido sin ninguna prueba que avalara sus dichos -como alega la Defensa-, no es menos cierto que su declaración no resultó esencial para condenar a Riquelme y Reynoso ya que, supresión mental hipotética mediante, la sentencia igualmente encuentra apoyo en otras pruebas independientes debidamente apreciadas por el A-quo y analizadas ut supra.

f) Por último, la Cámara, lejos de desatender el descargo de Reynoso, lo ponderó aunque en contra del interés de quienes recurren.

Por mejor decir, desestimó su versión por resultar incongruente con el resto de las pruebas incorporadas.

Precisamente por resultar el valor conviccional de sus expresiones en el juicio una cuestión derivada de la inmediación, el embate trasunta por un carril ajeno a la inspección casatoria (Cfr. C.S.J.N., "Casal, Matías Eugenio y otro s/Robo Simple en Grado de Tentativa", causa n° 1681, considerando n° 24, del voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti).

Ello, claro está, no exime al Tribunal sentenciador de exponer en el fallo las razones por las cuales ha alzaprímado la versión de la víctima por sobre ese otro relato surgido en el debate, ya que a este respecto esta Sala, como Tribunal de casación, puede y debe controlar tal criterio. Y en esa faena entendemos que el razonamiento de los judicantes luce correcto desde el plano lógico al haber ponderado los restantes elementos probatorios de cargo que corroboran la declaración de la menor.

Consecuentemente, en el caso, el planteo de los recurrentes no es más que una mera discrepancia en relación al mérito de la prueba efectuado por el A-quo.

Lo mismo sucedió con la declaración de los testigos propuestos por la Defensa. En este sentido, la Cámara entendió que, "(...) *Aún siendo veraces estos*

chismes barriales (hablan en la vereda (...)) nada se deduce de lo ocurrido la noche del hecho en la casa de la tía. (...). Poco aportan y nada modifican (...)" (Cfr. fs. 590 vta.).

Con relación a que todos coincidieron en que el domingo posterior al abuso la imputada Reynoso asistió junto a su sobrina a la Iglesia notando a la menor 'normal', no debe pasarse por alto que era la primera vez que los declarantes veían a Y.S. por lo que mal pueden aseverar que no le pasaba nada extraño (ver fs. 568).

Concluyendo, en virtud de los elementos probatorios referidos más arriba, que fueron producidos en el debate, el tribunal de juicio no albergó duda alguna respecto de la existencia de los hechos mencionados, ni de la autoría de Riquelme y Reynoso, por lo que el principio *in dubio pro reo* invocado por la Defensa, no puede tener acogida favorable.

En efecto, puede aseverarse que la pieza sentencial cuestionada ha sido dictada bajo las reglas del recto entendimiento humano, conformando los argumentos esgrimidos por los Magistrados, la justificación de su fallo, fundamentando los motivos por los cuales tomaron su decisión y adoptaron la calificación legal; constituyendo en consecuencia la pieza impugnada, una derivación razonada del derecho vigente, y en la cual, se aplicó el método de la sana crítica racional, es decir que al apreciar los elementos de prueba, se observaron las reglas fundamentales de la lógica, de la psicología y de la experiencia común, manteniendo una congruente relación

entre las premisas establecidas y las conclusiones a las que arribaron, consignando por escrito las razones que los condujeron a la decisión.

Por todo lo expuesto, **SE RESUELVE:**

I) DECLARAR LA INADMISIBILIDAD del recurso de casación (fs. 627/631) deducido por los señores Defensores Particulares, Dres. Facundo Martín Trova y Alejandro de la Cruz Bustamente, contra la resolución de la Cámara que rechazó el planteo de inconstitucionalidad del Art. 96 ter del C.P.P. y C.

II) DECLARAR LA INADMISIBILIDAD del recurso de casación (fs. 660/709) interpuesto por los señores Defensores Particulares, Dres. Facundo Martín Trova y Alejandro de la Cruz Bustamente, a favor de los imputados **Eleazar Enrique Riquelme y Verónica Noemí Reynoso**, contra la sentencia condenatoria n°60/10 (fs. 587/596).

III) Regístrese, notifíquese, y oportunamente remítanse las presentes actuaciones a la Cámara de origen.
co.

ANTONIO G. LABATE
Vocal

GRACIELA M. de CORVALÁN
Vocal

r. ANDRÉS C. TRIEMSTRA
Secretario