En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los días del mes de Marzo del año dos mil doce, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministro Jorge Pfleger, Daniel Alejandro Rebagliati Russell y José Luis Pasutti bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"V., P. s/ denuncia en rep. de su hijo menor C. J. D"** (Expediente N ° 22.314 – F ° 42 – Año 2011).

Del sorteo resultó el siguiente orden para la emisión de los votos: Pfleger, Rebagliati Russell y Pasutti.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Introducción

Han recalado en la Sala las impugnaciones extraordinarias del Ministerio Fiscal y de la Defensa Pública, interpuestas en contra de las sentencias de la Cámara en lo Penal de la ciudad de Trelew, registradas con los números 02/2011 y 07/Año 2011, de la Cámara en lo Penal de la ciudad de Puerto Madryn.

En la primera, del catorce de enero del año dos mil once, la Cámara dispuso hacer lugar parcialmente a la impugnación ordinaria de la defensa y condenar a G. A. C. como autor del delito de abuso sexual simple agravado por el por el vínculo (art. 119, primer y último párrafo del C.P.)

En la otra, aceptó la impugnación ordinaria de la defensa en relación con la pena y la estableció en tres años de prisión.

II. Los recursos

a.- Del Ministerio Fiscal.

///

El agravio del Ministerio Fiscal consistió en considerar arbitraria la sentencia emitida por la Cámara en lo Penal en tanto que desechó su hipótesis de que, en el caso, había existido abuso sexual con acceso carnal, y por ende que debía mantenerse la condena originaria.

La clave de la censura estribó en la incorporación y valoración de los dichos del testigo R. D. A., un ginecólogo escuchado por la Cámara en audiencia quien aseguró, mediante la percepción de unas fotografías que no había ocurrido penetración anal, y dejaron de lado la pericial forense que aseguraba lo contrario.

En ese sentido hizo historia de la opinión de la médica forense que depuso verbalmente en la audiencia de debate y citó jurisprudencia en aval de sus dichos.

Propuso la revocación de la sentencia.

El Acusador Público puso en picota, por lo demás, la aplicación de la pena de tres años dada por la Cámara Penal, y justificó su posición en el escrito que está entre las hojas 256/ 264, en el que, luego de repasar la conducta del Tribunal de Juicio y la posición de la defensa, se encargó de analizar la inconsistencia de cada uno de los votos emitidos por los miembros de la Cámara Penal.

b.- De la Defensa

La Defensa Pública cargó en contra de la sentencia en el escrito que está añadido desde la hoja 278 a 285.

En esa expresión de sus agravios fustigó la condena por entender que no había prueba de que el menor hubiera sido abusado sexualmente de alguna manera, tal había sido declarado con las consecuencias jurídicas que remataron en la pena impuesta.

Posterior a explicar las razones de la admisibilidad del remedio, dedicó extensos párrafos a reprochar el voto del doctor Portela, pues a su juicio de ella, la defensa, carecía de logicidad y no había podido asegurar –con el grado requerido en la etapa- la presencia del tocamiento inverecundo reprochado.

///

Dijo de él que sólo tenía base en evidencia indiciaria que había partido de una base poco consistente, pues había tomado en cuenta como tema central a las equimosis, lo que resultaba equívoco en cuanto concierne al factor de producción.

Luego, hizo hincapié en las sucesivas relaciones del menor en la Cámara Gessell, y que habiéndose tomado en consideración la segunda era notable la influencia de los adultos en el relato.

En suma consideró que el Magistrado había quebrado, con su razonamiento, el principio de razón suficiente.

Ponderó, por acertado, el voto de la minoría- el de la doctora Mónica Rodríguez- que culminó con la absolución de G. A. C., porque había respetado los principios lógicos de coherencia y derivación, de identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente.

III.- La solución del asunto.

No creo necesario, esta vez, incursionar en la tarea de interpretación (criterios ya sentados) acerca del sentido y alcance del recurso extraordinario ante la Sala, tanto del Ministerio Público cuanto de la Defensa.

A esta altura, creo, he escrito en cada momento propicio las ideas que profeso y que colaboran en la construcción de la doctrina legal del Tribunal.

De manera pues que he de pasar, con derechura, a la solución del asunto que, para mí, es la revocación de la sentencia por efecto del recurso del Acusador Público y el reenvío para que otro Tribunal del mismo grado revise la sentencia de primera instancia siguiendo los parámetros que se fijarán a continuación.

///

Es que los Magistrados de la "a quo" han incurrido en arbitrariedad en la apreciación de una prueba (incorporada a la instancia recursiva- a mi parecer – erróneamente) desechando aquella que los Jueces del debate vieron, escucharon y tuvieron en consideración, sin dar razones válidas de su desmerecimiento.

Porque a la par que no coincido en los argumentos que justificaron la incorporación del testimonio del doctor A., evidencia que devenida en prueba en la audiencia del Art. 385 C. P. P Ch sirvió de clave de bóveda para la desestimación de la hipótesis primaria del Ministerio Fiscal, tampoco asiento a la asignación de valor que ha sido producto de la mera voluntad de los miembros de la Cámara.

Es que sin desconocer que el Código Procesal sale de los cánones tradicionales en materia del recurso ordinario de la sentencia de condena, que permite el análisis de los hechos en todo cuanto sea revisable y aún la producción de prueba en la instancia recursiva, no menos verdadero es que la revisión del todo no importa la supresión absoluta de la instancia en materia de valoración de la prueba inmediata.

///

Aún quienes con ahínco defienden posturas proclives a la amplitud del recurso reconocen límites.

En ese sentido he leído con interés y atención el ensayo de Pablo Andrés Vacani, titulado "Acerca de una reforma impugnatoria del actual Código Procesal Penal- La necesidad de erradicar definitivamente la autorrestricción Judicial" (En "El proceso penal adversarial- Lineamiento para la reforma del sistema judicial- T II, Rubinzal- Culzoni Editores 209-225, Ed.2009) y concluido en que la radicación de nuevos elementos ante el órgano revisor, la inmediación es determinante.

En efecto, dice el académico que "…Entonces no sólo normativamente debe conceder al imputado un recurso accesible desprovisto de rigorismos formales, sino que también permita la posibilidad de incorporar hechos o elementos de prueba nuevos que permitan sustentar los fundamentos del recurso, imponiéndose como límite expreso que el Tribunal de casación no pueda otorgar diferente valor probatorio a la evidencia que fue objeto de inmediación por el tribunal que realizó el juzgamiento…" (página 222 del estudio citado arriba).

///

Tengo para mí que la recta inteligencia que debe dársele al Art. 385 del C. P. P. Ch. en lo que atañe a la admisión de prueba (nótese la ambigüedad terminológica: "prueba necesaria o útil") es que esa evidencia ha de ser nueva, la parte inhabilitada de producirla en el debate y determinante a la solución del recurso.

Pero de ninguna manera resulta aceptable que la introducción de un elemento conocido, que es portado por un vehículo que penetró en la instancia de revisión, basado en visualizaciones expertas menos potentes que aquella que consideraron los Jueces primarios implique modificar, sin un despliegue argumental adecuado, una opinión racionalmente fundamentada.

Y esa potencia negativa, es una característica del testimonio del doctor A., de cuya calidad intelectual no dudo, pero que bien pudo ser escuchado en el contradictorio adonde –aún- pudo haber sido confutado con la experta forense.

De pensarse diferente, la instancia primigenia quedaría de tal modo devaluada que bastaría el ingreso de un elemento oportunista para echar por tierra su análisis en cualquier instancia recursiva, aún la que corre.

///

Porque nada impide que, ante la Sala por ejemplo, el Ministerio Público trajera un nuevo testigo calificado para promover el desmedro del anterior y así sucesivamente hasta difuminarse la percepción de quienes tuvieron a su cargo escuchar todo el plexo en la audiencia de debate, con el consecuente diálogo entre parte, examen, contra- examen, refutación, confutación, etc.

Pero aún aceptando la inclusión, por vía de hipótesis, la interpretación y valoración de ese testigo es arbitraria.

La "arbitrariedad", he dicho, no es un concepto pacífico, y no debemos olvidar que aquí se presenta calificada por lo evidente.

Ahora sí formularé una evocación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha predicado que con la doctrina de la arbitrariedad se tiende a resguardar la defensa en juicio y el debido proceso exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa y esa situación se da, por caso, cuando las pruebas han sido consideradas en forma fragmentaria o aislada, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la

///

verificación de los hechos conducentes para la solución del litigio, prescindiendo de una visión del conjunto y de la necesaria correlación de los testimonios entre sí y de estos con otros elementos indiciarios(Fallos 316:1717, 311:948).

Y entre otros: "…La arbitrariedad requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso, o una decisiva carencia de fundamentación…" (Fallos, t. 311, Vol. 2, 1988,p. 3200, Sumario n° 269); "…La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir en tercera instancia sentencias equivocadas o que el apelante considere tales a raíz de su discrepancia con el alcance atribuido por el juzgador a principios y normas de derecho común o con la valoración de la prueba, sino que reviste carácter estrictamente excepcional…" (Ibíd., p. 3201. sumario n° 277)

En la búsqueda de una definición doctrinaria se me ocurre prudente citar a Quiroga Lavie, Benedetti y Cenicacelaya quienes sostienen, básicamente, que "…son arbitrarias las sentencias que poseen omisiones de gravedad extrema…" y explican: "…Lo que se exige es que la sentencia recurrida prescinda inequívocamente de la solución prevista en la ley o adolezca de una manifiesta falta de fundamentación…".

Desde su perspectiva, los autores citados consideran que "…la arbitrariedad es el modo de manifestación de la voluntad del Juez no sujeto a normación alguna y que se ha apartado, desviado, negado o rechazado la normación vigente…" (ver "Derecho Constitucional Argentino- Segunda edición actualizada por

///

Humberto Quiroga Lavie- T I, Ed. Rubinzal Culzoni página 697)

Enseñan Carrió y Carrio en su "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria" (Abeledo Perrot, página 259 del Tomo I) que "…No basta resolver el litigio; hay que resolverlo con criterios y apreciaciones que por hallarse dotados de fuerza de convicción, puedan convencer. De otro modo la decisión no sería más que el producto del arbitrio de los Jueces. En otras palabras: no basta que un fallo tenga fundamentos; es menester que estos fundamentos estén a su vez fundados. Porque si no lo están sólo hay apariencia de fundamentación…"

Esta doctrina previene el exceso de poder, lo que repugna a toda decisión estatal.

Revocar la sentencia de la instancia mediante la valoración desmedida de quien sin conocimientos excelsos emite opinión como testigo, desechando –sin fundamentos consistentes- la opción planteada por la médica forense que examinó al niño (y tomó las fotografías para ilustración) sobre la base de apreciaciones de índole subjetiva, con pretensiones de objetividad (las consecuencias eventuales de una penetración violenta y completa, la imposibilidad de que hubiera

///

sucedido penetración pausada o limitada) es inaceptable.

Son correctas y plausibles las opiniones doctrinarias sentadas, pero le brindan a la sentencia fundamentos meramente dogmáticos que no se compadecen con las constancias reales de la causa.

Varias veces he hablado de criterios o niveles de verdad y he dicho que en el proceso penal la certeza (verdad lograda o construida) se emparienta con la ética profesional, entendiendo por tal el trabajo serio, metódico y honesto.

Este cartabón, que es parámetro para el estudioso de las ciencias blandas, se traslada hacia los Jueces en cuanto al apego riguroso a la normación y la aplicación de las reglas del buen pensar.

Los Jueces de la Cámara pensaron bien, pero partieron de una premisa equivocada al darle consistencia suficiente a una premisa lábil.

IV. Epílogo

Por lo expuesto habré de postular la admisión de la impugnación extraordinaria del Ministerio Fiscal y el reenvío de la causa a la instancia para una nueva revisión del caso.

///

Así me expido y voto.

El Juez **Rebagliati Russell** dijo:

Los antecedentes del caso ya han sido reseñados por el vocal que me precede en el orden de votación.

Se trata de la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Cámara Penal, que modificó la calificación del delito que impusiera el tribunal de juicio (ver fs. 152/181) y fijó la pena por aquel que entendió acreditado –el de abuso sexual simple agravado por el vínculo (Arts. 119 primer y último párrafo del C. Penal), imponiendo a G. A. C. la pena de tres años de prisión por el ilícito antes indicado.

Tanto el recurso presentado por el Ministerio Público Fiscal como por la Defensa Oficial, en escritos que se glosan a fs. 267/277 y fs.278/285 vta., cumplen con los requisitos establecidos en los arts. 375 y 378 del código de rito.

El agravio de la parte acusadora tuvo como principal crítica que el Tribunal Penal de Grado acogió como nueva prueba el testimonio del médico R. D. Á. y que fuera ofrecido a tal efecto por la Defensa.

///

Los dichos de éste último -por su condición de médico ginecólogo- fungieron como los de un experto y contradijeron lo manifestado por la perito del debate, Dra. S. M. M., quien integra el cuerpo de peritos del Cuerpo Médico Forense.

La misma había examinado a J. C. y dictaminó acerca de las lesiones que habría presentado en sus genitales y zona anal.

La víctima señaló como autor de estas lesiones a su padre, C. G. A. C., y el informe médico permitía establecer, en último de los casos, la introducción peneana en el cuerpo del niño, cuestión sustancial al tiempo de escoger la calificación legal del delito imputado.

Retomando con la incorporación de esta nueva prueba por parte de la Cámara Penal, entiendo que si bien la decisión no ha sido unánime, obligó a los demás integrantes del cuerpo, una vez escuchado el testigo, a tener que expedirse sobre el alcance del testimonio.

Así pues, los facultativos dieron opiniones dispares, lo que provocó que dos de los sufragantes aceptaron la conducta sexual desplegada por el padre contra el niño, pero desecharon la posibilidad de la existencia de un acceso carnal por vía anal.

///

Como bien lo expresa el colega -doctor Pfleger- en su voto, es precisamente la decisión que acepta la incorporación de esta prueba a la causa lo que torna inválida y arbitraria la sentencia dictada por la Cámara Penal.

Ello por cuanto el testigo Á., mediante la observación de fotografías extraídas durante el acto pericial, se expidió sobre la inexistencia de lesiones en el ano y por ende en la no posibilidad de que el menor haya sido accedido por esa vía.

Por esta razón la mayoría del Tribunal reduce la gravedad de la imputación, desestimando que se encuentre probado el acceso carnal y sí en cambio la existencia de tocamientos inverecundos en la humanidad del menor y por los cuales acoge la existencia del delito de Abuso sexual simple agravado por el vínculo.

Las razones que la mayoría expresó para hacer comparecer al perito -según consta en el acta de fs. 199/vta.- fueron la de dirimir una cuestión que era desde el "punto de vista científico, necesario y útil" (el entrecomillado me pertenece), empero las consecuencias de su producción permiten cuestionar precisamente su necesidad y más aún su utilidad.

///

En efecto, al aceptar la producción de esta prueba testimonial, con inequívocos fines periciales, el Tribunal no podía ignorar que con ello se vulneraba el debido debate de las cuestiones técnicas que suscitaran y el procedimiento que sobre el punto prevé el mismo código de rito (Arts. 195 y s.s. del CPP), colocando a la Cámara en un callejón sin salida al tiempo de tener que decidir la cuestión.

Se incorporó por vía del recurso de impugnación ordinaria una prueba que los jueces del juicio no tuvieron oportunidad de valorar, menos aún de controvertir con la prueba pericial que sí había sido ventilada en el debate y que sorprende a la parte acusadora al tiempo de la impugnación, lo que torna arbitraria la conclusión a que se arriba en la sentencia.

Es claro que la Defensa ha tenido acceso al control de la prueba pericial durante la instauración del proceso y pudo controvertirla de la misma manera que lo hizo ante la Cámara Penal, pero claro está en el momento procesal oportuno, para permitir que las partes y los juzgadores –que carecen del conocimiento técnico- discurran sobre los puntos en contradicción (Art. 204 C.P.P.) y puedan tener ocasión de esclarecerlos,

///

y de esta manera estimar acreditada o no una determinada conducta delictiva.

Aprecio que en tal proceder la Cámara Penal ha violado el debido proceso, exhorbitando una actividad probatoria que es propia del debate, provocando de esta manera una afectación al contradictorio que debe darse en tiempo y ante la esfera jurisdiccional oportuna.

Es por ello que en concordancia con los fundamentos del colega que guía el acuerdo, propicio la admisión del recurso de impugnación extraordinaria interpuesto, la revocación de las sentencias de la Cámara Penal de fs. 152/81 y fs.237/48, como así también el reenvío de los autos para el dictado de una nueva sentencia.

Así lo voto.

El juez **Pasutti** dijo:

I. En el primer voto, el Juez Pfleger, ha brindado una pormenorizada descripción de los antecedentes del caso y de los recursos presentados por las partes, por lo que me abstendré de abundar al respecto.

II. El Fiscal ha denunciado arbitrariedad en la sentencia de Cámara por considerar que no había existido acceso carnal en el abuso enrostrado, sindicándose como piedra de la discordia, la incorporación y valoración de los

///

dichos del testigo Ginecólogo R. D. A., quien hizo su aporte en la audiencia celebrada en la Cámara de Apelación.

Á., mediante la observación de algunas fotografías, afirmó que no había ocurrido penetración anal, versión en la que se basó la "a-quo" para dejar de lado la pericial forense de donde surgía una versión contraria, y, mediante una reducción en el endilgue, cambiar la calificación legal.

III. Adelanto que habré de coincidir con la solución que han propuesto los colegas preopinantes.

Entiendo, que la introducción en la etapa recursiva de una prueba que debería haberse realizado en el juicio propiamente dicho, cuando, habilitadas las partes para proponerlo, hubiera permitido un control cruzado y una consideración completa del plexo probatorio, según esta previsto en el Código Adjetivo, en el apartado correspondiente a los peritajes (arts. 195 y siguientes del C.P.P.), resulta irregular.

Ello es así, porque permitió trasegar ilegalmente la correcta formación del criterio sobre el cuerpo completo y relacionado de pruebas.

En efecto, el Tribunal de Apelación, contrapuso sin más esta última versión, otorgándole un valor determinante, sin haber realizado el trabajo de relacionar en forma lógica este nuevo elemento con los restantes que abonaron, en la mente de los juzgadores originarios, la convicción de la existencia de acceso carnal con penetración.

Estimo que dice bien el Juez Pfleger cuando, aún admitiendo que el recurso ordinario permite el análisis de los hechos en todo cuanto sea revisable y la producción de prueba, se impone como límite, que el Tribunal no pueda otorgar un diferente valor probatorio a la evidencia que fue objeto de inmediación por el tribunal del juicio.

IV. Por lo expuesto, en línea con lo expresado por los jueces Pfleger y Rebagliati Russell, estimo que la impugnación extraordinaria del Ministerio Fiscal debe declararse procedente, revocarse las sentencias de fs. 152/81 y fs.237/48, y ordenarse el

///

reenvío de los autos para el dictado de una nueva sentencia.

Así voto.

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

1°) Declarar procedente la impugnación extraordinaria interpuesta por la Fiscal General (fojas 256/264 vta.)

2°) Revocar las sentencias números 02/2011 y 07/2011 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción de Trelew.

3°) Ordenar el reenvío de la presente causa para el dictado de una nueva sentencia.

4°)Protocolícese y notifíquese.-

///