

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7
CCC 18836/15/2
"S., E. y otros". Nulidad. Abuso sexual. Menores 1/3. B/m

///nos Aires, 24 de octubre de 2016.-

Y VISTOS:

Se ha celebrado la audiencia que prescribe el artículo 454 del Código Procesal Penal, con motivo del recurso de apelación interpuesto por la defensa de E. y R. S., al que adhirió la defensa de O. P., contra el auto documentado a fs. 15/18, en cuanto se rechazó la nulidad de la entrevista de la menor D. T. desarrollada en "Camara Gesell" (fs. 767/784 del principal).

El juez Juan Esteban Cicciaro dijo:

I. Los agravios defensas transitaron por la circunstancia de que, en forma previa a dicha entrevista, no se instruyera a T. acerca de las penas previstas para el delito de falso testimonio y de que la menor no prestara juramento de decir verdad, lo que afectaba la validez del acto.

En ocasión de dictaminar, el Ministerio Público Fiscal postuló el rechazo de la instancia de nulidad, en razón de los fundamentos volcados en el dictamen que corre a fs. 11/14.

Cabe puntualizar que al tiempo del hecho D. T. contaba con dieciséis años de edad –nació el 1 de octubre de 1998-; que se desarrolló una primera entrevista en los términos de la norma citada; y que la segunda tuvo lugar el 11 de abril último, cuando la menor había alcanzado los diecisiete años (ver fs. 767/784). Esta última es la cuestionada.

La defensa invocó lo establecido en el art. 249 del Código Procesal Penal, norma incorporada en el capítulo concerniente a los testigos, según la cual antes de que el convocado en tal calidad declare, debe instruírselo acerca de las penas previstas para el delito de falso testimonio y prestar juramento de decir verdad, *"con excepción de los menores inimputables y de los condenados como partícipes del delito que se investiga o de otro conexo"*.

Argumentó en torno a la punibilidad de quien ya alcanzó los diecisiete años de edad, acorde a lo dispuesto en la ley 22.278, y que aún en los términos del art. 250 *ter* del Código Procesal Penal –casos en los que la víctima ha superado los dieciséis años sin haber cumplido los dieciocho años de edad-, declara “*como testigo estricto sensu*”, de suerte tal que su omisión provoca la invalidez de lo declarado.

En la apelación se sostuvo que el legislador sólo fijó la excepción –en lo que aquí interesa- del menor inimputable –aquél que no ha cumplido los dieciséis años de edad- en relación con los recaudos que debían arbitrarse al tiempo de una declaración testimonial; que si el art. 86 del canon ritual no exime al querellante de declarar como *testigo*, tampoco lo hace para el ofendido que no se presentó en aquella calidad; y que la omisión apuntada causa un perjuicio concreto (fs. 23 y 28 de este incidente).

II. Al respecto, comparto sustancialmente los fundamentos expuestos tanto por la Fiscalía como por el señor juez de la instancia anterior, a los que habrá de agregar otros, sea desde el plano legal como desde la perspectiva constitucional.

Aclarado que en oportunidad de declarar D. T. ya había alcanzado los dieciséis años de edad, un primer vistazo de la cuestión podría conducir a pensar que, tratándose de una declaración incorporada por el legislador en el capítulo de los testigos, debieron satisfacerse los recaudos que impone el citado art. 249 del código adjetivo.

Sin embargo, una primera diferenciación cabe formular en torno a los dos requisitos que la defensa exhibe como ausentes.

En primer término, se advierte que la inobservancia de la instrucción acerca de las penas previstas para el delito de falso testimonio no se encuentra sancionada con la nulidad en la norma del art. 249.

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 18836/15/2

“S., E. y otros”. Nulidad. Abuso sexual. Menores 1/3. B/m

No ocurre lo propio con el recaudo relativo a la recepción del juramento o promesa de decir verdad, puesto que la invalidez ante su incumplimiento surge del art. 117, que da preeminencia a tal requisito por sobre aquella instrucción relativa a las penas que pudieren aplicarse por el delito de falso testimonio.

El aserto viene corroborado por varias normas, a partir de una visión sistemática del actual ordenamiento jurídico.

Nótese que cuando se lleva a cabo una inspección judicial o una reconstrucción del hecho, los testigos deben prestar juramento bajo pena de nulidad (art. 223). Nada se dice acerca de la mentada instrucción.

En la diligencia de reconocimiento, a excepción del imputado, quien debe individualizar sólo habrá de prestar juramento (art. 271).

Una disposición análoga ha sido prescripta para el caso de los careos, aunque se refuerza con la invalidez en caso de inobservancia (art. 277, que contiene el epígrafe “*Juramento*”).

De tal reseña puede concluirse en que el legislador ha sido más riguroso en el recaudo del juramento o promesa de decir verdad, de modo que si el testigo no es aleccionado de que puede ser pasible del delito de falso testimonio ninguna invalidez provoca esa omisión. En ese sentido puede verse la opinión de Guillermo Navarro y Roberto Daray (*Código Procesal Penal de la Nación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, t. 1, p. 507).

Descartada una de las causales de nulidad invocadas por la defensa –la falta de instrucción aludida–, cierto es, entonces, que el hecho de no recibir el juramento o promesa de decir verdad no sólo puede causar la máxima sanción procesal, sino que esa omisión impediría accionar frente a la conducta del testigo, puesto que “*si los Códigos procesales reclaman que el testigo jure o preste promesa de*

decir verdad, y tal cosa no ocurre, el testimonio es nulo y, por eso, no hay delito de falso testimonio” (Molinario, Alfredo J., *Los delitos*, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, TEA, Buenos Aires, 1999, t. III, p. 417; en ese sentido, de esta Sala, causa N° 52252/2014, “C., S.”, del 28-10-2015).

Verificándose entonces que la falta de juramento o promesa de decir invalida los dichos de un testigo, empero, otros extremos neutralizan la posibilidad de que sea tachada de nula la declaración de una persona supuestamente víctima de un abuso sexual que al tiempo de deponer alcanzó los dieciséis años pero no los dieciocho.

De un lado, cabe puntualizar que la víctima de un delito, aun cuando depone según el modo de una *declaración testimonial*, no es propiamente un testigo.

Con arreglo a la reseña que ha formulado el señor juez de la instancia anterior, en efecto, esta Sala ha sostenido que sólo puede ser testigo quien declara sobre un hecho ajeno y no aquel que reviste la condición de ofendido por el suceso, de suerte tal que las falsedades en que podría incurrir no configuran el delito de falso testimonio (causa N° 57.641/2014, “M., B.”, del 10-12-2015, entre otras).

En rigor tal doctrina es el fruto de una tradición asentada durante muchos años con la vigencia del derogado Código de Procedimientos de Materia Penal (ley 2372), porque los menores de dieciocho años de edad, los que podían tener enemistad con el imputado, los que tuvieran interés en el resultado de la causa y los denunciadores, cuando el hecho los afectara directamente, no reunían la calidad de testigos (art. 276).

En cuanto a la invocación por la defensa del art. 86 del Código Procesal Penal (ver fs. 26 vta. de la apelación), véase que el hecho de que la víctima deba declarar *como testigo* o que lo haga bajo el mismo formato instrumental que éste no puede conducir sin más a la

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 18836/15/2

“S., E. y otros”. Nulidad. Abuso sexual. Menores 1/3. B/m

conclusión de que las consecuencias de sus dichos sean las mismas, porque las víctimas no pueden ser consideradas ajenas al conflicto.

En los supuestos previstos en los arts. 250 *bis* y 250 *ter* del Código Procesal Penal, sólo de una perspectiva meramente instrumental, entonces, puede decirse que se trata de una *declaración testimonial*, porque en rigor lo que se pretende es evitar la interrogación directa del tribunal o de las partes en los casos de menores que han sufrido hechos que importen delitos contra la integridad sexual y lesiones, de modo que se logre a través de facultativos especializados (causa N° 32.261, “C. H., C.”, del 20-7-2007 y 36.736, “C., A.”, del 27-3-2009, entre otras).

Si el juez no toma contacto con el menor que declara y no se ha previsto que el profesional que asume la entrevista deba cargar con algún recaudo en el sentido abordado, la situación aparece detraída de la directiva general que prescribe el art. 117 del canon ritual y es por ello que en el art. 250 *ter* –aquí reposa la situación particular de D. T.– ninguna alusión se formula al requisito del juramento o promesa de decir verdad ni remisión a aquella directiva o a la del art. 249 del mismo cuerpo legal, bien entendido que las reglas de los arts. 250 *bis* y 250 *ter* operan como ley especial y posterior.

A igual solución cabe arribar por aplicación del principio de especificidad en materia de nulidades (arts. 2 y 166 del Código Procesal Penal).

De lo expuesto se colige que si bien un testigo –valga aclarar aquí, en sentido estricto–, en el rango de los dieciséis y dieciocho años de edad, podría cometer el delito de falso testimonio (art. 1 de la ley 22.278, en función de la penalidad prevista en el art. 275 del Código Penal), no se verifica esa posibilidad, en la misma franja etaria, con la supuesta víctima, no sólo porque no es testigo, sino porque en

supuestos como el del caso se ha previsto un régimen especial para escuchar su relato.

Si un examen de la normativa doméstica arroja tal resultado, la visión constitucional cubre cualquier hesitación al respecto.

El interés superior del niño (art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) aparecería reñido con arbitrios –tales como la exigencia de juramento o promesa de decir verdad- que trasuntan cierto contenido admonitorio, cuando justamente se trata de obtener un relato espontáneo de los hechos en un marco donde es deber del Estado adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica de un menor frente a episodios que los afectan gravemente (art. 39).

Precisamente, si la Convención ha prescripto que en los casos de los niños involucrados en delitos habrán de adoptarse medidas que tiendan a evitar los procedimientos judiciales –siempre que sea apropiado y deseable-, fuertemente controvertido se exhibe en el caso dar preeminencia al recaudo vernáculo (art. 249 del Código Procesal Penal) que la defensa trae en apoyo de su tesis, siempre que el juramento contiene una carga para que lo formula que traduce la solemnidad del proceso judicial.

En ese marco, cabe destacar que antes del *relato libre o sustantivo* –núcleo de la entrevista- transcurre una primera etapa que supone la construcción del *rapport* o *vínculo de confianza* encaminado a que la víctima se exprese libremente, lo que resulta inconciliable con la instrumentación de recaudos formales propios de quien declara como testigo. Cabe recordar en tal contexto que es dable evitar la victimización secundaria emergente del propio hecho de comparecer en un proceso judicial.

Así, se ha entendido que “...se deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que las NN y A [niños, niñas y

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 18836/15/2

“S., E. y otros”. Nulidad. Abuso sexual. Menores 1/3. B/m

adolescentes] *sean entrevistados con flexibilidad, tacto y sensibilidad, evitando formalismos innecesarios y facilitando la comprensión de los objetivos de la entrevista, con un lenguaje sencillo adaptado a su edad y grado de madurez*” (“Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos”, elaborada por JUFEJUS, Asociación por los Derechos Civiles y UNICEF (edición de septiembre de 2013).

Justamente, nuestra Corte Federal ha señalado que *“corresponde a un incuestionable dato óntico que éstos [los menores] no tienen el mismo grado de madurez emocional que debe suponerse y exigirse en los adultos, lo que es verificable en la experiencia común y corriente de la vida familiar y escolar...”* (Fallos: 328:4343, considerando 37º), doctrina que se compadece con la locución de la ley, que pondera el *“estado emocional del menor”* (art. 250 bis, inciso “d”).

Debe recordarse también que en los fundamentos del proyecto de la diputada Silvia V. Martínez, en el marco de la discusión parlamentaria de la norma aludida, se destacó la *“indelegable función de protección”* de la intervención judicial, así como la necesidad de *“establecer procedimientos que sin afectar el derecho de defensa eviten provocar nuevos daños a quien resulta víctima de esa clase de hechos”*, contexto en el que se formularon las conclusiones según las cuales *“El niño, por su falta de madurez física y mental, requiere medidas de protección y asistencia especial...Dicha asistencia y protección debe ser garantizada por el Estado...El niño abusado no está en condiciones de ser interrogado por un tribunal judicial ni por las partes”*.

Cabe traer a colación la *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia y Asistencia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985, en tanto se consagra el derecho de éstas a ser tratadas con compasión y con respeto por su dignidad,

además de facilitar la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas.

A cualquier evento y sin desmedro de lo expuesto, se observa que al tiempo de celebrarse la entrevista con la menor T., la licenciada Diana Esther Yassin le manifestó lo siguiente: “...*has pasado por aquí el año anterior así que lo único que voy a recordar que es importante de lo que vayas relatando espontáneamente y de lo que yo te pregunte que puedas decir la verdad sí? Que seas auténtica...*” (fs. 809).

Ello, sin perjuicio de recordar que la audiencia celebrada es una ampliación de la entrevista inicial que, desarrollada en los mismos términos, no fue cuestionada mediante una instancia de nulidad (fs. 61/71).

Por ello, voto por confirmar el rechazo de la nulidad pretendida.

La invocación por la defensa de las normas procesales aludidas traduce la plausibilidad del planteo, de modo que las costas de alzada serán distribuidas por su orden (art. 531 del Código Procesal Penal).

El juez Mariano A. Scotto dijo:

Coincido con mi colega preopinante en que no se advierte vicio alguno que afecte la validez de la declaración de la menor T., en tanto no existe conminación de nulidad alguna en las previsiones contenidas en los artículos 250 *bis* y *ter*, del Código Procesal Penal (artículo 166 del citado ordenamiento legal).

Si bien, la “Cámara Gesell”, desde un punto de vista técnico es el medio idóneo para escuchar al menor que torna efectivo el cumplimiento del art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, en realidad “*se trata de una prueba sui generis, autónoma, compleja y específica, que participa de algunos caracteres de la prueba testimonial y de otros de la prueba pericial, pero que no alcanzan para*

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 7

CCC 18836/15/2

“S., E. y otros”. Nulidad. Abuso sexual. Menores 1/3. B/m

categorizarla como sólo una de ellas” (Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, ob. cit., p. 361, citado en mi voto en causa N° 57.176/2014, “T. C., E.”, del 25 de marzo de 2015).

Coincido también en que la menor no es propiamente una testigo, pues se ha expresado sobre un hecho que la tuvo como damnificada y no sobre algo ajeno.

Garantizada entonces la representación de los imputados, que en el caso se ve reforzado con la proposición de expertos que coadyuvan con la tarea defensiva (738 y 743/744), no se advierte un estado de indefensión que amerite la aplicación de la sanción pretendida, por lo que adhiero a la solución propuesta por el juez Cicciaro.

Por ello, voto por confirmar el auto apelado.

Consecuentemente, esta Sala RESUELVE:

CONFIRMAR el auto documentado a fs. 15/18, en cuanto fuera materia de recurso. Costas de alzada por su orden.

Notifíquese, devuélvase y sirva lo proveído de atenta nota de envío.

El juez Mauro A. Divito no intervino en la audiencia oral con motivo de su actuación simultánea en la Sala V de esta Cámara.-

Juan Esteban Cicciaro

Mariano A. Scotto

Ante mí: Roberto Miguel Besansón