

SENTENCIA: en la ciudad de Neuquén capital, a los dos días del mes de junio del año dos mil catorce, se constituye el Tribunal de Impugnación integrado por los doctores **Richard Trincheri, Florencia Martini y Daniel Varessio**, bajo la presidencia del primero de los nombrados, con el objeto de dictar sentencia en estadio de impugnación, en el caso “G. H. A. S/ ABUSO SEXUAL”, Legajo OFINQ 403/2014 (expediente 94/12 de la ex Cámara en lo Criminal Primera) seguido contra **H. A. G.**, Documento Nacional de Identidad Nro ..., argentino, nacido el ... en, hijo de ... y ..., domiciliado en ... Manzana ...Lote ... de esta ciudad capital.

Intervinieron en la instancia de impugnación en representación del imputado los integrantes de la Defensoría Oficial, el Dr. Pedro Telleriarte (interpuso el recurso escrito) y el Dr. Julian Berger (fundó dicha impugnación en audiencia), el Dr. Andrés Carrea por el Ministerio Público Fiscal y la Dra. Marcela Robeda, querellante estatal (Defensoría del Niño y el Adolescente).

Siendo originario el caso a resolver del antiguo sistema procesal penal (radicándose incluso en la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia desde donde se lo remitió) la Oficina Judicial imprimió el trámite correspondiente al recurso ordinario de impugnación previsto en los artículos 243 y siguientes del nuevo ordenamiento adjetivo (Ley 2784), celebrándose la audiencia prevista en el artículo 245 CPP, el día 19 de mayo de 2.014, en la que se debatieron oralmente los fundamentos del entonces recurso de casación interpuesto por la defensa y del que tomaron parte todos los profesionales mencionados en el párrafo anterior a excepción del Dr. Telleriarte.

Finalizada la audiencia precitada los señores jueces pasaron a deliberar en sesión secreta conforme lo establecido en el artículo 246 CPP y habiendo decidido el fallo dispusieron diferir la lectura para el día de la fecha a fin de posibilitar su redacción definitiva.

Se deja aclarado que en virtud de lo ordenado en el art.244 in fine CPP, en su necesaria adecuación al caso que nos ocupa, el Tribunal de Impugnación analizó el ex recurso de casación interpuesto, la sentencia de la ex Cámara en lo Criminal Primera puesta en crisis por no existir otro registro de toma de la decisión impugnada y las evidencias ponderadas por los magistrados que emitieron el fallo en cuestión y vinculadas directamente con los agravios del recurso.

De acuerdo al sorteo efectuado los magistrados emitieron los siguientes votos:

Dijo el Dr. Richard Trincheri
ANTECEDENTES:

En lo que aquí interesa, la Ex Cámara en lo Criminal Primera de esta ciudad, el día 5 de julio de 2.013, por medio de sentencia Nro.33, falló: “PRIMERO: CONDENANDO a H. A. G....como autor material penalmente responsable del delito de abuso sexual de una menor de dieciocho años aprovechando una situación de convivencia preexistente (art.119 inc. “f” primero y último párrafo del Código Penal), a la pena de cuatro años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, con más accesorias legales y costas del proceso (art.12 del Código Penal; 491 y 494 del C.P.P. y C.).

Contra dicho decisorio presentó recurso de casación el Defensor Oficial Dr. Pedro Telleriarte el día 29 de julio de 2.013. Argumentó la existencia de una aplicación errónea de la sana crítica y una omisión del principio “in dubio pro reo” (del artículo 4 del CPP y C.).

En los motivos del recurso, la defensa arguye que la ex Cámara aplicó erróneamente las reglas de la sana crítica y que la sentencia es arbitraria por contener argumentos contradictorios, resultando nula por violar reglas lógicas. También endilga al fallo en cuestión haber desestimado la aplicación del beneficio de la duda en forma poco convincente. Ya ingresando a los fundamentos, el recurrente señala que se registra una falencia probatoria nítida en la circunstancia consistente en que los jueces no observaron a la niña debido a que los acusadores no ofrecieron la Cámara Gesell como prueba en el tiempo oportuno y en el debate los magistrados correctamente negaron su exhibición. El defensor oficial transcribe la respuesta textual que el Dr. Rodríguez Gómez (a quien sus colegas siguieron sin agregados ni reservas) da a este cuestionamiento e insiste sobre el punto profundizando su crítica: además de no haber podido los jueces escuchar directamente a M....., los terceros que fueron escuchados en el juicio generaron dudas. Así, la madre de la niña no pudo dar precisiones porque su hija no se las dio a ella y la licenciada Zulema Díaz, entrevistadora de la supuesta víctima en la no proyectada Cámara Gesell, no recordó las palabras precisas de la niña ni detalles de la conversación mantenida con ella, sumado a que erróneamente consignó en el respectivo informe que había existido acceso carnal vaginal y anal, descartado ello por el examen médico y el testimonio de la Dra. Caunedo. Tales dudas a juicio del Dr. Telleriarte no fueron disipadas por los dichos de la licenciada Katkoff y la Dra. Belli que también atendieron a M. Concluye el impugnante

afirmando que el estado de duda registrado en el caso obligaba al Tribunal a interpretarlo a favor del imputado (art.4 CPPyC).

En la audiencia prevista por el art.245 del CPP el Dr.Julián Berger reiteró los motivos expuestos por su colega, sin referirse en ningún momento a la presentación del Defensor del Tribunal Superior de Justicia ante el Alto Cuerpo. Agregó que también se violentó el principio de inmediación, el de imparcialidad, el contradictorio y el acusatorio. Manifiesta que además se impidió a la defensa contraexaminar al no conocer los dichos de la niña. La ex Cámara valoró el testimonio de profesionales sobre una declaración que no se produjo en el debate. A pesar de ello del voto de uno de los jueces se desprende que tal magistrado consideró que la versión de los profesionales que asistieron a la niña era conteste. Concluyó peticionando que se deje sin efecto la sentencia puesta en crisis debido a la conculcación de los principios ya mencionados y del “in dubio pro reo”.

El representante del Ministerio Público Fiscal solicitó el rechazo del recurso. Dice que aunque no se contó con la exhibición de la Cámara Gesell en el debate sí prestó testimonio quien entrevistó a la víctima, la licenciada Zulema Díaz, quien señaló que no existía ni fabulación ni inducción en el relato de la niña y que también declararon ante los jueces de juicio otros profesionales que asistieron a M..... en distintas circunstancias como Katkoff, Belli y Caunedo. Considera importante remarcar que el sistema de Cámara Gesell da por entendido que los encargados de recibir las declaraciones no son los abogados sino los psicólogos. Minimizó el error que la defensa le atribuye a la licenciada Díaz manifestando que la profesional se refirió a expresiones de dolor de la niña y esta última puede ignorar por su edad qué significa una penetración. Agrega que la madre de la víctima observó sangrado en las prendas de aquella y la médica mencionó haber comprobado existencia de “flujo amarronado”.

La querrela estatal adhiere a la petición de la fiscalía, agregando que la niña fue atendida por los profesionales en varias ocasiones, por ejemplo la licenciada Katkoff en siete, y el relato de la niña siempre lució coherente. También pone de manifiesto que para la licenciada Zulema Díaz la niña se expresa con credibilidad y coherencia, agregando que Caunedo observó una digitalización en la víctima aunque no penetración. La ex Cámara tuvo elementos de juicio para que los jueces votaran como lo hicieron, no hay vicios ni duda razonable.

La defensa pide la palabra nuevamente y, refiriéndose al discurso de la contraparte en la audiencia, afirma que

se insiste sobre la coherencia o la falta de fabulación de un relato cuando, en realidad, este relato se desconoce. Rebate que los jueces no se encuentren capacitados para tomar contacto directo en Cámara Gesell porque en definitiva quienes realizan las interpretaciones correspondientes sobre la prueba son los jueces y los funcionarios judiciales. Sobre esto último replicó la Dra. Robeda expresando que quienes valoran sobre la credibilidad, la coherencia y la no fabulación del relato de las víctimas en Cámara Gesell son los profesionales de una ciencia que los jueces “no manejan”. La Fiscalía aclara que al relato que se refirió anteriormente fue al de los profesionales que entrevistaron a la niña y no al de esta última.

Finalmente, ante una pregunta de la Dra. Martini el señor defensor solicita que se anule la sentencia y que se dicte sentencia absolutoria de su defendido por violación al principio “in dubio pro reo”.

En otro orden, y al consultar el presidente a la Defensa y a los asistentes de la Oficina Judicial por la ausencia del imputado, una de las operadoras administrativas respondió que la comparencia del imputado era cargada a la defensa y el Dr. Berger sostuvo que si bien el organismo que representa puede colaborar es tarea de la Oficina Judicial encargarse de la citación.

FUNDAMENTOS

I. La admisibilidad formal del recurso interpuesto por la defensa no fue objetada en la audiencia por los acusadores estatales. A ello debe ponerse de resalto que fue expuesta por el defensor en el escrito impugnatorio, concedida por el Tribunal que dictó la sentencia recurrida y, además, se advierte que la resolución atacada es una sentencia definitiva, fue presentada por quien se encuentra legitimado y fueron expresados con precisión los agravios, los cuales serán tratados a continuación. Por todo ello el recurso debe ser declarado formalmente admisible.

II. Los agravios del impugnante: A riesgo de resultar repetitivo señalo que el defensor oficial planteó su estrategia impugnativa sobre la base de dos agravios, aplicación errónea de las reglas de la sana crítica y lesión al principio “in dubio pro reo”.

Es aceptado que una sentencia arbitraria es aquella en que se ha concluido en un sentido contrario a la justicia, a la razón o a las leyes, y cuyo dictado encuentra solo respaldo en la voluntad o en el capricho del juez o jueces que la dictaron. Revisemos cual fue la valoración de la prueba que realizó el voto del Dr. Rodríguez Gómez, sostenedor de la condena del imputado, para analizar luego si la misma contiene una refutación adecuada a la crítica efectuada por la defensa a la teoría del caso de los acusadores, siendo el punto medular del embate la ausencia de intermediación entre los

jueces del Tribunal de juicio y la niña supuestamente abusada, debido a que no se incorporó la Cámara Gesell al debate.

Luego de recordar los fines de la creación de la Gesell el magistrado precitado afirma que su calidad como prueba disminuye porque se la despoja de principios elementales que rigen, reglan, destacan y motorizan el juicio penal: la contradicción, la intermediación y la defensa. En razón de ello se rodea al relato recibido de tal forma de otras medidas de prueba que son las que permiten a los jueces y a las partes dimensionar el valor de tal evidencia. Yendo directamente al caso, el señor juez afirma que el testimonio de M. fue transmitido con coherencia, claridad, ausencia de contradicción y precisión, por todos los profesionales que la entrevistaron, revisaron o evaluaron en diferentes oportunidades. En esa dirección, relativiza la discordancia entre lo informado por la perito oficial licenciada Zulema Díaz y lo constatado en el informe médico a la niña en cuanto no se constató el acceso vaginal y anal que según la psicóloga la examinada le expresó, atribuyéndolo a que la manifestación de la niña era de sentimiento de dolor al ser abusada y de ahí que pudo interpretarse erróneamente que tal dolor equivalía a acceso carnal. Por último, resalta que M. fue atendida también por otras dos profesionales, principalmente por la licenciada Katkoff, que también descartaron que existiera mendacidad, inducción o fabulación en su relato.

El hecho que la ex Cámara en lo Criminal Primera consideró acreditado y por el cual se declarara a H. A. G. como autor penalmente responsable de la comisión del delito de abuso sexual de una menor de dieciocho años aprovechando una situación de convivencia preexistente(art.119 inc. “f” primero y último párrafo del Código Penal) fue el siguiente: H. A. G. abusó sexualmente de M. M. C. de 9 años de edad, nacida el ..., en fecha incierta y en un número indeterminado de veces pero en todo caso cuando la niña contaba con 7 años de edad y hasta fines de noviembre de 2.011. Estas conductas consistieron en tocamientos impúdicos e inverecundos, con firme propósito de su desahogo sexual en zonas pudendas de la niña, obligarla a que le acaricie el pene e intentar penetrarla vía vaginal y anal, no logrando su cometido por la resistencia que opuso la niña. Los sucesos ocurrieron en el interior de la vivienda ubicada en el sector ..., manzana ... lote ... de ..., donde vivía junto a la madre de la víctima, su concubina y aprovechando que se quedaba a su cuidado.

Iniciando la tarea encomendada no está demás recordar que la naturaleza del hecho objeto de la sentencia puesta en crisis es de aquella que deviene en el tilde de hechos cometido a la sombra, con la consecuente orfandad probatoria que, en la mayoría de los casos, está representada por la solitaria versión de la víctima. Una vez más, la prueba por excelencia era el testimonio de la presunta abusada recibida en Cámara Gesell. Ahora

bien, y contrario a lo que sostiene el vocal redactor del voto principal que revisamos, el principio de inmediación ostenta de entera aplicación en el juicio aunque se trate de un testimonio recibido con la modalidad de la Cámara Gesell. Dice Eduardo Jauchen que la inmediación “exige que las pruebas lleguen al ánimo del juzgador sin sufrir alteración alguna por influjo extraño a su propia naturaleza, vale decir, que los elementos de convicción lleguen directamente al espíritu del sujeto que en definitiva ha de valorarlos, de suerte que en su recepción y percepción no se interpongan otras personas que consciente o inconscientemente puedan turbar o alterar la natural y original entidad de tales elementos, tergiversando así la aptitud real de la prueba...”(“ El juicio oral en el proceso penal”, Rubinzal Culzoni, edición 2.008 p.37). Lo que sucedió en el caso que tratamos es que tal inmediación no se produjo porque ni él ni sus colegas de la Cámara de juicio tuvieron ocasión de escuchar a la niña para a partir de allí realizar una acorde valoración de la prueba dentro de la sana crítica racional. La única inmediación registrada es la que surge de escuchar los jueces a los profesionales que, a su vez, escucharon a M..

La certeza indispensable que es preciso obtener para dictar una sentencia condenatoria deriva necesariamente de la prueba legal y, entonces, cobra importancia la forma en que se aprecia tal prueba en el caso de que se trate. El sistema a utilizar por el juez en la búsqueda de la certeza no es otro que el de la sana crítica racional. La correcta aplicación de este sistema previene que la sentencia sea fruto de algún impulso descontrolado del juez o de los jueces y no de una concatenación lógica de esos magistrados y las pruebas que se tuvo en cuenta al fundar la condena. Es decir, se persigue que no se registre arbitrariedad. Se exige a los jueces la estricta utilización de las reglas fundamentales de la lógica, la psicología y la experiencia. Toda sentencia condenatoria (o absolutoria) que se precie de válida debe tener en cuenta los principios lógicos de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente. Estos principios junto a las normas fundamentales de la coherencia y la derivación conforman las leyes del pensamiento que son indiscutibles al razonamiento.

Volviendo al caso que nos ocupa y debido a la condición de conducta reprochada de las que se cometen “en la clandestinidad”, si bien no cabe endilgar violación al mencionado principio de razón suficiente de la sentencia condenatoria por basarse en el testimonio de un único testigo, lo que pone en crisis la existencia del respeto a la observancia de dicho principio es un dato objetivo y a esta altura insalvable: tal testigo no declaró ante los jueces. Obvio que en puridad no habría concurrido personalmente a declarar frente a ellos pero sí resultaba de capital importancia que los jueces observaran la Cámara Gesell, omitida por los acusadores al ofrecer la prueba para el juicio, para analizar qué respuestas dio la niña a la entrevistadora para luego realizar el procedimiento lógico

de confrontarlo con lo que afirmaron los mencionados profesionales en el curso del debate. No haberlo hecho violenta el principio de inmediación pero también el precitado de razón suficiente y esto último resulta dirimente. Sostiene Miranda Estrampes que “la motivación fáctica de las sentencias implica que el juzgador explique cuáles son las bases probatorias que sirven de fundamento a la declaración de hechos probados recogida en la sentencia, así como, que haga referencia expresa al “íter formativo de la convicción”, es decir, como afirma Asencio Mellado, “al razonamiento seguido hasta llegar a la certeza acerca de la culpabilidad del sujeto”...”. (“La mínima actividad probatoria en el proceso penal”, J.M.Bosch Editor, edición 1.997, p.523). Más adelante el mismo doctrinario español entiende pasible de revisión la valoración judicial de la prueba que integren todas aquellas inferencias o deducciones realizadas por el juzgador a partir de los hechos percibidos directamente en el juicio oral, es decir, la infraestructura racional de la formación de la convicción (obra citada, p.602).

Los tres magistrados integrantes de la Cámara que condenó a G. respecto de los dichos de M. se limitaron a calificarlos de creíbles, coherentes, faltos de fabulación, etc , pero solamente hicieron suyos –en la sentencia condenatoria- las consideraciones de las profesionales que entrevistaron a la niña sin realizar una sola apreciación que proviniera de la sana crítica racional respecto del testimonio de la niña. Es decir, la sana crítica racional que se pudiera encontrar en el fallo impugnado es la sana crítica racional de las profesionales que entrevistaron a la supuesta víctima. Nada dijeron (ni podían decir) los jueces sobre las conclusiones o impresiones que extrajeron del relato de M. simplemente porque no la escucharon.

Conforme lo señalara la Dra. Martini en “Z. J. D. s/abuso sexual” (sentencia del 28/3/2014, al que adhiriera el colega Dr. Daniel Varessio) existe una serie de garantías de certeza judicial (ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación) que permiten someter la declaración de la víctima a un control de credibilidad. Este cotejo, en gran parte realizable a partir de la inmediación no es posible llevarlo adelante con respecto a M. por lo acontecido en el debate en el que no se exhibió la Cámara Gesell. Sin restar importancia a los testimonios técnicos vertidos en el juicio cuya sentencia analizamos, lo cierto es que al no escuchar a la niña los jueces se vieron imposibilitados de apreciar la consistencia y la congruencia de los dichos de los profesionales mencionados. Únicamente se puede dar respuesta positiva en ese aspecto si se los hubiera confrontado con el relato contenido en la Cámara Gesell.

A todo lo dicho cabe agregar que los psicólogos siempre hablan en términos de “probabilidad” cuando emiten conceptos sobre entrevistas con

niños supuestamente abusados. Siempre- en todos los casos- las conclusiones del profesional actuante deben ser respaldadas por otra información de cargo objetiva e independiente. En este caso tal probanza no existe ni existirá analizando los pormenores e incidencias previas a dar comienzo al juicio, el cual – se remarca- comenzó, se desarrolló y concluyó sin que las partes y el Tribunal pudieran escuchar a la niña.

Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo hacer lugar a la impugnación interpuesta, anular la sentencia criticada y absolver al imputado en cuanto ello resulta de la correcta aplicación de la ley por lo cual se impone resolver sin reenvío (art.246 tercer párrafo CPP).

En cuanto a mi propuesta de ejercer competencia positiva y absolver al imputado, no puede soslayarse que resultaría inocuo y conducente a camino trunco un “nuevo juicio” en que toda la información de cargo a producir en el debate sea otra vez escuchar a profesionales que con estándar de probabilidad se van a referir a lo que interpretaron del relato de una niña cuya observancia les estará vedada a los jueces. Sería otro debate en que los magistrados del Tribunal de juicio no contarían con el testimonio de la supuesta víctima. Ello así porque el recurso de la defensa no puede ser utilizado en un nuevo juicio para mejorar la posición de los acusadores que en su oportunidad omitieron ofrecer la Cámara Gesell. Esto conduce a afirmar que, en una eventual audiencia de control de acusación y ofrecimiento de prueba (art.168 CPP) les estaría vedado a la Fiscalía y a la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente subsanar la omisión registrada en el primer juicio.

ES MI VOTO.

Dijo la Dra. Florencia Martini: por coincidir con la relación del caso como asimismo con la valoración de la información de cargo y la solución propuesta por el colega preopinante, me pronuncio en idéntico sentido.

ASI VOTO.

Dijo el Dr. Daniel Varessio: Adhiero a la solución propuesta por el vocal que inaugurara la votación por concordar con los argumentos.

MI VOTO.

Por todo lo expuesto el Tribunal de Impugnación por unanimidad,

RESUELVE:

Primero: Declarar formalmente admisible el recurso interpuesto.

Segundo: Declarar la nulidad de la sentencia recurrida

Tercero: Absolver de culpa y cargo a H. A. G., sin costas (artículos 246 tercer párrafo y 268 CPP).

Cuarto: Hacer saber a la Oficina Judicial que en lo sucesivo deberá arbitrar los medios que correspondan para notificar a la persona que resulte imputada en la tramitación de las impugnaciones.

Regístrese, notifíquese.