

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 22214/07 STJ

SENTENCIA Nº: 217

PROCESADO: P.C. A.I.

DELITO: ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE CALIFICADO POR EL VÍNCULO

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 19-11-07

FIRMANTES: BALLADINI – LUTZ – SODERO NIEVAS EN ABSTENCIÓN

///MA, de noviembre de 2007.

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “P., A.I. s/Abuso sexual gravemente ultrajante por el vínculo s/Casación” (Expte.Nº 22214/07 STJ), puestas a despacho para resolver, y- - - - -

----- CONSIDERANDO:----- Que la deliberación previa a la resolución (cuya constancia obra a fs. 860) ha concluido con el acuerdo de los señores Jueces que se transcribe a continuación. - - - - El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - -1.- Antecedentes de la causa:- - - - - Mediante sentencia Nº 18, del 7 de mayo de 2007, la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma resolvió -en lo pertinente- condenar a A.I.P.C. a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante calificado por el vínculo (art. 119 segundo párrafo inc. b C.P.). - - - - -1.2.- Contra lo así decidido, el doctor Ariel Alice interpuso recurso de casación, que fue concedido por el tribunal de grado inferior. - - - - -2.- Argumentos del recurso de casación:- - - - - En su extensa argumentación, la defensa de A.P.C. sostiene que, a su entender, se han violentado el derecho de defensa en juicio y el debido proceso, así como los arts. 234 bis incs. a y c, 353 y 355 del Código Procesal Penal provincial y la Resolución Nº 163/07 de este Superior Tribunal de Justicia. Luego hace un racconto del desarrollo de la causa, en el cual refiere que en///2.- instrucción se le tomó declaración a la menor víctima en un símil de cámara Gesell y que en debate el a quo decidió no hacer lugar a la solicitud de la Fiscalía de reproducir el video que contenía esa declaración, lo que viola el nuevo art. 234 bis inc. a del rito, que establece los recaudos bajo los cuales debe practicarse tal medida. También destaca la defensa la gravedad del caso, en virtud de que se llevó a juicio a una persona sin la prueba fundamental, esto es, la declaración de la menor víctima.- - - - - Asimismo, la parte se agravia de la decisión de la Cámara en lo Criminal de llamar nuevamente a declarar a la menor luego de las declaraciones de la mayoría de los testigos, citación a la que aquélla se negó con reserva de casación, pues a su criterio viola el derecho de defensa en juicio en tanto el testimonio de la víctima no debió ser el último acto de debate, sino el primero (art. 355 C.P.P.). En este punto, cita doctrina en apoyo de su postura.- - - - - Posteriormente señala que el Tribunal ha incurrido en una contradicción jurisdiccional porque el decreto de fs. 381 –que resuelve la admisión y el rechazo de la prueba- dice “... téngase presente para su oportunidad la exhibición del video reservado en secretaría...”, afirmación que significa que la prueba ha quedado incorporada y por tanto no puede, luego, declararla nula como elemento probatorio.- - - - - En este sentido, alega que la declaración de la menor es el pivote fundamental de la prueba en ese tipo de delito y que está a cargo del Ministerio Público -que no la ofreció-, a lo

que agrega que la producción de medidas durante el debate -y no en su adecuado momento procesal- ha //3.- sido lisa y llanamente extemporánea y contraria al art. 355 del código adjetivo, puesto que no fue solicitada por las partes, ni siquiera de manera subsidiaria para el caso de no incorporarse la declaración efectuada mediante cámara Gesell, déficit que el a quo no podía suplir so pena de incurrir en violación del debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio. En este orden de ideas, concluye que estamos en presencia de inactividad procesal por parte del Ministerio Público y déficits de la instrucción y del Tribunal, en tanto la solución del caso era declarar la nulidad de lo actuado y devolver la causa a la instrucción, porque el testimonio era indispensable, o en todo caso llamar a la menor a declarar en primer término. Así, señala la inadecuación de aplicar el art. 359 del rito, en virtud que la declaración de la menor no era desconocida para el juzgador.- - - - - La defensa aduce asimismo que esta defectuosa tarea jurisdiccional no garantiza los derechos del imputado ni los del niño, cuya declaración debe ser tomada con la mayor inmediatez posible a la denuncia del hecho, por un especialista, para no revictimizarlo. Más adelante indica que, como la menor ha sido sujeta a una infinidad de interrogatorios y entrevistas, sus dichos están contaminados y no son confiables. A ello suma que el a quo no ha dado argumentos para citarla nuevamente a declarar ni fundamenta su decisión ni el carácter esencial de la medida, lo cual deviene en la violación del derecho de defensa en juicio. Con cita de jurisprudencia de este Cuerpo (Se. 03/07), asemeja la situación a la teoría del “fruto del árbol//4.- venenoso”, porque no ha podido controlar las entrevistas. Además, estima que la menor ha sido inducida por la abuela, la madre, la tía y las terapeutas intervinientes (Lic. Gandolfi y Lic. Abaca) para manifestarse como lo hizo, y que su declaración no fue tomada por un especialista, como fijó el legislador en el art. 234 bis del código de forma, en tanto la profesional interviniente no acreditó la especialización requerida por la norma y la resolución de fs. 690 y vta. no da razones para sostener que tiene antecedentes en la materia. En el mismo orden de ideas, argumenta que la Lic. María Eva Calpakchi hace en su informe consideraciones improcedentes, de modo que se ha violado el art. 21 de la Resolución N° 163/07 de este Superior Tribunal de Justicia -en tanto no se ha limitado a describir cuál es el estado psíquico-anímico de la menor, así como el protocolo de entrevistas NICHD allí establecido.- - - - -

La parte recurrente argumenta también que el Tribunal ha realizado una valoración fragmentaria de la prueba producida y su sentencia carece de adecuada fundamentación, de lo que concluye que el a quo ha fallado a partir de indicios contradictorios e incurrido en arbitrariedad. En este contexto, ataca los dichos de la menor referidos por testigos de oídas, pues a su criterio éstos no se han mantenido en el tiempo, y sostiene que la menor simuló, que se contradijo y que sus dichos no son confiables ni merecen credibilidad.- - - - -

- - - - - También se agravia de los informes terapéuticos de la Lic. Gandolfi, primera terapeuta de la menor S. (fs. //5.- 8/17 y 41/49), y señala que en ellos han existido manifestaciones contradictorias y que se contraponen con lo afirmado en el peritaje judicial de fs 641/670. Sostiene que en el caso particular no ha existido ningún abuso sexual y que el único abuso existente es el que provino de las sesiones terapéuticas, efectuadas sin ningún tipo de control judicial ni de la defensa. Asimismo, ataca la falta de capacitación y especialización de la Lic. Gandolfi y de la Lic. Abaca, puesto que a su entender ha existido un sesgo en las entrevistas y que la terapia ha resultado iatrogénica. Entiende además que la terapeuta, al tener conocimiento del abuso, debió noticiar inmediatamente a las autoridades judiciales y apartarse de la atención de la menor lo antes posible, para que ésta continuara la

terapia con otro especialista. A tales circunstancias agrega que en el caso se tomó la declaración de la menor tres años después de sucedidos los hechos, luego de una multiplicidad de entrevistas, interrogatorios y sesiones de terapia. Posteriormente expresa que la terapeuta Gandolfi ha hecho afirmaciones y diagnósticos en los que evidencia animosidad, subjetividad y parcialidad, lo que permite cuestionar su calidad profesional. Asimismo, sostiene que su intervención ha vulnerado el art. 7 de la Ley 23277 (que regula el ejercicio de la psicología), pues éste establece que “las conclusiones diagnósticas deben referirse a los estados psíquicos de los pacientes en consulta”, y la licenciada se manifiesta sobre aspectos psicológicos de su defendido sin haberlo entrevistado nunca. Asimismo, dice, tales manifestaciones se contraponen con lo dicho en el peritaje ///6.- de fs. 641/670, por lo que, a su criterio, el que único informe que debe tenerse como válido es este último, donde se afirma que no existen indicadores -o bien éstos son contradictorios- que permitan afirmar si la menor fabula o no respecto de los hechos de la demanda. Así, concluye que la niña ha mentido o fabulado, en un relato mecánico y repetitivo, producto de un estado de abandono y buscando tener la protección familiar, dado que su madre se encontraba en Buenos Aires atendiendo un grave problema de salud de su otra hija, lo cual llevó a una rivalidad con la hermana menor.- - - - -
- - - - - Ante la situación descrita, aduce que la sentencia no ha hecho la necesaria e indispensable confrontación de los distintos informes, y cita el precedente “SANDOVAL” de este Cuerpo en apoyo de su postura (Se. 101/05). En tal sentido, afirma que esa confrontación podría llevar a conclusiones distintas, mientras que el principio lógico de no-contradicción y razón suficiente exige que la prueba en que se funda la sentencia sólo permita arribar a una única conclusión. En el caso, agrega, se ha partido de la premisa equivocada, pues primero se piensa que el abuso existió y luego se buscan los síntomas y las pruebas.- - - - -
- - - - - También afirma que no debe descartarse que las vivencias sexuales de la menor puedan provenir de otras fuentes de conocimiento y no necesariamente de un abuso, que la maestra Eva Natalia Tassara podría confirmar que ese conocimiento era previo, y que la menor ha sufrido un trauma psicológico ajeno y anterior a la denuncia y a algún episodio de abuso sexual.- - - - - ///7.-
La defensa esgrime luego la omisión de prueba esencial, puesto que la sentencia no tuvo en cuenta el informe del Lic. Battcock, que sostiene que P.C. no es perverso ni fabulador, como así tampoco el testimonio del doctor Molinari, quien en debate afirmó que nunca tuvo indicio de que el imputado tuviera sexopatías o transgresiones sexual.- - - - - Otro de los agravios refiere a la arbitraria aplicación de la agravante por sometimiento gravemente ultrajante, pues existiría al respecto una manifiesta violación del principio de congruencia, del derecho de defensa en juicio y del art. 8.2 b y 8.2 c de la Convención Americana de los Derechos Humanos.- - - - - En este punto, refiere que la agravante siempre se sostuvo en la duración de los hechos imputados y no en las circunstancias de su realización, a la vez que en el requerimiento de elevación a juicio se basó en la situación vivida por la menor, prolongada en el tiempo; mientras que P.C. ha sido sentenciado por un solo hecho, porque la acusación no fue debidamente ampliada en debate, y las partes nada dijeron respecto de las circunstancias, pues la única que sostuvo esa calificación fue la querellante. En tal orden de ideas, recuerda que la señora Fiscal acusó por abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo, a lo que se adhirió la Asesora de Menores, sin referencia a “sometimiento” alguno. Así, opina que en la sentencia se modificaron sin fundamentos la imputación y la acusación, sin la previa intimación para que el imputado comprendiera adecuadamente las circunstancias

determinantes y relevantes ///8.- del hecho, de modo que no tuvo oportunidad de defenderse, pues no es lo mismo hablar de “duración” que de “circunstancias del caso”. Por lo anterior, reitera que se no hay correlación entre acusación y sentencia y que se ha modificado sorpresivamente la calificación legal (art. 372 C.P.P.), lo que conlleva la violación del derecho de defensa en juicio y la afectación del principio de congruencia. En abono de este planteo, hace mención del precedente “RAMÍREZ c/GUATEMALA” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ----- A mayor abundamiento, sostiene que el sentenciante confunde el sometimiento a que alude el tipo penal con el sometimiento en sentido de dominar, sujetar, obligar o colocar a la víctima en situación de inferioridad. Por su parte, define que el sometimiento debe consistir en una conducta distinta, ajena y más grave que el acto de contenido sexual realizado mediante violencia física o moral, y que debe encontrarse en la duración de los hechos o bien en las circunstancias de la realización que objetivamente escapen a las características propias de la figura básica. Entonces, no nos encontraríamos ante un hecho que pueda ser tipificado como “gravemente ultrajante” ni un “sometimiento” en los términos de la ley.- ----- En este marco, refiere que no hay prueba alguna que respalde la afirmación del a quo relativa a “la introducción de los dedos en la cola”, ni ha sido imputada ni ha sido narrada en el fallo, por lo que constituye una ficción del sentenciante. De tal modo, se agravia de la desproporcionalidad entre la calificación jurídica y los hechos investigados, pues estamos hablando de un episodio ///9.- sin fellatio in ore, sin introducción de dedos ni objeto alguno, ocurrido en una única tarde de domingo, por lo que no se ha dado la duración en el tiempo o algún tipo de sometimiento y, consecuentemente, no es gravemente ultrajante.- ----- En conclusión, y previa reserva del caso federal, la defensa finaliza su presentación con la solicitud de que se haga lugar al recurso planteado y se deje sin efecto legal la sentencia atacada o, en su caso, se declare nulo el debate.- -----3.- Análisis de admisibilidad del recurso de casación:- ----- Este Tribunal viene sosteniendo en forma continua y reiterada que el análisis de admisibilidad del recurso de casación realizado por el tribunal de grado inferior debe responder a los nuevos parámetros fijados como garantía de la doble instancia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “CASAL” (C. 1757, XL., del 20-09-05), criterio ratificado en los fallos “MARTÍNEZ ARECO” (del 25-10-05), “BENÍTEZ” (del 28-02-06, LL del 03-05-06) y “DÍAZ” y “VILLAR” (del 04-07-06), cuya aplicabilidad en el ámbito provincial se desprende de los precedentes “SALTO” (del 07-03-06) y “KUTKO” (del 26-09-06), entre otros.- ----- Esta doctrina es conocida por la Cámara del Crimen, la que, sin embargo, declaró la admisibilidad formal del recurso con la afirmación de que “[l]os razonamientos desarrollados resultan ser sustento suficiente para respaldar la pretensión de arbitrariedad del fallo” (fs.851 vta.).- ----- De este modo, la sentencia interlocutoria N° 94/07 ///10.- no cumple con la motivación prevista en el art. 110 del Código Procesal Penal, en tanto esa afirmación no justifica una habilitación automática de la instancia extraordinaria de casación, por la sola interposición del recurso contra la sentencia definitiva o equiparable a tal.- ----- En razón de lo expuesto y en conformidad con la doctrina legal de este Superior Tribunal expuesta in re “ZACARÍAS” (Se. 138/05), el tribunal de grado inferior debe evaluar la interposición de una crítica concreta y razonada a la legalidad de la decisión dictada. En tal tarea, el a quo no puede sustraerse al mérito y a la consideración de la doctrina legal que resuelva la cuestión propuesta a discusión, pues conspiraría contra el debido proceso legal la habilitación de la instancia respecto de agravios que manifiestamente no puedan prosperar.

De igual modo, ante la presentación de planteos nulificatorios, el inferior debe hacer un somero análisis del cumplimiento de sus requisitos de admisibilidad.-----

----- La consecuencia de lo anterior sería la declaración de nulidad de la concesión del recurso, con el consecuente reenvío para un nuevo examen, pero el principio de celeridad procesal hace necesario que este tribunal ingrese en el tratamiento de los agravios expuestos en el sub exámine.-----4.- Acusación:----- El Tribunal de grado inferior tuvo por probado que el en horas de la siesta del día 13 de junio de 2004, en la habitación de su padre en la vivienda de los abuelos paternos de S.A.P.M., ubicada en la calle Guido 122 de esta ciudad, A.I.P.C. abusó ///11.- sexualmente de la menor, en ocasión en que se acostaron a dormir y previo decirle que iban a “jugar a los novios”; en tales circunstancias le bajó la bombacha, le tocó la cola de atrás y de adelante, le hizo tocar sus genitales, le pasó el pene por la cola y se lo dio para que se lo succionara, sin que ésta llegara a hacerlo, y repitió los tocamientos y el último pedido, sin que certeramente se pueda afirmar su concreción, en el baño de la citada vivienda.----- Parte del recurso casatorio

transita por atacar el mérito de la prueba que llevó al “a quo” a tener por demostrado el hecho descrito supra. Ahora bien, entre otros medios, el tribunal sentenciante ha valorado las manifestaciones efectuadas en debate por la madre, la tía, la abuela y las profesionales que intervinieron en la atención de la víctima, como así también los dichos de ésta. -----4.1.- La presente causa se inició con la denuncia efectuada por la señora L.R., abuela materna a cargo de la menor al momento de producirse el hecho, quien refirió -en lo que aquí importa- que notó que su nieta volvió nerviosa de la visita efectuada a su padre -que entonces vivía en la casa de los abuelos paternos de S., en Guido N 122 de Viedma- y que, luego de insistirle para que le contara qué le pasaba, ésta le relató los hechos antes narrados, ante lo cual la señora R. se comunicó telefónicamente con A.A.M., madre de S.. ----- Por su parte, ésta declaró que se encontraba en Buenos Aires por un problema de salud de su hija menor y que su madre -es decir, la abuela de S.- le comunicó lo que le ///12.- había contado S. y le aclaró que le había creído. También refirió el problema de alcoholismo que aqueja a A.P.C. y la intención de prestar declaración por parte de la menor víctima.----- En este mismo sentido se expresó N.H.M., tía de S., quien narró que, una vez en la casa de su madre, la menor relató una versión similar a la que le había dado a su abuela, luego de lo cual fueron a la médica que atiende a la niña, a la Fiscalía en turno y a la ATAP. Asimismo, explicó por qué se denunció el hecho unos días después de haber tomado conocimiento de él y agregó que su sobrina siempre brindó el mismo relato.----- También concurrió a debate la Lic. Gandolfi, primera terapeuta de la menor, quien dio los motivos por los cuales atendió a S. y recordó una entrevista anterior a las motivadas por la denuncia contra su padre, en razón de la agresividad que denotaba la menor. Luego dio detalles de las entrevistas en las que S. contó lo sucedido, con detalles, así como otros episodios sucedidos en el balneario El Cóndor. Luego la profesional describió los dibujos efectuados por S. de fs. 14, donde se observa que excluye al padre en el dibujo de la familia, los que connotan niveles de angustia e indicios de haber sido objeto de abuso sexual. Agregó que en general los abusos son cometidos por las personas en que la víctima confía

y que no es posible “actuar” su discurso en diferentes contextos, pues no se puede “simular todo” en tanto tendería a contradecirse (fs. 703 vta.). En su informe, transcripto en parte en la sentencia atacada, la profesional señaló una ///13.- situación evasiva y de angustia por parte de la menor, y que sus dichos fueron comprobados con las distintas pruebas realizadas, en las

que se evidencia una perturbación emocional.----- La doctora Cristina Otero, pediatra de S., declaró que concurren a verla la abuela y la tía de la víctima, y que al revisar a la niña notó irritación en la zona vulvo- vaginal y la observó triste y angustiada. También reconoció el certificado médico glosado a fs. 20 de los presentes.----- A su turno la maestra de S., Eva Natalia Tassara, expresó en debate que la niña le contó a sus compañeritos que su papá le mostró el pito, por lo que tomó conocimiento de la situación que aquélla vivía. Relató además el comportamiento de ésta durante el año escolar e hizo notar que a principio de año jugaba con varones, pero luego comenzó a compartir los juegos con las niñas, y que se la notaba más tranquila, serena y pensativa.----- Por otro lado, el doctor Enrique Molinari manifestó haber brindado atención a P.C., aunque no minuciosa, por un problema de alcoholismo, y agregó que en ningún momento tuvo indicios de que P.C. tuviera trasgresiones de tipo sexual (sexopatías), que sí tenía problemas de autoestima, y que entendía que el condenado no estaba tan mal como para no tener frenos inhibitorios.----- Asimismo, la Cámara en lo Criminal valoró los dichos de la menor víctima de autos, quien declaró bajo los preceptos establecidos por el art. 234 bis del Código Procesal Penal -cámara Gesell-. En lo que aquí importa, ésta sostuvo que en esa época su papá le dijo “vamos a jugar a ///14.- los novios”, y entonces le bajó la bombacha, se bajó el pantalón, le hizo chupar el pito, le dio besos en la boca y le tocó la cola con la mano; explicó que le hizo doler y que, como entró la abuela, su papá se levantó y la llevó al baño, cerró la puerta con traba y le dijo que le chupara el pito, que va a salir algo rico, e hizo un gesto de asco respecto de lo que salió. También le dijo a la profesional interrogadora que algunas cosas no recordaba y que su abuela había ido al Jardín de Infantes a decir que su nieta mentía, Finalmente la menor víctima afirmó: “yo dije la verdad... si no me cree [por la abuela] que no vaya al jardín” (fs. 704 vta.).-----

-----4.2.- Con este marco probatorio, el a quo tuvo por comprobada la materialidad del ilícito en cuestión, y sostuvo que la prueba indiciaria era de gran importancia y que la declaración de la víctima resultaba fundamental para el esclarecimiento del hecho.-----

----- En este orden de ideas, el sentenciante ha tenido en consideración que S. reiteró lo sucedido ante su abuela, su madre y su tía, y que los testigos aportaron indicios claramente cargosos al relatar que la menor, cada vez que volvía de la casa de su padre, regresaba alterada y agresiva, en sentido similar a lo referido por la médica y la psicóloga que atendieron a la niña.----- El a quo dio además razones de la dificultad para juzgar este tipo de delitos por la falta de testigos directos y valoró los testimonios y los informes de las expertas –médica y psicóloga- obtenidos inmediatamente después formulada la denuncia que inició la presente causa. ///15.- Al respecto, también estableció que los testimonios fueron plenamente confiables, y precisó que la Lic. Gandolfi “... presenta calidades profesionales suficientes considerando sólidas sus técnicas (acreditadas a fs. 206/210)”. A ello sumó que “... [s]e percibieron en la niña alteraciones de sueño, miedo, rechazo al agresor, sentimientos de culpa, angustia relacionada con el tema, experiencias de vivencias sexuales inapropiadas para su edad y desarrollo...” (fs. 708).----- He de recordar aquí que el conocimiento de los hechos adquirido por la mencionada psicóloga se debió al ejercicio de su profesión, puesto que la familia de la menor acudió a ella luego de enterarse de lo sucedido; en este contexto, ha dado acabadadas razones de sus dichos, explicando las distintas actividades y tests profesionales realizados con S., lo que se refleja en la exhaustiva testimonial brindada en instrucción –fs 276/279, en presencia del señor Defensor Oficial, a cargo de la asistencia del imputado en ese estadio procesal- y en su actuación en debate, respondiendo los

interrogantes de las partes.- - - - - Si bien su calidad de especialista en menores podría ser discutible, no por ello debe ser desmerecida o atacada su tarea, en tanto la Lic. Gandolfi concurrió a juicio por haber sido la primera en atender a S., puesto que nada obsta a que las víctimas sean asistidas por un profesional idóneo ante una situación de carácter traumático y para ello, claro está, no es necesaria especialización alguna.- - - - - De hecho, la nueva y única limitante establecida por el legislador, en el caso que nos ocupa, refiere a la ///16.- entrevista a un menor víctima o testigo (art. 234 bis C.P.P.), donde además se regla el procedimiento del caso.- - - - - Estos testimonios concatenados permiten sostener la falsedad del descargo ensayado por el condenado, quien negó el hecho acusado, aceptando sólo ciertas circunstancias del relato de la menor -haber dormido la siesta en alguna oportunidad con ella.- - - - - He de recordar aquí lo sostenido por este Cuerpo en reiterados precedentes en el sentido de que, vigente el sistema de libertad probatoria y de apreciación por la sana crítica en aras de la libre convicción razonada de los jueces -los que tienen toda la prueba rendida ante sí, sometida al control de las partes-, es posible que esa convicción positiva se adquiera con la nuda afirmación del sujeto pasivo, sin que ello constituya vicio alguno, en la medida en que no sea contradicha y que tenga corroboración en el resto de la prueba valorada.- - - - - Es necesario recordar que en este tipo de delitos -por sus especiales características- es muy dificultosa la existencia de testigos directos, de modo que las manifestaciones de las víctimas se tornan fundamentales para esclarecerlos. Este Cuerpo se ha referido reiteradamente al testigo único presencial o necesario, en el sentido de que debe ser oído y su declaración debe ser corroborada por las demás pruebas incorporadas de acuerdo con el sistema de la sana crítica. Herencia del sistema de prueba tasada, ha quedado instalado el brocardo “testis unus testis nullus”, pese a que no existe norma legal alguna que la determine. ///17.- Entonces, si el soporte argumentativo y crítico es adecuado, el hecho de ser único el testigo no basta para descalificar el fallo, máxime cuando -como en autos- el acto cuenta con la fundamentación correspondiente que le da sustento a dicho testimonio (ver, entre otras, Se. 22/01, 62/04 y 138/07 STJRNSP).- - - - - Así, este Cuerpo ha afirmado: “Recordando que \el hecho de ser único el testigo no basta para descalificar el fallo, máxime cuando -como en el caso de autos- el acto cuenta con la fundamentación correspondiente que le da sustento a dicho testimonio\ ('MONTIVERO\', Se. 22/01 STJRNSP; \FIGUEREDO\', Se. 62/04 STJRNSP, entre otras), es de destacar que el Tribunal de grado inferior sostuvo la afirmación de [la víctima]... con prueba indiciaria” (Se. 3/06 STJRNSP).- - - - - Tampoco advierto algún tipo de obstáculo legal para valorar la declaración de los familiares de S.-abuela, tía y madre- con la validez indiciaria limitadísima que caracteriza este tipo de pruebas y en el contexto de un conjunto probatorio del que resulta una unívoca y certera resolución sobre las circunstancias fácticas de lo realmente ocurrido y su autor. Además, la Cámara en lo Criminal ha dado razones de la valoración de dichos testimonios, cuando entendió que correspondía valorar los obtenidos en forma inmediata a los hechos acontecidos.- - - - - También ha quedado acreditado que S., en la época del hecho denunciado, había evidenciado cambios en sus comportamientos habituales. Ello fue referido por la mamá de la menor, quien en debate recordó que “a la casa de los ///18.- abuelos iba bien pero regresaba mal” -luego de la visita a su padre-. La misma circunstancia quedó reflejada en el “Informe de evolución de tratamiento psicoterapéutico” de fs. 47/49, donde consta que “... el padre de S. y los abuelos paternos de la niña sostenían un régimen de visitas discontinuo e inestable... cuando S. veía a su papá

regresaba significativamente más angustiada, irritable, inquieta y agresiva... [P]uede observarse en la niña por aquellos días: alto nivel de angustia, desorganizante de su conducta, irritabilidad, labilidad emocional, demanda de atención permanente, inseguridad, temor al abandono, al castigo, sentimientos de culpabilidad... se la observa irritable, impulsiva, tensa, rechazando abruptamente la situación cuando esta la remite a lo vivido...". Del mismo modo, la abuela materna y la tía de S. notaron que el día del hecho la menor volvió angustiada y triste de visitar a su padre en la casa de sus abuelos paternos, a lo que se suman los dichos de la maestra de la menor, ya reseñados.----- Así, cabe destacar que tales modificaciones en el comportamiento de la niña son consecuentes con la ocurrencia de una agresión sexual, según la literatura clásica del tema.-----

----- Además, es de destacar la versión homogénea dada por la menor, cuyo relato no ha sido reiterativo ni mecánico y en el que no ha incurrido en contradicciones o inconsistencias en sus elementos sustanciales, a pesar del tiempo transcurrido desde la denuncia hasta su comparecencia a la entrevista con la especialista ordenada por la Cámara del Crimen -cerca de tres años-, período en el cual además la ///19.- niña pasó de los cinco a los ocho años de edad.----- Entonces, dada la credibilidad y consistencia de los dichos de la menor, aunados a los distintos testimonios, el examen médico de la víctima y la prueba documental incorporada por su lectura en debate, en conjunto con el indicio de oportunidad brindado por el propio imputado (relató que dormía la siesta con la menor y que ocasionalmente la besaba en la boca), es posible tener por acreditados el hecho y su autoría material.----- En este contexto, la discrepancia con el mérito probatorio ensayada por la defensa no tiene andamiaje para contrarrestar los extremos desarrollados, pues no hace más que brindar una excusa defensiva carente de toda trascendencia y sustento, en contraposición con la prueba ventilada en autos. En efecto, la recurrente, a pesar de sus esfuerzos, no ha logrado demostrar inconsistencias en el relato de la menor a lo largo del tiempo ni la existencia de signos de fabulación o mendacidad, como así tampoco que el sentenciante haya omitido antecedentes que hagan a la cuestión fáctica sustancial de la causa u otros elementos conducentes. Por todo ello, la tacha de arbitrariedad de la sentencia debe descartarse, en la medida en que la resolución atacada ha sido dictada bajo los indicadores de la sana crítica racional.-----4.3.- En esta línea de pensamiento, este Cuerpo ha sostenido que "... \[I]a eficiencia de la prueba de indicios depende de la valoración conjunta que se haga de ellos, teniendo en cuenta su diversidad, correlación y concordancia, pero no su tratamiento particular, pues por su ///20.- misma naturaleza, cada uno de ellos no puede fundar aisladamente ningún juicio convictivo\' (CSJN in re \'VEIRA\', del 24-04-1, LL 1991-C, 467; DJ 1991-1, 926, con nota de Augusto M. Morello; conf. Se. 96/04 STJRNSP). Cabe traer a colación la obra de Brichetti \'La evidencia en el proceso penal\' (Ed. E.J.E.A., págs. 13-16), donde cita lo expuesto por Framarino en \'La lógica de las pruebas\', cuando señala: \'desde el punto de vista de la valoración subjetiva, o estimación de las pruebas, no hay diferencia entre prueba directa y prueba indirecta, porque la razón despliega la propia actividad en el mismo modo; desde el punto de vista de la valoración objetiva, hay gran diferencia, porque con la simple percepción de la prueba directa, que no importa razonamiento alguno, se afirma su conclusión objetiva; mientras no puede afirmarse la conclusión de la prueba indirecta más que pasando con el trabajo del raciocinio, de su percepción a la afirmación del delito\'. Asimismo, en la misma obra, Brichetti señala: \'... decimos que existe la certeza porque queda excluida toda probabilidad de lo contrario, pero

sólo que existe la certeza moral, no la certeza absoluta, porque, si no la probabilidad, queda ciertamente la metafísica posibilidad de lo contrario\” (Se. 62/04 y 03/06 STJRNSP).-----
----- En autos, la defensa no hace un análisis completo de la valoración pormenorizada y concatenada del plexo probatorio que ha efectuado el sentenciante, dentro de los parámetros de la logicidad, la experiencia y la psicología -sana crítica racional-, puesto que la concurrencia concordante de los indicios es razón suficiente para derivar ///21.- en la conclusión del tribunal de grado inferior y no en otra (ver Gabriel E. Pérez Barberá, “La prueba de indicios según los distintos sistemas de enjuiciamiento penal. Su repercusión en la casación por agravio formal”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año III, Nº 4 y 5, págs. 392 y sgtes.).----- En consecuencia, el argumento referido a la valoración fragmentaria de la prueba se aparta de las constancias de autos y omite tratar las razones dadas en la decisión, pues se limita a enunciar su disconformidad sin desarrollar de modo adecuado un agravio en tal sentido.----- Entonces, y para concluir en este punto, es la suma de indicios precisos, convergentes y concordantes lo que lleva a afirmar que la sentencia cumple con el principio de razón suficiente para determinar la autoría responsable de A.I.P.C., en tanto la “eficiencia de la prueba de indicios depende de la valoración conjunta que se haga de ellos, teniendo en cuenta su diversidad, correlación y concordancia, pero no su tratamiento particular, pues por su misma naturaleza, cada uno de ellos no puede fundar aisladamente ningún juicio convictivo” (CSJN in re “VEIRA”, del 24-04-01, LL 1991-C, 467; DJ 1991-1, 926, con nota de Augusto M. Morello; conf. Se. 96/04 STJRNSP).-----
También he de recalcar que el proceso acusatorio exige el conocimiento del juez sobre determinadas cuestiones mediante la contradicción que exponen las partes durante la realización del debate oral, ámbito que posibilita el cumplimiento de los principios de defensa en juicio y debido proceso, los que no se ven afectados porque se han puesto en ///22.- discusión y analizado distintos medios de prueba, respetando de este modo los principios inmanentes del enjuiciamiento penal, esto es, publicidad, oralidad e intermediación, relacionados de manera directa con la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional.-----
- Vale aclarar que el Tribunal oral es soberano en la admisión o rechazo de las pruebas según su pertinencia y utilidad, lo que corresponde a la esfera de sus poderes discrecionales (conf. CNCPenal, Sala II, 04-04-94, “WAISMAN”, en LL. 1995 - C, 255; ver también Se. 63/04 STJRNSP) y es incensurable en casación, salvo que su ejercicio arbitrario implique una efectiva privación de derechos (con Sala III CNCPenal in re “SILBERSTEIN”, del 15-04-96, en LL 1997 - C, 869, con nota de Héctor Guillermo Vidal Albarracín, citada en Se. 93/06 STJRNSP).-----4.4.-
Asimismo, la defensa aduce la nulidad del nuevo llamado a declaración por medio de la cámara Gesell ordenado por el Tribunal de grado inferior, en tanto tal medida sería contradictoria respecto de la que declaró la nulidad de la primera declaración de S. en instrucción. Recordemos que tal declaración de nulidad fue resuelta por la Cámara luego de que el Ministerio Público Fiscal, en audiencia de debate, solicitara la reproducción de la primigenia declaración de la menor en sede instructoria. El a quo decidió nulificar tal medida de prueba, decisión a la que la defensa adhirió. De manera inmediata, en la continuación del debate, la Cámara ordenó entrevistar a la menor víctima siguiendo lo normado en el art. 234 bis del rito, esto es, en un gabinete adecuado y acondicionado para tal fin -cámara Gesell- y ///23.- con un especialista en niños.----- A ello se opuso la defensa, pero el a quo sostuvo su postura luego de escuchar al Ministerio Público Fiscal y a la parte querellante, quienes entendieron que la Cámara era soberana para determinar medidas que considerara

indispensables para el caso. La defensa efectuó entonces la debida reserva de recurrir en casación con la afirmación de que la resolución de la Cámara era contradictoria porque ordenaba una nueva declaración de la menor por las mismas razones por las que declaró nula la primigenia, e insistió en su oposición a la medida a fs. 690, donde alegó que la profesional interviniente no era “especialista” en menores. Ante ello, la Fiscalía afirmó que el título de la profesional era suficiente y que debía prevalecer el interés superior del niño en el sentido de ser oído. El Tribunal decidió seguir adelante con la declaración y dejó constancia en acta de la reserva casatoria efectuada por la defensa. - - - - - Ahora bien, cabe recordar que la nulidad de la declaración inicial fue dispuesta de oficio ante la pretensión de la Fiscalía de reproducirla en debate, momento hasta el cual esa prueba no había merecido agravio alguno por parte de la defensa, que convalidó –al no oponerse- su eventual utilización en la audiencia. En esta línea de razonamiento, mal puede la parte alegar posteriormente la incorporación irregular, si fue ella misma la que no esgrimió motivo alguno para desvirtuarla, sino que adhirió a lo resuelto por la Cámara luego de la nulificación. - - - - - Cabe aclarar que la producción de la prueba se realiza durante las audiencias de debate; el proveído que hace ///24.- menciona a la que se tendrá en cuenta en su oportunidad sólo delimita el tipo, la calidad y la cantidad de prueba que se producirá en ellas, para garantizar la defensa en juicio y el debido control de las pruebas que serán ventiladas en el contradictorio pleno, con la salvedad de las nuevas medidas que eventualmente puedan surgir de la tramitación. En este marco normativo, sólo excepcionalmente, y en cada caso en forma expresa y taxativa, la ley permite que se introduzcan actos cumplidos fuera de él (De la Rúa, El Recurso de Casación, pág. 170). - - - - -

- - - - - También es de destacar que el Tribunal tiene facultades autónomas para producir medidas probatorias en la etapa del contradictorio pleno. Como sostiene D'Albora (Código Procesal Penal de la Nación. Anotado, comentado y concordado, Tº II. Ed. Lexis Nexis), en virtud de que la sentencia se funda en los actos de debate, la atribución fijada en el art. 327 (igual al art. 356 C.P.P.N.) tiende a superar la desidia de las partes, que le impediría a aquél sentenciar en forma justa. Según expresa el distinguido doctrinario citado, si se coteja la actividad probatoria que puede ordenar el Presidente o el Tribunal oral sin requerimiento extraño, se cae en la cuenta de que ahora sus facultades son mucho más amplias en comparación con el viejo sistema inquisitivo escritural, al punto que cabría interrogarse si se respeta el sistema acusatorio. “... Sin embargo, se trata de una contradicción aparente, originada en confrontar sistema acusatorio con inquisitivo, mientras se respeta la separación de las funciones de acusar y juzgar, jamás dejará de observarse la esencia del sistema ///25.- acusatorio. En vez, aquella falsa pugna se disipa si se contrasta la indisponibilidad del objeto procesal penal -aun para el propio Tribunal- con la justicia rogada específica del proceso civil. Para Núñez la atribución del presidente opera tanto en el caso de que nadie hubiera propuesto prueba, sino también cuando no se ofrece respecto de algunos de los puntos sobre los que deba versar...”. En tal sentido, “... el Tribunal tiene facultades que prácticamente le dan la soberanía respecto de la prueba, siempre y cuando se respeten las disposiciones rituales para que quede cubierto el derecho de defensa” (Federik, citado por D'Albora, ob.cit., págs. 814 y sgtes.). - - - - - Entonces, en virtud de que no se ha visto vulnerada la inviolabilidad de la defensa en juicio pues la parte ha tenido el adecuado control de la medida y fue escuchada en su argumentación contraria, el agravio no encuadra en ningún supuesto nulificadorio previsto en el código de rito. - - - - - En efecto, designada la Lic. en Psicología Eva Calpakchi (matrícula 788) para la realización de la medida, la

única declaración válida de la menor en sede judicial ha sido la prestada en la cámara Gesell, con la presencia de las partes. Asimismo, la Cámara ha dado razones de los antecedentes profesionales de la entrevistadora, quien acompañó su currículum vitae a pedido de la defensa, donde consta que ha realizado estudios de posgrado en Derechos del Niño y Políticas Sociales para la Infancia en la Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza), auspiciados por UNICEF, durante los años 2001 y 2002.----- Entonces, el mero ataque de dicha presentación///26.- mediante consideraciones subjetivas me lleva a compartir lo argumentado por el sentenciante en cuanto afirmó que de él “... sólo se desprende la disconformidad de la defensa...” respecto de tales constancias, pero no se logra demostrar que se haya afectado garantía constitucional alguna, por lo que el agravio así planteado resulta improcedente.-----4.5.- Llegado a este punto, entiendo necesario señalar que es conocido que muchos de los abusos sexuales de los cuales son víctimas los niños se producen en el seno de la propia familia, con lo que aumenta la dificultad probatoria.----- Por otra parte, la idea conceptual de la cámara Gesell radica, esencialmente, en una doble función, cual es la de evitar que el niño sea víctima de otro tipo de daño, al someterlo a reiteradas interpelaciones, interrogatorios y peritajes, y la de garantizar el derecho de defensa en juicio. Para dar cumplimiento a lo primero, es conveniente escuchar al menor en un ámbito adecuado para su edad y su nivel de desarrollo; para lo segundo, es fundamental el control de la medida de prueba ordenada.----- En este sentido cabe recordar que “... en la reunión XI de la Legislatura provincial, 10ª sesión ordinaria, del 8 de septiembre de 2005, al tratarse igual proyecto de ley (incorporación de los arts. 234 bis y 234 ter al Libro Segundo, Título III, Capítulo IV del Código Procesal Penal), el citado legislador [Gatti] agregó: ‘... Hemos intentado en este tema avanzar sobre la normativa nacional que rige la materia, -de la cual ya hablamos en primera vuelta- tuvimos ///27.- en cuenta fundamentalmente tres ejes: Por un lado una amplia protección a menores, tanto víctimas como testigos de diversos delitos, ampliando el catálogo de delitos previstos en la norma nacional en la cual originalmente nos habíamos referenciado y hasta los 18 años de edad... Asimismo, establecemos claramente la obligatoriedad del procedimiento de protección y expresamos en la ley que sólo existe la posibilidad de ser entrevistado el menor, adolescente o niño por un especialista designado por el juez, disponiendo expresamente que la medida se realizará sin excepción en el ámbito judicial, excluyendo también expresamente la declaración en sede policial... En tercer orden y no menos importante establecemos, también de manera distintiva al régimen nacional, disposición para el caso que alguna parte solicitara seguir las alternativas del acto desde el exterior de la Cámara Gesell; en tal caso la medida se tornará obligatoria en protección al derecho de defensa de las partes, cuestión que no está reflejada de esa manera en el orden nacional. También aclaramos, en el proyecto redacción definitiva, que de todo el acto desarrollado en Cámara Gesell se debe dejar soporte audiovisual, o sea, debe quedar una constancia de audio y video de manera tal que luego pueda ser exhibida tantas veces como sea necesario, sin necesidad de citar nuevamente al menor revictimizándolo’”.(ver obiter dictum del voto del doctor Sodero Nievas en Se. 69/09 STJRNSP, del 28-06-06, citado en Se. 47/07 STJRNSP).----- En autos se advierte que, declarada la nulidad de la primera declaración efectuada por la menor -tomada en sede ///28.- instructoria antes de entrada en vigencia la Ley 3794, en un intento similar a la medida bajo estudio- y ante el nuevo llamado a su comparecencia, ha existido constante control de la medida por parte de la defensa.----- De lo antedicho se desprende que, a pesar de la

disconformidad planteada, la presencia defensiva ha sido activa y constante, lo que ha garantizado, además del pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio, el adecuado control de la medida, cuya única limitación es el modo de realización, esto es, el interrogatorio por parte de un profesional especialista que transmitirá las inquietudes del caso, en un ámbito cerrado, con espejo unidireccional, con el adecuado soporte en imagen y sonido y con audio directo para los que allí se encuentran.----- Así, la discrepancia del recurrente no alcanza para acreditar la violación de la normativa vigente ni la conculcación de principio constitucional alguno. En efecto, el debido proceso legal implica un tratamiento similar de la prueba de descargo y el debido control en la prueba de cargo, derivado del ejercicio del derecho de defensa (arts. 18 C.Nac., 8.2.f CADH y 14.3.d PIDCP).-----

En este marco, cabe plantear también si se ha garantizado la igualdad de condiciones de las partes al momento de interrogar a la víctima menor de edad. En el caso, de las distintas constancias se desprende que ha sido así, de modo que, dado que la ley no restringe la producción de tal acto a un estadio determinado del proceso y que se han respetado las medidas procesales que garantizaron una efectiva defensa en juicio, el agravio al respecto no puede ///29.- prosperar.-----4.6.- La defensa se agravia también respecto a la presentación de fs. 691/692 –informe de la profesional interviniente en la declaración de la menor en la cámara Gesell. En cuanto a este cuestionamiento, he de señalar en principio que el 30 de marzo del corriente este Superior Tribunal, mediante la Resolución Nº 163, dispuso la operatividad del art. 234 bis del código adjetivo, habilitando a partir del 10 de abril de este mismo año el funcionamiento de las cámaras Gesell en las cuatro circunscripciones judiciales y encomendando una serie de medidas a distintos organismos del Poder Judicial. En particular, el art. 21 de esa resolución establece: “El informe del profesional que llevó adelante el interrogatorio deberá versar exclusivamente sobre el estado psíquico-anímico del menor no revistiendo el mismo el carácter de pericia sino de informe clínico”. En este marco, de la lectura de la sentencia se advierte que el escrito impugnado no ha sido valorado como elemento probatorio por el Tribunal de grado inferior, por lo que la argumentación referida al incumplimiento de la norma aparece como insuficiente y no ha de prosperar.----- Asimismo, el art. 5 de la misma Resolución establece que se “propenderá” al uso de la entrevista NICHD. De acuerdo con la Real Academia Española (sitio web oficial), el significado de “propender” es: “Inclinarse por naturaleza, por afición o por otro motivo, hacia algo en particular”. Así entendido, si bien es recomendada la utilización de esa técnica para las entrevistas con menores, ///30.- ello no obsta a que el profesional interviniente utilice herramientas acordes con la situación concreta analizada. Sin perjuicio de ello, tampoco surge de autos elemento alguno que permita establecer cuál es el nexo entre el método usado por la entrevistadora –del cual nada consta en autos- y la afectación a las garantías de la defensa del imputado.-----

4.7.- Es dable recordar aquí lo que he afirmado en un fallo de reciente data: “... En dos sentencias recientes (del 02-08-05 y del 13-03-07, publicados in extenso en elDial - AA2C2F y elDial – AA3BDB), la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha precisado el alcance del principio del interés superior del niño contenido en la Convención Internacional de Derechos del Niño. En el primero de ellos, los ministros Fayt, Zaffaroni y Argibay sostuvieron: \’... esta regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene, al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de

derecho de los otros sujetos individuales o colectivos, incluso, llegado el caso, el de los padres. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto\” (Se. 101/07 STJRNSP).- - - - - De dicho interés superior del niño surge una regla jurídica que ordena sobreponer su interés en la controversia judicial y tiene el efecto de separar conceptualmente el suyo –como sujeto de derecho- del de los otros sujetos///31.-

intervinientes en el proceso. En los casos como el de autos, donde se trata de resguardar tal interés, concierne a los jueces encauzar el adecuado trámite de la causa, dando preponderancia a evitar la posibilidad de que se frustren los derechos del menor víctima, en especial el derecho a ser oído en un proceso que permita arribar a una sentencia definitiva que dé la debida certeza sobre los hechos y la responsabilidad penal que por su cometido corresponda delimitar.- - - - - En consecuencia, la decisión de escuchar la versión de la menor acerca de cómo sucedieron los hechos y dar cauce a su necesidad de hablar -de lo cual la Cámara toma noticia a partir de los dichos de la madre de S. en debate, según constancias de fs. 631 vta.- hace plena garantía de los derechos supra mencionados, que deben ser sopesados con los derechos de la defensa del imputado.- - - - -4.8.-

La defensa también cuestiona que la menor haya declarado en último lugar, en contraposición con lo normado en los arts. 353 y 355 del rito. Ya el sentenciante ha dado razones de por qué se tomó su declaración prácticamente al finalizar el debate, y explicó que, ante una dinámica de cambios legislativos que introducen nuevas modalidades en la recepción de las declaraciones de menores, dispuso la postergación de la medida hasta que entrara en plena vigencia el art. 234 bis del código de procedimiento en virtud de la plena implementación de los requisitos establecidos en la normativa, reglados por la Acordada 163/07 STJ. Sostiene además que no por ello los actos anteriores deben ser declarados nulos, que el principio ///32.- imperante es la irretroactividad de las normas procesales y que se ha respetado el debido proceso y la eficacia de los actos jurídicos cumplidos con anterioridad, “... desde que pensar lo contrario importaría que el proceso carecería de estabilidad” (fs. 707, con cita de Fierro).- - - - - A lo afirmado por el sentenciante agregó que la defensa no logra acreditar cuál habría sido el perjuicio que le habría acarreado tal declaración ni cómo se vería afectado su derecho de defensa en juicio.- - - - - Además, tal facultad se encuentra dentro de las atribuciones previstas por el art. 359 del código adjetivo y puede ser dispuesta de oficio. Evidentemente, dicho llamado a tenor del art. 234 bis era manifiestamente útil, puesto que gravitó en la dilucidación del objeto procesal (conforme D\’Albora, ob cit., pág. 823).- - - - -

- - - - - En este sentido, el art. 359 del código de rito, establece: “Si en el curso del debate se tuviere conocimiento de nuevos medios de prueba manifiestamente útiles, o se hicieren indispensables otras ya conocidas, el Tribunal podrá ordenar, aún de oficio, la recepción de ellas”. Al comentar el art. 388 del Código Procesal Penal de la Nación, R. Washington Ábalos (pág. 834) afirma que “la ley, disciplinando inobjetablemente el proceso y el procedimiento, ha establecido que las pruebas deben ser ofrecidas antes del debate, sin perjuicio de que el Tribunal de juicio ordene, a indicación de partes y aún de oficio, la recepción de nuevos medios de prueba; pero impone como condición para la legitimidad de ese proveído, que se trate de medios de prueba manifiestamente relevantes y que se ///33.- hacen indispensables o se tenga conocimiento de ellos en el curso del debate” (citado en Se. 40/03 STJRNSP, del 25-03-03).- - - - - Así, esta facultad otorgada al juzgador le permite ordenar la realización de medidas de pruebas, entendidas como “...

aquéllas que son conocidas en el debate, aunque lo hayan sido antes de él por obrar en el sumario de prevención. Nuevas pruebas son, para el debate, no sólo aquéllas recién conocidas porque escaparon a la instrucción, sino también las que constan en el sumario, o las ofrecidas y no aceptadas, lo mismo que la declaración oral de los testigos, cuando la Cámara hubiese antes aceptado la lectura y durante el debate estime necesaria la propia comparecencia de ellos...” (ver TSJ de Córdoba, Sala Penal, “AVAD”, Se. del 30-06-78, Sumario R0005901 en SAIJ). Esto habilita la incorporación de la prueba aludida en el caso, en el marco de las atribuciones que el rito reconoce al juzgador. En consecuencia, corresponde sostener que tal medida -en definitiva- también resguardó el derecho de defensa (en este sentido, ver Se. 27/01 STJRNSP).- - - - - Tal facultad del Tribunal responde a uno de los fines del proceso penal, consistente en “la investigación de la verdad efectiva, material o histórica, es decir, el castigo de los culpables y la absolución de los inocentes, conforme a la realidad de los hechos, y como consecuencia de una investigación total y libre de prejuicios, ya que el interés público predomina en el esclarecimiento de los hechos” (Ricardo Levene (h), Manual de Derecho Procesal Penal, Tº I, pág. 219, citado en el voto de los doctores Sodero Nievas y ///34.- Lutz en Se. 77/02, del 13-08-02)- - - - - Así, mutatis mutandis, este Cuerpo ha sostenido que el código de rito autoriza a los señores jueces a ejercer sus facultades oficiosas para la recepción de pruebas -con el alcance conceptual dado supra-, las que deben utilizarse de manera discreta y razonable y en función de la prudencia que amerita la gravedad del hecho investigado (Se. 84/03 STJRNSP, del 21-05-03, entre otras). Es evidente, en el caso sub examine, que la medida ordenada ha quedado circunscripta a una sola prueba, esto es, entrevistar por medio de un profesional especializado en cámara Gesell a la menor víctima (conf. art. 234 bis C.P.P.), debidamente fundada al momento de adoptarla y apropiada para garantizar una adecuada administración de justicia.- - - - - Claro está que ese poder ejercido por el Tribunal, en los nuevos paradigmas acusatorios imperantes, lejos de ser una facultad arbitraria que permita realizar actos que podrían entenderse como propios de la etapa instructoria, es parte del deber de justicia que persigue todo proceso penal en búsqueda de la verdad material, como aludí supra. De no mediar el agotamiento de dicha búsqueda, cabría preguntarse por la responsabilidad propia de los magistrados, circunstancia también limitativa de actos jurisdiccionales como los mencionados, tanto en su exceso productivo como en la omisión de su realización. Asimismo, la delimitación en la adopción de tales medidas está dada en el absoluto respeto a las debidas garantías constitucionales, lo que se advierte cumplido en el presente caso.- - - - - 4.9.- El recurso casatorio también plantea que la menor ///35.- ha sido víctima de una terapia iatrogénica y que no ha quedado establecido si ha fabulado o no, cuestión que surge, según su entender, del peritaje efectuado para los autos “M., Á.A.c/P.C., A.I. s/Privación de la Patria Potestad” (Expte. N° 1319/04), que tramitan ante el Juzgado de Familia N° 5 de esta ciudad, incorporada en autos a fs. 641/670. Este agravio también fue esgrimido por la parte en su alegato final en debate.- - - - - Respecto de la iatrogenia, en la sentencia N° 113/04 de este Cuerpo he afirmado: “... Con frecuencia, se suele utilizar el término como sinónimo de error, lo cual es incorrecto. Cerecedo establece que \[i]atrogenia es un daño causado por una palabra, droga, procedimiento sanitario o quirúrgico administrado o llevado a cabo por un profesional de la salud -en base a una correcta indicación y criterios confiables- a pesar de lo cual genera disconfort o enfermedad... Iatrogenia no es sinónimo de error, son términos opuestos, ya que error es una falta ligada a la ignorancia que se opone a la naturaleza del acto médico\” (Cerecedo CVB. \[i]atrogenia y error médico\’, Rev

Med Hosp Gen Mex 1997; 60(2):75-83, conf. www.odontomarketing.com)”.- - - - - A su vez, el señor defensor alega que la menor fabuló los hechos denunciados porque se sentía abandonada por la madre y celosa de su hermana menor, que se encontraba en Buenos Aires en tratamiento médico, afectada por una grave enfermedad. Como dije, no surge ni se acredita en autos elemento alguno que permita considerar tal argumento, ni la parte ha ofrecido prueba al respecto, por lo que su afirmación no tiene fundamento fáctico que permita siquiera ///36.- generar algún tipo de sospecha acerca de los dichos de S. o de la terapia de la que fue objeto.- - - - - En efecto, en el peritaje de fs. 641/670 efectuado al núcleo familiar en el marco del expediente que tramita en el Juzgado de Familia, el psicólogo interviniente, Lic. Cristian Guillermo Battcock, afirma que no puede determinar si la menor fabula o no, lo que no indica que decididamente fabule. El profesional -quien tampoco acredita especialidad en menores, de lo que nada dice la defensa- afirma que este punto es controvertido, no sólo por la redacción de su solicitud, sino porque también es controvertida la evidencia recolectada en las entrevistas y en los tests psicológicos. Agrega que la capacidad de inventar en la menor se encuentra presente como potencia, dado que la fantasía es un componente que corresponde a su estadio evolutivo -5 a 7 años, denominado “preoperacional” por Piaget-, de lo que concluye que no existen indicadores suficientes o bien son contradictorios para determinar tal cuestión (fs. 664). El perito también señala haber observado en los tests practicados “indicadores varios de signología compatible con trauma psicológico”, propios de quien ha sufrido un trauma psicológico (fs. 663). Más adelante -a fs. 668-, luego de entrevistar al imputado-, el Lic. Battcock establece que “... no se encuentra, al momento de efectuar la pericia, en condiciones psicológicas de asumir responsabilidades de tipo paterno-filial” y que “resulta perjudicial para la salud psico-física de la menor S.A.P.M. ...”.- - - - - Por lo demás, es dable destacar que, incluyendo al profesional precitado, S. ha sido entrevistada por tres ///37.- terapeutas que nada dicen respecto de la mentada iatrogenia, cuestión sobre la que tampoco la parte ha propuesto alguna medida de prueba de manera oportuna.- - - - - El a quo también ha dado razones para descartar que el relato de la menor haya sido inducido por otras personas y ha afirmado que no surge de ningún elemento probatorio que la víctima haya relatado hechos falsos. También resaltó que no existían relaciones conflictivas en la familia, que las visitas eran amplias y que el único temor era el problema de alcoholismo del padre, el que se incrementaba cuando padre e hija se desplazaban en automóviles.- - - - -4.10.- Cabe hacer mención a lo resuelto por el a quo respecto de los otros hechos denunciados, presuntamente ocurridos en la casa y en las playas del balneario El Cóndor, y a la “fellatio in ore”. La Cámara no ha podido superar el estado de sospecha atribuido en la instrucción respecto del primero, y en cuanto al segundo adujo “... una duda insuperable que beneficia al imputado, toda vez que no se pudo aclarar si la niña víctima chupó el pene del victimario o se resistió a hacerlo, quedando sólo comprobado en este punto que ‘le dio el pito para que se lo chupara’” (fs. 708 vta.). Como consecuencia de ello y por el hecho descripto en el comienzo de la presente, concluyó que la conducta reprochada a P.C. encuadra en la figura de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo (art. 119 párrafo segundo inc. b C.P.).- - - - -4.11.- En cuanto a la calificante legal, el recurrente afirma que la aplicación de la agravante por sometimiento gravemente ultrajante es arbitraria y que se habrían///38.- afectado de manera manifiesta el principio de congruencia y lo establecido en el art. 8.2.b y 8.2.c de la Convención Americana de los Derechos Humanos, con la consecuente afectación del debido derecho de

defensa.----- Ahora bien, la Cámara en lo Criminal entendió que la conducta endilgada a P.C. se adecua al tipo legal contemplado en el segundo párrafo del art. 119 del Código Penal, agravado por el vínculo, pues en el hecho el autor se valió de circunstancias que le facilitaron su propósito criminal. Hizo hincapié así en la falta de madurez sexual de S., quien a la fecha del hecho contaba con cinco años, por lo que consideró aplicable al caso dicho precepto legal en tanto P.C. redujo al sujeto pasivo –su hija- “... al estado de una cosa sobre la que ejerció dominio; dispuso de ella, privándola de su libertad... reduciendo a su mínima expresión su dignidad personal” (fs. 709). Con cita de doctrina, el a quo refirió también a la desproporción del acto sexual respecto del propio tipo básico, el que ha provocado una humillación mas allá de la verificada en el abuso.----- En cuanto a esta agravante, mi distinguido colega doctor Sodero Nievas, con cita de un fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, ha afirmado: “\2. A modo de introducción, cabe consignar que, según los fundamentos del proyecto de ley que, en definitiva, fue debatido en el Congreso, los supuestos de «abuso sexual gravemente ultrajante» estaban destinados a acompañar el delito de violación («Antecedentes parlamentarios», LL 1999-B-1556). No obstante, el criterio ///39.- seguido por la ley vigente se aparta de los aludidos fundamentos, pues si bien se agrava la pena para dichas hipótesis, las separa del abuso sexual con acceso carnal (ver Figari, Rubén E., «Delitos de índole sexual», 2003, Ed. Jurídicas Cuyo, p. 113).----- “\En realidad, de lo que aquí se trata es... de una figura intermedia entre la figura base del abuso sexual (art. 119 párr. 1º CPen.) y la de éste con acceso carnal (art. 119 párr. 3º CPen., ver inserción del diputado Cafferata Nores en «Antecedentes parlamentarios» cit., p. 1614).----- “\3. Con la reforma se tuvo la intención de dar, desde el punto de vista de la política criminal, soluciones a casos que en el ordenamiento derogado respondían a la misma calificación legal (o sea, la del delito de abuso deshonesto), pero respecto de los cuales la diferencia cualitativa del daño provocado por unos y otros tornaba injusta la aplicación de la misma escala penal. Sin duda alguna, no es lo mismo el tocamiento furtivo de alguna zona pudenda de la víctima que llevar a cabo un acto que tenga otro tipo de connotación más relevante y que, por ende, importe un mayor ultraje a la dignidad de la persona. El tipo del «abuso sexual gravemente ultrajante» pretende evitar la injusticia señalada mediante un considerable aumento de la pena a aplicar (conf. Gavier, Enrique A., «Delitos contra la integridad sexual: análisis de la ley 25087», 1999, Ed. Lerner, p. 29. En el mismo sentido, Tenca, Adrián M., «Delitos sexuales», 2001, Ed. Astrea, p. 57; Figari, «Delitos de índole sexual» cit., p. 111; Buompadre, ///40.- Jorge E., «Derecho Penal. Parte especial», t. I, 2003, Ed. Mave, p. 388).----- “\La razón de la agravante aquí comentada reside en la mayor ofensa a la dignidad e integridad sexual, moral y personal de la víctima, que sufre un grado de degradación o vejación superior al del abuso sexual simple. Ese mayor agravio a la dignidad o integridad sexuales de la víctima debe colegirse de alguna de las dos circunstancias que señala la norma: la duración del abuso sexual o las circunstancias de su realización; vale decir, una circunstancia fáctica temporal, o cualquier otra circunstancia fáctica relativa a dicho abuso sexual, por ej., el modo o el lugar de su realización, las personas intervinientes o presenciales del mismo, etc. (conf. Gavier, Enrique A., «Delitos contra la integridad sexual: análisis de la ley 25087» cit., p. 29; Clemente, José L., «Abusos sexuales», 2000, Ed Lerner, p. 82; Reinaldi, Víctor F., «Los delitos sexuales en el Código Penal argentino: ley 25087», 1999, Ed. Lerner, p. 66; Arocena, Gustavo A., «Delitos contra la integridad sexual», 2001, Ed. Advocatus, ps. 55 y 56; Figari, «Delitos de índole sexual» cit., p.

113).- - - - - “\4. Vale aclarar que los casos encuadrables en el art. 119 párr. 2º CPen. serán siempre actos objetivamente impúdicos. Ello así, porque la reforma puso su acento en la gravedad de la agresión sexual, como dato objetivo, independientemente de la especial motivación que haya tenido el sujeto activo al cometerla (por ej., sádica, vejatoria, de venganza, desprecio, etc.) y del grado -elevado o bajo- de sensibilidad de la víctima hacia esta clase de trato (ver ///41.- Gavier, Enrique A., «Delitos contra la integridad sexual: análisis de la ley 25087» cit., p. 29; Clemente, José L., «Abusos sexuales» cit., p. 82; Donna, Edgardo A., «Delitos contra la integridad sexual», 2001, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 50; Fontán Balestra, Carlos, «Derecho Penal. Parte especial», 2002, Ed. Abeledo-Perrot, p. 216; Buompadre, Jorge E., «Derecho Penal. Parte especial» cit., p. 389).- - - - - “\5. El sometimiento sexual al que alude la norma recepta aquellos casos en los cuales, mediando en términos generales un quebrantamiento de la voluntad, se expone a la víctima bajo el dominio de otra, reduciendo de esta manera al sujeto pasivo a un estado de cosa sobre la que se ejerce dicho dominio o disponibilidad, anulando la libertad o la autodeterminación sexual, con la consiguiente minoración de su dignidad personal (Donna, Edgardo A., «Delitos contra la integridad sexual» cit., p. 48; Figari, «Delitos de índole sexual» cit., p. 113 y 117. En el mismo sentido, Reinaldi, Víctor F., «Los delitos sexuales en el Código Penal argentino: ley 25087» cit., p. 66; Creus, ob. cit., p. 809; Arocena, Gustavo A., «Delitos contra la integridad sexual» cit., p. 54).- - - - - “\A su vez, «gravemente ultrajantes» son los actos sexuales que, objetivamente considerados, tienen una desproporción con el propio tipo básico y que producen en la víctima una humillación más allá de lo que normalmente se verifica con el abuso en sí.- - - - - “\Conviene aclarar que el calificativo de «ultrajante», que se adscribe al sometimiento sexual que ///42.- lleva a cabo el sujeto activo, es un concepto impreciso. Es que cualquier abuso sexual, justamente por ser abuso, tiene carácter ultrajante. Por ello corresponde a la jurisprudencia precisar prudencialmente en cada caso la extensión de dicho término (Creus, ob. cit., p. 809; Reinaldi, Víctor F., «Los delitos sexuales en el Código Penal argentino: ley 25087» cit., p. 67; Donna, Edgardo A., «Delitos contra la integridad sexual» cit., p. 49; Arocena, Gustavo A., «Delitos contra la integridad sexual» cit., ps. 54 y 55 y nota 95; Fontán Balestra, Carlos, «Derecho Penal. Parte especial» cit., p. 215)\' (TSJ Córdoba, Sala Penal, in re '\GONZÁLEZ\'', del 09-09-04, Lexis Nº 35000836)... Al respecto se ha dicho: '\Configura el delito previsto en el párr. 2º art. 119 CP., el sometimiento sexual gravemente ultrajante sufrido por la víctima, por parte del sujeto activo, habida cuenta que la conducta sobrepasó los límites normales del tipo penal, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, al someter a aquella, poniendo el miembro viril sobre la cara\' (CNCrim. y Corr., sala 1ª in re '\CORNEJO\'', del 28-06-01, integrada por los doctores Donna y Navarro; Lexis Nº 12/9651)” (en Se. 69/06 STJRNPS).- - - - - En el mismo fallo del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba (“GONZÁLEZ”) se afirma, -y comparto-, que “[l]a expresión '\sometimiento sexual gravemente ultrajante\' prevista en el Art. 119, 2º párrafo del Cód. Penal reviste la calidad de elemento normativo del tipo, y como tal reclama una valoración no jurídica por parte del juez, quien debe motivarse en criterios éticos-sociales o standards de comportamiento reconocidos socialmente\” (del voto de la ///43.- doctora Tarditti).- - - - - Entonces, lo que debía determinarse era si la menor, de cinco años de edad, había sido víctima de actos que “objetivamente tienen desproporción con el propio tipo básico, y que producen en la víctima una humillación más allá de lo que normalmente se verifica con el abuso en sí” (Edgardo Donna, op. cit., pág. 50). En este marco, el sentenciante

examinó y apreció los hechos y las circunstancias que tuvo por probados y estableció que lo gravemente ultrajante fue la afectación de la dignidad personal de S.A.P.M., por el modo y el lugar elegidos y por ser su propio padre el autor.----- De esta manera, la "... condición prevista en el segundo párrafo del art. 119 del Código Penal, de que el sometimiento sexual sea 'gravemente ultrajante para la víctima', es un requisito 'objetivo' del tipo y por ello puede y debe ser analizado independientemente del resultado de la acción y desde una perspectiva 'ex ante' y consiste en un comportamiento sexual abusivo que por ciertas circunstancias de tiempo, modo, lugar, medio empleado, etc., pueda ser calificado 'objetivamente' como gravemente ultrajante, sin que importe si la víctima... estaba o no en condiciones de 'comprender' que está siendo ultrajada..." (CNCPenal, Sala III, in re "VIDELA", Se. del 23-02-04, en LL 2004 - D, 173, citado por el doctor Lutz, en Se. 69/06).-----5.- Entonces, de lo antedicho surge que los agravios de la defensa resultan insuficientes, por cuanto ha quedado expresamente fundamentada la calificación de los abusos.----- Por los argumentos expuestos supra, coincido con el ///44.- encuadre legal y la solución a la que llegó el juzgador, en cuya consecuencia propongo al Acuerdo declarar formalmente inadmisibles, con costas, el recurso casatorio de la defensa y, luego de su revisión integral, confirmar la sentencia condenatoria. MI VOTO.----- El señor Juez doctor Luis Lutz dijo:----- Adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:----- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).----- Por ello, EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Declarar formalmente inadmisibles el recurso de ----- casación deducido a fs. 722/849 de las presentes actuaciones por el doctor Ariel Alice en representación de A.I.P.C., con costas, y, atento a que ha sido revisada en forma integral, confirmar en todas sus partes la Sentencia Nº 18, dictada por la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma en fecha 7 de mayo de 2007.- Segundo: Registrar, notificar y oportunamente devolver.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO
PROTOCOLIZACIÓN:
TOMO: 14
SENTENCIA: 217
FOLIOS: 2654/2697
SECRETARÍA: 2