En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 22 días del mes de noviembre del año dos mil once, se reunieron en Acuerdo los miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Alejandro Javier Panizzi, Daniel Alejandro Rebagliati Russell y José Luis Pasutti, presidida por el primero de los nombrados para dictar sentencia en la causa caratulada **"D. R., G. V. s/ Denuncia Abuso Sexual – Puerto Madryn" Carpeta OFIJU 1168, caso N° 8296**" (Expediente N° 21.909 – F° 174 - Año 2010 – Letra "D").

El orden para la emisión de los votos, que resultó del sorteo practicado a fojas 99, es el siguiente: Panizzi, Rebagliati Russell y Pasutti.

El Juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. La cuestión traída a esta Sala es la sentencia registrada bajo el número 11 del año 2009, emitida por la Cámara en lo Penal de la ciudad de Puerto Madryn, que confirmó el fallo dictado por la Jueza Penal, doctora Flavia Trincheri.

Mediante este acto jurisdiccional se condenó a F. A. N. como autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, dos hechos en concurso real (artículos 119, primer párrafo, 55 y 45 del Código Penal), a la pena de dos años de prisión en suspenso.

///

II. El hecho fue descripto por el Ministerio Público Fiscal en estos términos: *Los días 29 de diciembre de 2007 y 02 de febrero de 2008 en horas de la tarde en el domicilio de F. N., sito en calle P. ** Dto. "B" de Puerto Madryn, le tocó a la niña V. S. de tres años de edad la vagina, bajándole la ropa que llevaba puesta, viendo la niña en dicha circunstancia a N., eyacular*.

III. En las hojas 79/83 y vuelta, los Defensores Particulares del imputado, doctores J. F. A. y C. G. D. M., interpusieron impugnación extraordinaria contra el decisorio emitido por la Cámara en lo Penal.

Puntualizaron que la sentencia impugnada condenó a N. sin escuchar a la niña en Cámara Gesell, basándose sólo en los dichos de los testigos de oídas.

Destacaron que la declaración de la pequeña era una prueba dirimente para derribar el principio de inocencia del atribuido.

Aclararon que, si bien el desistimiento de la prueba era válido para el Ministerio Público Fiscal, la calidad de la prueba desistida era fundamental, porque aun sin ella se confirmó una sentencia condenatoria.

///

Manifestaron que no hubo prueba certera y seria que manifestara que la niña no podía declarar sin revictimizarse.

Se agraviaron por que fueron desdeñadas las conclusiones del psicólogo de parte, Licenciado D. A., quien refirió que no existían indicadores de abuso en la víctima.

Explicaron que no se opusieron al desistimiento de la Cámara Gesell, pues interpretaron esa circunstancia como beneficiosa para el imputado, ya que, ante la ausencia de prueba objetiva de cargo, correspondía la absolución de su defendido.

Insistieron en que los testimonios de oídas por sí solos y los informes psicológicos no alcanzaban para condenar N.

En otro tramo de su escrito, se agraviaron de que la sentencia fijara que la defensa, por imperio del artículo 122 del Código Procesal Penal, debía creer en la buena fe de la funcionaria de fiscalía cuando expresó los motivos que le impedían seguir insistiendo con la declaración de la niña. Alegaron no haber atacado la actuación de la titular de la vindicta pública, sino que -explicaron- destacaron la orfandad probatoria para invocar la inconveniencia de la deposición de la víctima.

///

En el final, advirtieron que no había prueba para fijar la cantidad de hechos, más allá de lo declarado por la madre de la pequeña. Peticionaron que se anulara parcialmente la sentencia y se condenara a N. por un solo hecho.

Por último, efectuaron reserva de acudir por ante la Corte Suprema de Justicia y formularon petitorio de estilo.

IV. En esta presentación los defensores someten a escrutinio cuestiones que involucran la apreciación de la prueba y la manera en que el a quo justificó la condena del atribuido.

Pero, como lo vengo sosteniendo, el análisis de los aspectos fácticos ventilados durante el juicio es materia propia de los jueces de la instancia previa y ajena al remedio extraordinario intentado.

V. Luego de una detenida lectura del fallo atacado, advierto que los magistrados de la Cámara en lo Penal dieron adecuada respuesta a los agravios vertidos por la defensa, valorando correctamente el material probatorio.

En este sentido, ante la imposibilidad de producir el testimonio de la víctima de tres años en Cámara Gesell, valoraron otros parámetros para llegar a la certeza de la materialidad y autoría.

///

Así, tuvieron en cuenta los dichos de la señora D. R., a quien la pequeña le confió lo sucedido, la pericia psicológica realizada por la Licencia M. I. O., con la presencia del perito de parte Licenciado d. A., la declaración de su terapeuta particular Licenciada P. A. y el informe elaborado por la docente del Jardín de Infantes al que concurría la víctima, que dio cuenta de los cambios de carácter evidenciados en la niña y los trastornos del comportamiento.

Es decir, en la sentencia se evaluaron evidencias de cargo e indicadores de abuso sexual que resultaron eficaces para fundar la convicción de los sentenciadores.

VI. La cantidad de hechos por los cuales se condenó al imputado también fue abordada en el fallo inspeccionado.

Los jueces partieron del relato que V. le hiciera a su madre en dos ocasiones. En la primera, ocurrida la noche del 29 de diciembre de 2007, la niña le contó a la denunciante que el "Colo" le había tocado la "cucu", que *tenía un pitito grande y le salía una cremita del pitito la que puso en un papel higiénico y la tiró en el inodoro*. Luego, el 2 de febrero de 2008, la niña le confió a su mamá un nuevo episodio.

///

Las fechas referidas se sustentaron en las dos oportunidades que aprovechó N. para encontrarse a solas con la pequeña: el 29 de diciembre de 2007, cuando fueron a las hamacas y luego a su vivienda y, el 2 de febrero de 2008, cuando concurrieron en auto a la casa de su madre para darle alimento al perro.

VII. Por las razones expuestas, propicio que la impugnación extraordinaria sea rechazada, con costas, y la sentencia atacada, confirmada en todos sus términos.

Así voto.

El Juez **Daniel Alejandro Rebagliati Russell** dijo:

I. La reseña del caso que ha formulado mi colega de Sala me libera de reproducir los motivos de la intervención del Tribunal y el contenido de la sentencia bajo examen.

Por ello ingresaré directamente al análisis de la cuestión planteada.

II. El agravio que menciona la impugnación extraordinaria se relaciona con la orfandad probatoria para acreditar la acusación del Ministerio Público Fiscal.

Insiste en que la falta de declaración de la menor en Cámara Gesell impidió a la defensa ejercer su derecho a interrogar y controlar este acto jurídico.

///

Sostiene que en el presente caso no existe prueba independiente que pueda demostrar que el hecho ocurrió, toda vez que quienes prestaron declaración han sido familiares de la víctima, testigos de oídas, testigos de referencia y de peritos cuya ciencia no es una ciencia exacta.

III. En este primer análisis advierto que la defensa trae a colación el mismo agravio que planteo en la impugnación ordinaria, lo cual, si bien ya ha sido debidamente respondido por el a-quo, no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria.

En este sentido, ya tuve la oportunidad de expedirme cuando me tocó votar en autos ***"Comisaría Primera s/Investigación homicidio r/v F. G. s/ impugnación"*** (Expediente N° 21.847- F° 163 T° II Año 2009), en donde se indicaron las condiciones que debían darse para habilitar la intervención de este Cuerpo.

Por otro lado la defensa ha sido notificada de la decisión de la Fiscalía de desistir del testimonio de la menor y ha tenido la posibilidad de controlar el plexo probatorio rendido en el debate, como la pericia psicológica, la declaración de la denunciante, el testimonio de la Licenciada O. y de la Licenciada P. A.

///

De esta manera el imputado tuvo la oportunidad de formular las objeciones que estimara convenientes.

Además, tanto el Tribunal de Mérito como la Cámara en lo Penal valoraron la ausencia de la declaración de la menor víctima, y se valieron de las particularidades del caso y lo prescripto en la Convención sobre los Derechos del Niño.

IV. En cuanto a la cantidad de hechos insimulados, también habré de coincidir con el doctor Panizzi.

Este tema también ha sido analizado en la sentencia de segunda instancia.

Los dos hechos adjudicados al imputado surgen claramente del relato que efectuara la niña a su madre, y las fechas indicadas en la denuncia coinciden perfectamente con episodios en los cuales N. se encontraba con la víctima.

V. Por todo lo expuesto voto por rechazar la impugnación extraordinaria deducida, con costas, y confirmar la sentencia en crisis.

Así voto.

El Juez **José Luis Pasutti** dijo:

I. De acuerdo con el último párrafo del artículo 25 del Código Procesal Penal –Ley 5478– emitiré mi sufragio, con exclusión de toda referencia a los antecedentes del caso y a los

///

agravios esgrimidos por la defensa, merced a la minuciosa síntesis efectuada por el Juez Panizzi.

II. El recurso aquí interpuesto reitera lo denunciado en el remedio ordinario, lo cual ha sido debidamente tratado por la Cámara en lo Penal. No obstante la defensa vuelva hacer hincapié en la falta de elementos probatorios para decidir la condena, y proclama la irregularidad del proceso por omitir la declaración de la niña en Cámara Gesell.

Como bien lo indican los Ministros Preopinantes la defensa intenta ingresar a esta instancia con cuestiones de prueba que ya han sido debidamente analizadas por la Cámara en lo Penal.

El artículo 375 del C.P.P. indica claramente los motivos que habilitan la instancia extraordinaria, y dispone que se podrá recurrir la decisión de la Cámara en lo Penal en los siguientes casos: *´…1) cuando afirmen que la sentencia es el producto de un procedimiento defectuoso, en relación al previsto por las reglas de este Código, siempre que hayan reclamado oportunamente la subsanación del defecto y que el defecto influya en la decisión; 2) cuando afirmen que la sentencia, al condenar o imponer una medida de seguridad, ha inobservado o aplicado erróneamente la ley que funda la solución del caso; y 3) cuando afirmen que la sentencia, al fijar los hechos por los cuales condena o impone una medida de seguridad y corrección, ha incurrido en un error evidente que determina en ella la existencia del hecho punible o en que se funda la medida de seguridad y corrección, la participación del imputado en él o la existencia de un hecho menos grave según la ley penal, que permita la reducción de la pena u otra decisión sobre una medida de seguridad y corrección, esencialmente diversa de la anterior…´* .

En base a ello entiendo que el tema relacionado con la falta de declaración de la niña en Cámara Gesell ha sido evaluado por la Cámara Revisora, y tratar nuevamente el tema implicaría reeditar lo que ya ha sido invocado en la anterior instancia.

Idéntica apreciación merece la cuestión de la falta de prueba denunciada, ya que, como se viene sosteniendo, este aspecto es facultad de los jueces

///

de la causa y no es susceptible de revisión extraordinaria.

Sin perjuicio de lo expuesto he examinado las sentencias recaídas en este expediente y observo que la labor de los magistrados es satisfactoria, ya que han logrado demostrar debidamente la existencia del hecho y la autoría y responsabilidad del imputado. También evaluaron correctamente la colisión de derechos que se les presentó y decidieron conforme las particularidades del caso y las normas internacionales sobre los Derechos del Niño.

No advierto tampoco arbitrariedad alguna en la selección y valoración de la prueba, y la defensa no ha indicado el error evidente que permita habilitar la instancia.

III. Por último y en relación al número de hechos enrostrados, adhiero a las exposiciones de los doctores Panizzi y Rebagliati.

La acusación se valió de lo que la niña le contara a su progenitora, y corroboraron que en las fechas indicadas en la presentación el imputado se encontraba con la menor.

IV. Por todo lo expuesto, voto por declarar improcedente la impugnación extraordinaria interpuesta, con costas.

Así voto.

///

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente

---------- S E N T E N C I A ----------

1°) Rechazar la impugnación extraordinaria interpuesta por los Defensores particulares del imputado (fs. 47//51 y vuelta), con costas.

2°) Confirmar la sentencia registrada bajo el número 11 del año 2009, emitida por la Cámara en lo Penal de la ciudad de Puerto Madryn.

3°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo.-Daniel A. Rebagliati Russell-Alejandro Javier Panizzi-José Luis Pasutti.
Ante mi: Ricardo V.Pellegrini Secretario

///