En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 11 días del mes de Diciembre del año dos mil trece, se reunió en Acuerdo en la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada con los señores Ministros Daniel Alejandro Rebagliati Russell, Alejandro Javier Panizzi y Jorge Pfleger, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en la causa caratulada **"F. R. M. p.s.a. de Abuso Sexual–Pto. Madryn s/Impugnación"** (Expte. 22.756- F° 114 T° II-Año 2012).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 261: Pfleger, Rebagliati Russell, y Panizzi.

El Juez Jorge Pfleger dijo:

I.- Breve enunciación de los antecedentes

Convoca la atención de la Sala la impugnación extraordinaria deducida por el Defensor Público Penal, doctor Carlos E. Bellorini, en perjuicio de la sentencia de la Cámara en lo Penal de Puerto Madryn que el 22 de Junio de 2012 decidió sobre los siguientes tópicos: I) Rechazó la nulidad de la pericia psicodiagnóstica incoada por el Defensor Público, II) rechazó parcialmente la impugnación ordinaria deducida por la defensa de R. M. F. y III) confirmó parcialmente la sentencia dictada a fs. 69/74 por el Juez Penal doctor Gustavo Daniel Castro, pues le impuso al causante la

///

sanción de tres años de prisión en suspenso- fijando las reglas de conducta deseables- en lugar de la punición efectiva dada por la instancia.

Esta decisión, la del Juez Penal, fue registrada bajo el N° 07/2012, e involucró el hecho acaecido entre los días 18 y 20 de Junio del año 2010 en desmedro de M. Q. F., y fue subsumida en las figuras que castigan el Abuso sexual simple agravado por el vínculo, del que se tuvo al acusado como autor (art. 119 última oración en función del inc. "b" del C.Penal, art. 26, 29 inc. 3°, 40 y 41 del C. Penal).

II. La Impugnación

En la formulación de los fundamentos a su recurso, el Defensor Oficial tildó de nula a la pericia psicológica, fuente de cargo, acusando defectos en la notificación.

Sindicó que en la cédula de notificación de la pericia aludida faltaba consignar el lugar a donde la experticia se iba a llevar a cabo.

Afirmó que se trataba de un error de muchísima relevancia por tratarse de un proceso adversarial en el que se ventilan intereses antagónicos, por lo que su obligación es resistir la acción penal manteniendo la buena fe.

///

Recalcó que, de haber querido proponer un consultor técnico para controlar la pericia conforme a la facultad que le otorga el Código Adjetivo, no hubiera sido capaz de hacerlo ya que habría ignorado el sitio adonde concurrir.

Que, asimismo, la Defensa no está para advertir la falencia al Fiscal, porque su resultado podría ser adverso a los intereses de su ahijado procesal.

Sostuvo que: "… *Al extirparse el psicodiagnóstico que fue tenido en cuenta por los Jueces al resolver la cuestión, se advertirá un mayor debilitamiento de la responsabilidad penal que le achacan a F., lo que indudablemente le da una mayor entidad a la aplicación del indubio pro reo a favor de mi asistido…*"

En otro apartado dijo que la sentencia había incurrido en una violación del principio de legalidad e in dubio pro reo (art. 18 de la Constitución Nacional, Art. 44, VI de la Constitución Provincial; arts, 28 y 375.2 del Código Procesal Penal).

Machacó, como lo hizo en la impugnación ordinaria, afirmando que no había prueba aportada que brindara la certeza necesaria para que los Jueces condenaran, pues la materialidad

///

del hecho no estaba acreditada. Se refirió, en particular, a la equimosis detectada en la zona genital de la víctima como elemento de convicción insuficiente para abonar el nivel de verdad justificante de una conclusión condenatoria.

Puso en dudas la espontaneidad de la narración de M., la afectada, en la Cámara Gesell y sostuvo que el discurso no era, ni más ni menos, que un relato co-construido.

En el final, y no sin antes mantener la reserva del caso Federal, peticionó que se hiciera lugar a la nulidad incoada, decretando nulo el psicodiagnóstico, y que, asumiendo una competencia positiva, la Sala absolviera- principio in dubio pro reo mediante- a R. M. F., su asistido.

III. Algunas reflexiones pertinentes.

El origen y la naturaleza de la impugnación – traída por la defensa por la vía extraordinaria en desmedro de una sentencia de condena impuesta por la Cámara en lo Penal- impone el deber de realizar, una vez más, consideraciones preliminares.

Es que como se ha significado en innúmeros pronunciamientos, la que se recorre no implica un tercer peldaño de revisión, sino la atención

///

a cuestiones excepcionales que se hallan tipificadas en el Código Procesal Penal.

He repasado una y otra vez el plexo normativo que involucra la materia y no creo que hacerlo con la misma sutileza concurra a mejorar los argumentos dados en cuya virtualidad creo aún.

Solamente juzgo adecuado proseguir en el sendero cuyo final es la idea que los errores que se denuncian sean palmarios, groseros, evidentes, impermisibles en un proceso legal y regular. En suma, que se haya provocado un daño concreto a derechos garantizados por los órdenes constitucionales en perjuicio del condenado, exigiéndose su denuncia incuestionable por quien se agravia que ha de exponer, con toda claridad, el desacierto.

Si así es, la manera adecuada de encarar la tarea es comprobar si, acaso, la sentencia recurrida cae dentro de la categoría de sentencia arbitraria o, de otro modo, si el comportamiento de los Jueces ha padecido arbitrariedad en la consideración de los juicios que otros emitieron, y, por ende cohonestaron un proceder ilegal o fijaron los hechos de modo desacertado; o erraron en el derecho aplicado.

Superada la etapa del “juicio al juicio” la labor queda estrechada a la manera en que los Magistrados del doble conforme construyeron su pensamiento, y el único cartabón posible para medirlo es la prueba de “arbitrariedad”, modo de manifestación de la voluntad del Juez no sujeto a normación alguna y que se ha apartado, desviado, negado o rechazado la ley vigente.

///

IV. La nulidad.

Pondero atinado el criterio adoptado por la "a quo" para resolver esta tópica que, para más, fue pertinazmente articulada por la Defensa y mereció el rechazo de cada una de las ocasiones en que se levantó el planteo.

Coincido con los tres Jueces de la Cámara en lo Penal lo aclaro, pero me parece interesante detener la inspección en el voto del doctor Luchelli quien se encargó, escrupulosamente, de precaver sobre el peligro del rigor formal al considerar las nulidades y realizó citas adecuadas.

Asiento plenamente. Las nulidades no existen en beneficio exclusivo de la ley; están y operan cuando concretos derechos resultan vulnerados por la actividad de los actores del proceso encargados de la persecución o decisión.

Las hipótesis son taxativas y su consideración restringida, y, en palabras de Clariá Olmedo, ha de estarse siempre al contenido efectual del acto para dirimir cualquier escrúpulo.

El defecto ha de ser señalado de partida al igual que el agravio, la conducta u omisión tiene que ser obligatoria (enumerada como condición de validez del acto), el daño

relevante, trascendente y sus consecuencias dañinas, y, por cierto que insubsanables.

Como acertadamente lo expusieron los doctores Pitcovsky y Trincheri, la estipulación del art. 198 no incluye la comunicación del lugar en que se realizarán las operaciones periciales. Pero si aún se admitiera que la defensa ha de conocer el sitio de la experticia, creo que no constituye una demasía que vulnere pensar en que, si hubiese sido de su interés asistir o controlar o valerse de un perito de parte, hubiese demandado a su contraparte o al Juez de garantías, antes del inicio de las operaciones, la aclaración.

La Ley procesal protege del "mal actuar", es verdad. Pero no legitima el acecho, la celada o la trampa.

V. Los demás agravios.

Me permito, de partida, señalar dos cosas: a. el defensor técnico ha reiterado argumentos expuestos a la hora de la impugnación ordinaria y, b. la solución propuesta sobrevendría a una nueva fijación de los hechos basada en una también nueva interpretación de la prueba.

Por lo que dije más arriba todo impugnante ha de demostrar la arbitrariedad del

///

pensamiento de los Jueces en la instancia pasada. Ha de poner en vilo el proceso mental en que basaron su discurso y su planteo; por ende, ha de tener el ingrediente de novedad que el examen requiere.

De esta manera visto, es estéril todo esfuerzo argumentativo que, aún ornado de citas interesantes, recurra a denunciar razones que fracasaron.

Me expreso de esta forma pues los Camaristas, en primer lugar, consideraron los fundamentos de la impugnación que el señor Defensor ha sostenido con insistencia aquí y dejaron sentado el por qué mantuvieron el fallo que estableció la existencia del abuso en cuestión y lo puso en cabeza del condenado.

En ese camino los sufragantes pusieron en valor la declaración de la menor víctima prestada en Cámara Gesell, versión que, con la utilización de muñecos, permitió a la niña llevar a conocimiento de sus interlocutores lo que le había ocurrido.

Coincidieron en lo convincente que resultó la observación de tal testimonio, en concordancia con la determinación por el Médico Forense Leonardo Naccarato, de una equimosis en vías de resolución, una de ella en forma

///

semilunar de 3-4 milímetros con concavidad hacia orificio himeneal, en cara interna del labio menor a horas 3 y 4 y otra área de equimosis muy difusa en la horquilla inferior, con tomas fotográficas agregadas al legajo de prueba.

También ponderaron en sentido incriminante, como lo había hecho el Juez del juicio, el dictamen pericial de la Psicóloga K. S. en cuanto se ajustaba a lo visualizado en la audiencia, sosteniendo que en el relato de la niña M. Q. F. no se habían encontrado indicadores psicológicos de sugestión adulta en el discurso ni tampoco tendencias a la fabulación, y si indicadores de ASI y secuelas psicológicas.

Apreciaron, contextualmente, por lo demás, el testimonio de la licenciada C. F. y de la madre de la menor y de una tercera persona (S. G. J. y M. S. P.)

En los casos de abuso sexual intrafamiliar resulta exigencia ineluctable el escrutinio estricto o riguroso sobre la consistencia y congruencia del relato de la afectada, la univocidad de los signos detectados por los profesionales, el contexto y la circunstancia del suceso enrostrado y la eficacia demostrativa del testimonio de terceros en

///

ponderación con la versión del acusado (CNACCASP.II, c.Reg. 18734 Gimenez, F.R. 25/4/2011, en JPBA t. 152, sum 270, página 139).

Se trata de una decodificación desprejuiciada de la evidencia que no sacraliza la opinión profesional, no parte de dogma alguno (vgr. el niño no miente, la Cámara Gessell es irreductible) y que sí agrupa a la prueba de manera tal que la conexión argumento- realidad configurada resulte plausible.

Esta ha sido la labor intelectual de los Jueces que no puede ser objetada en los términos en que el recurrente propone.

Traigo a colación la opinión vertida en otros precedentes respecto de la inteligencia del vocablo “validar” aplicado cuando se trata de apreciar el testimonio del niño y del entorno profesional que, como modo de protección especial, lo estudia.

Pero como bien se ha dicho en la sentencia, el Juez es perito de peritos, y eso es coincidente con mi tesis al respecto.

En efecto, he señalado que el testigo niño es un testigo “especial” en tanto merece protección “especial”; pero no es un testigo calificado. En todo caso sus dichos son obtenidos mediante procedimientos especiales (para su

///

protección) y sometidos a sistemas de validación diferentes que – en interacción- son analizados por los jueces en el marco en que se ha expuesto.

No obstante, y es tautológico, son éstos no otros los que otorgan peso a las expresiones del testigo, menor o mayor, y no son suplidos por otros órganos cuya experticia también es objeto de tamiz.

Me refiero con esto a lo que, quizás impropiamente, llamamos "validación" del testimonio del menor, pero que llámese como se llame solamente importan técnicas de abordaje a ese órgano de prueba que, como "especial", merece atención en los términos dados.

La certeza se construye sobre la base de confrontación de hipótesis probables en torno al hecho de que se trata y se afirma, en un sentido u otro, cuando prima la más consistente, sin dejar de lado que en toda especulación siempre hay una última anfibología que indefectiblemente se plantea y que debe revisarse para asegurar que la lógica aplicada es la prevaleciente.

Generalmente los expertos que intervienen en el proceso para auxiliar a los jueces en una materia tan delicada se pronuncian pues están capacitados para percibir la calidad de una evocación infantil, aunque el contacto sea breve.

///

Puedo emitir este juicio basado en mi propia experiencia como Magistrado.

Pero, y permítaseme la insistencia, esas opiniones no “prueban” el hecho, ni “certifican” la veracidad de un relato. La locución “validar” con la que es común denotar la conclusión, sirve en todo caso- y como ya lo dije antes- para orientar la apreciación que, luego e inexorablemente, deberá formular el Juez.

Hay que ser precavidos, retorno, en el análisis de los testigos niños cuando el interrogatorio es intermediado por un profesional, cuya intervención, aún quiera que no, puede interferir de algún modo si no en la evocación (los recuerdos, pienso, no pueden manipularse en ese breve lapso) al menos en la manifestación.

Por eso la demanda de una nueva puesta en valor de los elementos ventilados en las demás instancias, sin haberse rebatido los fundamentos en los que basaron sus conclusiones los jueces de Cámara, que trabajaron conforme los niveles establecidos, y un discurso que reposa sobre cuestiones oportunamente articuladas – y tratadas- no alcanza a superar el nivel requerido para la viabilidad de la impugnación extraordinaria, en los términos dados.

///

Girar pertinazmente sobre la apreciación de la prueba frente a una conclusión que no es grotesca, no resulta argumento válido para movilizar la los efectos de la inspección extraordinaria que, por lo que acabo de decir, debe ser desestimada.

VI. Epílogo

Por lo expuesto postulo el rechazo de la impugnación y la confirmación de la sentencia en crisis, con costas.

El Juez **Daniel A. 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. Los agravios que menciona la impugnación extraordinaria se relacionan con la nulidad de la pericia psicológica y la violación del principio de legalidad e in dubio pro reo.

Insiste en que al no haberse consignado el lugar en donde la pericia iba a ser realizada, dicha omisión acarrea la nulidad de esta prueba.

También vuelve a plantear que en el presente caso no existe prueba que pueda demostrar ni la materialidad ni la autoría del hecho.

///

III. En este primer análisis advierto que la defensa trae a colación los mismos agravios 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.

IV. Sin perjuicio de lo expuesto, de la lectura de la sentencia cuestionada, advierto que los temas en cuestión han sido debidamente evaluados por los jueces de mérito y luego por la Cámara en lo Penal.

El análisis que se hizo de la nulidad impetrada por la defensa es correcto, y coincido con los argumentos que se dieron para rechazarla. Así, la notificación efectuada ha sido confeccionada conforme lo prevé el artículo 198 del C.P.P., y si la intención era participar de la pericia y desconocía el lugar donde se llevaría a cabo, tuvo la posibilidad de formular los

///

planteos que estimara convenientes.

En cuanto al segundo motivo de agravio, los jueces han analizado los testimonios de la niña en Cámara Gesel y su madre, como así también lo que relataron e informaron las Licenciadas que asistieron a la víctima.

La pericia médica practicada se tuvo en cuenta como un eslabón más que los llevó a confirmar la materialidad.

De esta manera, el error evidente que autorizaría el ingreso de esta Sala en el fallo no se describe en la impugnación extraordinaria, ni tampoco lo advierto del análisis efectuado.

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

Así voto.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. El ministro que lleva la voz en el Acuerdo, ha desarrollado acabadamente los antecedentes del caso y los puntos de agravio contenidos en la impugnación extraordinaria de la defensa oficial del encartado (hojas 132/135 y vuelta). No los reiteraré para no agobiar al lector.

II. Concuerdo con mis colegas preopinantes en orden a que los tópicos de agravio contenidos en

///

la vía extraordinaria constituyen una reiteración de las objeciones formuladas al tiempo de interponer la impugnación ordinaria.

Advierto que los magistrados de la Cámara en lo Penal respondieron íntegramente las cuestiones vertidas, brindando fundamentos sólidos para decidir como lo hicieron.

Observo, además, que exploraron y fiscalizaron en toda su dimensión la labor desplegada por los jueces del debate.

Así, convalidaron la notificación de la pericia psicológica, al considerar que se había cumplido con la comunicación establecida en el primer párrafo del artículo 198 del ceremonial. A más de ello tuvieron en cuenta que la defensa no designó perito de parte ni objetó oportunamente la falta de mención del lugar donde se llevaría adelante la experticia.

Por otro costado, escrutaron el testimonio de la víctima brindado bajo la modalidad de Cámara Gesell; los informes y declaraciones de las licenciadas K. S. y C. F., que validaron la versión de M.; el relato de la madre de la niña, quien rememoró los cambios de actitud que observó en su hija; y la pericia elaborada por el médico forense Naccarato, que dio cuenta de las

///

improntas físicas halladas en las zonas íntimas de la pequeña.

De esta manera, advierto que los sentenciadores de la instancia previa detallaron y examinaron cada uno de los elementos de convicción que los jueces del debate tuvieron en cuenta para arribar a la certeza de la ocurrencia del abuso por parte del condenado R. M. F. en desmedro de la niña M. Q. F..

En conclusión, la inspección cumplida por la Cámara en lo Penal es la adecuada y, por lo tanto, el embate la defensa penal oficial, pese al denodado esfuerzo, no autoriza una nueva revisión ni habilita variar la suerte de la causa.

Corresponde, entonces, desestimar la impugnación extraordinaria de la defensa, con costas, y confirmar el pronunciamiento de fojas 115/129.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

1°) Declarar improcedente la impugnación interpuesta a fs. 132/135 vta., con costas.

///

2°) Confirmar la sentencia protocolizada con el número 06/2012, obrante a fs. 115/129.

3°)Protocolícese y notifíquese.-

Fdo. Daniel A. Rebagliati Russell-Jorge Pfleger-Alejandro Javier Panizzi- ante mi: José A. Ferreyra Secretario. Registrada bajo el n° 48 del año 2013.-

///