

TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN

Viedma, 08 de agosto de 2018.

Reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Tribunal de Impugnación de la provincia de Río Negro, doctores Adrián Fernando Zimmermann, Carlos Mohamed Mussi -por subrogancia- y Miguel Ángel Cardella, presidiendo la audiencia el primero de los nombrados, con el fin de dictar resolución en el caso judicial denominado “C. R. R. S/ INFRACCIÓN 119 C.P.”, identificado bajo el Legajo MPF-VR-00362-2017, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar. Se transcriben a continuación los votos emitidos, en conformidad con el orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes

CUESTIONES:

Primera: ¿Es admisible la impugnación deducida por la Defensa?, Segunda: ¿Qué solución corresponde adoptar? y, Tercera: ¿A quién corresponde la imposición de las costas?

VOTACIÓN:

A la primera cuestión el Juez Adrián Fernando Zimmermann, dijo:

Antecedentes:

- 1.- Mediante sentencia de fecha 19 de marzo de 2018 (veredicto de culpabilidad) y 17 de abril de 2018 (sentencia definitiva), el Juez de Juicio unipersonal resolvió declarar culpable a R. R.C. por encontrarlo autor del delito de abuso sexual simple (arts. 45 y 119 pár. 1° CP), e imponerle la pena de 6 meses de prisión en suspenso, el pago de las costas del juicio (arts. 26 y 29 inc. 3 del Código Penal) y el cumplimiento de reglas de conducta del art. 27 bis del CP, por el término de dos años, bajo apercibimiento de ley en caso de incumplimiento injustificado.
- 2.- Contra lo decidido, la Defensora Oficial, doctora Celia Guadalupe Delgado, dedujo impugnación, que fue declarada admisible por el a quo.
- 3.- En su escrito de impugnación la representante del Ministerio Público de la Defensa señala sus agravios consistentes en arbitrariedad en la valoración de la prueba producida en el juicio y ausencia de configuración del tipo objetivo y subjetivo.

Respecto del primer agravio, sostiene que la prueba reunida en el legajo y producida en el juicio resulta -a su criterio- insuficiente para arribar al veredicto de culpabilidad de su asistido, en orden al delito de abuso sexual simple, por lo que

considera que la valoración probatoria efectuada por el juez de juicio ha sido selectiva, parcial y arbitraria, concluyendo en una sentencia que aparenta fundamentación, basada en su íntima convicción. Afirma que de haberse valorado debidamente las constancias, la conclusión a la que hubiera arribado el Juzgador hubiera sido diametralmente opuesta a la cuestionada.

Entiende que al momento de tratar la cuestión de la existencia fáctica del evento denunciado el juez tuvo en cuenta el relato brindado por la presunta víctima, mediante el sistema de Cámara Gesell y el informe aportado por la licenciada que recepcionó el testimonio, con más lo declarado en juicio por la Licenciada García Guillen, quien expresamente discurrió sobre las divergencias existentes entre relato creíble y relato verdadero, habiendo minimizado la relevancia de tal diferenciación el magistrado sentenciante.

Hace una breve referencia a las dificultades probatorias en este tipo de procesos y aduce que no es la existencia del único testimonio lo que pone en crisis la defensa, sino la valoración que se ha efectuado del mismo y la ausencia de valoración y/o mención de la prueba desincriminante y contradictoria obrante en autos, que a su entender de ser considerada hubiera conducido al resultado absolutorio solicitado.

En este marco, critica que el juzgador no valorara debidamente la circunstancia de que el presunto hecho no ocurrió en la intimidad sino en un local comercial abierto al público, y se limitara a sostener que en el instante de los hechos no había testigos en el lugar, lo que no fue acreditado -alega- con prueba de cargo. Afirma que la tesis defensiva final respecto de la inexistencia del hecho histórico denunciado debió prosperar, pues la propia progenitora -M. R. M.- declaró que desde antes de este hecho su hija se encontraba bajo la intervención de Promoción Familiar debido a sus problemas de conducta y a que mentía con frecuencia, situación que se prolongó con posterioridad a la denuncia, restando el magistrado relevancia a esta información, que cuanto menos instala con fuerza de duda la veracidad del testimonio de la niña. Menciona en igual sentido la declaración de la tía de la niña -E. E. M.- que dijo que la niña fue enviada al local comercial de C. a efectos de adquirir unos víveres, y que al no regresar en tiempo oportuno, esta última salió en su encuentro y la reprendió por haber tardado más de lo esperado, circunstancia que, a criterio de la defensa, pudo haber operado como móvil para que la niña justificara su tardanza con la situación

relatada.

Cuestiona la eficacia probatoria de la cámara Gesell y que el juez considerara la apreciación de la Licenciada Valgoi, entrevistadora de la niña, como un aporte relevante en la determinación de credibilidad, cuando no era su función ni misión en el proceso.

Sostiene que no resulta una derivación razonada de la prueba producida que el juez concluyera que no advertía en la declaración de la menor víctima visos de mendacidad, ello por las dos razones esgrimidas por esa defensa: el testimonio de la propia madre de la víctima y el argumento de que la niña podría haber interpretado de manera errada algún gesto, lo que debió ser valorado a los fines de tener por configurado el tipo penal bajo análisis.

En punto al segundo agravio, transcribe el pasaje de la sentencia que critica y refiere que agravia esa conclusión del juzgador por cuanto no existió ninguna prueba tendiente a demostrar el conocimiento de su defendido respecto de la edad de la niña, como tampoco se acreditó la existencia del elemento subjetivo del tipo penal atribuido, pues su defendido fue categórico en todas las instancias de proceso respecto de su inocencia. Alega que el magistrado presume la configuración en el caso de los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo a partir de la constatación -en su convicción- de la mera existencia objetiva de los hechos.

Entiende que no ha sido superado el estado de duda razonable y, en consecuencia, solicita que se declare procedente el recurso interpuesto, disponiendo la invalidez de la sentencia de condena y la absolución libre y sin costas de su asistido.

4.- En función de lo dispuesto por el artículo 239 del CPP se convocó a las partes a audiencia oral, en la que se escucharon los argumentos a favor y en contra de los agravios sostenidos contra el pronunciamiento jurisdiccional.

Intervinieron la Defensora Oficial, doctora Celia Delgado, en representación de R. C., y por el Ministerio Público Fiscal, el doctor Gastón Cesar Pierroni.

4.1.- Dada la palabra a la Defensa, la doctora Delgado expresa los fundamentos de su recurso, ya expuestos en el escrito de impugnación, consistente en la arbitrariedad en la valoración probatoria, en el sentido de que la sentencia es un acto de poder y de fe porque el magistrado sentenciante ha efectuado una aparente fundamentación basada en su íntima convicción.

Expresa que el proceso se sustenta en una única prueba que es el testimonio de la menor en Cámara Gesell que se recibió bajo las reglas del sistema procesal anterior, ello pese a que no se ha sustentado su credibilidad con prueba periférica conforme lo ha establecido el STJ.

Dice que con relación al relato de la víctima, que oportunamente la niña relató un hecho de dimensiones confusas y divergente al que integró la plataforma fáctica. Además, al debate concurrió la madre quien declaró que su hija era una niña que incurría en mentiras de manera reiterada. Refiere que en otro orden, la credibilidad o confiabilidad del testimonio que pretendió hacerse con testimonios de dos peritos, la Lic. García Guillen y la Lic. Valgoi, y aclara que el juez desestimó a la perito Laura Gabarró porque dio cuenta de que en la elaboración de su actividad pericial incurrió en violaciones al debido proceso y derecho de defensa y se extralimitó en el objeto pericial. Agrega que el juez decide otorgar credibilidad al testimonio con la declaración de la Lic. García Guillen, pero omite una serie de manifestaciones que ella efectuó, cuando dio cuenta de que no tenía formación alguna relativa a la psicología del testimonio más que una formación clínica general y además dijo que la credibilidad y veracidad son dos conceptos distintos, en función de esto no podía arribar a un dictamen de veracidad del testimonio. Critica que el juez de manera sesgada elige una porción del testimonio de la perito experta.

Continúa diciendo que el juzgador también sustenta la sentencia en el testimonio de la Lic. Valgoi que fue la entrevistadora de la menor en Cámara Gesell y en relación a esto se agravia porque el juez confunde el rol que tiene esta licenciada y de cómo se incorpora la evidencia al proceso.

Alega que además el juez omite realizar toda consideración respecto de lo que manifestó la defensa, respecto de que la Fiscalía no presentó ninguna evidencia material que diera verosimilitud a la producción del hecho, no se conocen las dimensiones del mostrador que separaba a C. y la víctima. Además se acreditó que C. tiene paralizado uno de sus brazos.

Por último, refiere que se agravia en virtud de una cuestión dogmática, que tiene que ver con la exigencia del tipo penal: una relativa al tipo subjetivo, esto es el dolo que fue presumido por el juez de la causa, ya que no se incorporó ninguna probanza al respecto, y otra relativa al tipo objetivo ya que la Fiscalía no incorporó probanza alguna con relación al conocimiento por parte de su asistido respecto de la edad de la niña.

Menciona el precedente “Parra” de este Tribunal de Impugnación que considera similar a este caso.

Cita también el fallo “Riquelme” ya que en este proceso tampoco se reprodujo la audiencia de cámara Gesell con lo que se vulneró la garantía de inmediación y oralidad del proceso de corte adversarial.

Solicita en definitiva que se revoque la sentencia condenatoria y se disponga sin reenvío la absolución de su defendido por el beneficio de la duda.

4.2.- Concedida la palabra a la Fiscalía, el doctor Pierroni dice que no comparte los agravios expresados por la defensora. Entiende que el juez ha valorado correctamente la prueba producida en juicio.

Expresa que estamos en presencia de un testimonio único y la verdad a la que arribó el juez de juicio fue construida con la prueba rendida en el juicio. No existe en el caso una selección parcial de pruebas, hay una aplicación de la sana crítica.

En este caso el juez de juicio basó su decisorio sobre el testimonio de la menor brindado en cámara Gesell que fue un relato claro y conciso. Con la declaración de la Lic. Valgoi quedó claro que no realizaba pericia sino que su informe y su declaración en juicio fueron elementos probatorios periféricos. Aclara que si bien la madre declaró que la niña mentía de manera reiterada, ello no implica necesariamente que no haya que creerle respecto al hecho de acusación.

Dice que a ello se agrega la declaración de las personas que escucharon de la propia víctima lo que había ocurrido, que fueron contestes en afirmar el día y la hora en que habría ocurrido. Aduce que no hay razón para descreer de lo que ha dicho la menor.

Respecto de la credibilidad y veracidad de testimonio, dice que la psicóloga que realizó la pericia le ha otorgado credibilidad al relato y la veracidad es la que da el Tribunal analizando toda la prueba rendida. Entiende que la Lic. García Guillen fue contundente al decir cómo fue el relato, claro, coherente, preciso y sin contradicciones y que no había elementos para determinar que haya sido inducida para relatar ese hecho.

Enfatiza que la Fiscalía ha hecho un esfuerzo para acreditar este hecho y lo ha logrado, y que las circunstancias que surgen de las declaraciones le dan credibilidad al testimonio de la menor y no se advierte animosidad contra el imputado.

Agrega que el mismo imputado reconoce haber estado en el negocio el día que la niña fue lo que refuerza la teoría de la Fiscalía.

Con relación a la cita del fallo Riquelme efectuada por la defensa, dice que él entiende que no es aplicable por cuanto aquí la Cámara Gesell se introdujo como anticipo jurisdiccional de prueba.

En cuanto al aspecto subjetivo del tipo penal de abuso sexual, dice que la mayoría de la doctrina que cita, habla de que existe una corriente objetivista que considera que basta con que se configure el tipo objetivo para que se dé el tipo subjetivo. De manera que estando dados los elementos típicos objetivos y subjetivos. Con respecto a la edad de la niña, responde que era irrelevante su consentimiento porque se trata de una niña de 11 años al momento del hecho, por lo que el tipo penal se satisface tal cual lo describe la norma.

Solicita que se confirme la sentencia de condena en todos sus términos.

4.3.- Dada la última palabra a la Defensa, la doctora Delgado dice que en relación a que la prueba fue admitida como anticipo jurisdiccional, ella oportunamente ha realizado las correspondientes reservas de que no pueden admitirse de este modo las cámaras Gesell tomadas bajo el régimen procesal anterior.

Replica al Fiscal en cuanto a su mención a la teoría objetivista porque considera que aquí no se requiere una ultrafinalidad pero si la configuración del tipo subjetivo que exige dolo directo. La Fiscalía consiente lo que dijo el juez de que acreditado el tipo objetivo se presupone el dolo, y esto es incorrecto.

5.- Consta en la sentencia que se acusó al imputado por el siguiente hecho:

"Ocurrido en la localidad de Gral. Enrique Godoy el día 22 de enero de 2016 siendo aproximadamente las 16:00 hs. en el local comercial "....." propiedad de R. R. C. ubicado sobre calle En la oportunidad el acusado se abalanzó de manera intempestiva sobre el mostrador y tocó uno de los pechos de la menor N. M. M., quien al momento del hecho tenía 11 años de edad, siendo el mismo un acto de neto corte sexual y violatorio de los derechos de la menor".

Análisis de in/admisibilidad:

6.- Cabe considerar que el escrito fue presentado en término, por ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, por quien se encuentra legitimado para ello; tratándose de una sentencia definitiva de condena y

por ende una decisión impugnabile en los términos de los arts. 25, 27, 222, 230 y 240 del rito.

A lo expuesto debe sumarse que la impugnación -escrita y luego oralizada resulta autosuficiente por cuanto de la audiencia celebrada fue posible conocer cómo se configuran -a juicio de la recurrente- los motivos de impugnación aducidos y la solución final que proponen.

Por las consideraciones efectuadas, soy de opinión que debe declararse la admisibilidad formal de la impugnación deducida. ASÍ VOTO.

A la misma cuestión el Juez Carlos Mohamed Mussi, dijo:

Adhiero al voto del Dr Zimmermann. ASÍ VOTO.

A la misma cuestión el Juez Miguel Angel Cardella, dijo:

Adhiero al voto del Juez Zimmermann. ASÍ VOTO.

A la segunda cuestión el Juez Adrián Fernando Zimmermann, dijo:

1.- En el primer agravio la defensora afirma que “el encuentro entre la presunta víctima y [su] asistido se produjo promediando el día, en un local (almacén) abierto al público, de acceso público y en circunstancias en que el local se encontraba abierto, circunstancias de tiempo y lugar que torna aun mas inverosímil la existencia del hecho en los términos percibidos por la niña presunta víctima”.

Si bien entiende que esta circunstancia no fue valorada debidamente por el Magistrado sentenciante, su discrepancia es sólo subjetiva pues no ha demostrado el error en el razonamiento del juez en cuanto a que conforme a la prueba producida en el debate “en el instante de los hechos no había testigos en el lugar” (ver declaración de la niña víctima en este sentido -página 4 de la sentencia-), cuestión que confiere credibilidad a la niña.

2.- Sostiene la letrada que la “tesis defensiva final respecto de la inexistencia del hecho histórico denunciado debió prosperar, pues la propia progenitora -M. R. M.- declaró que desde antes de este hecho su hija se encontraba bajo la intervención de Promoción Familiar debido a sus problemas de conducta y a que mentía con frecuencia, situación que se prolongó con posterioridad a la denuncia, restando el magistrado relevancia a semejante aporte de información, que cuanto menos instala con fuerza de duda la veracidad del testimonio de la niña”.

Al respecto, dijo el a quo que sobre la “propensión a mentir, tal el manifiesto de su progenitora -que también aludió a problemas de conducta que en su conjunto motivaron la intervención de Promoción Familiar- lo cierto es que no se advierten en

el testimonio de Cámara Gesell, visos de mendacidad. Por caso, mintió la víctima respecto de su edad, de su nombre, de su grupo familiar? Lo hizo al indicar que el día y hora en cuestión se dirigió a comprar al local de C., que fue atendida por este y que regresó a la casa de su tía? Estas circunstancias, como se expusiera precedentemente, no sólo fueron ratificadas por la tía y la madrina de la niña, sino también por el encartado. Parcializar el relato en verdadero o falso según la conveniencia de las partes no resiste el menor análisis, máxime cuando nada justifique esa modalidad de interpretación, más allá de la omisión de algunos detalles que puedan creerse relevantes. No puede dejarse de lado que se trata del testimonio de una niña de 11 años de edad que sufrió una agresión sexual, por cierto la más leve de las tipificadas en el art. 119 C.P., pero agresión sexual a fin de cuentas, y en ese contexto fue que describió el suceso vivido”.

La crítica no rebate la fundamentación del sentenciante en razón que expone una explicación razonada de la situación en análisis sobre lo que no se demuestra arbitrariedad.

Además, del propio agravio se deduce su ineficacia puesto que la señora M. y su familia sabían que N. mentía y tenía problemas de conducta y por eso contaba con la intervención del Organismo estatal; es decir conocían esas conductas de la niña las que no advirtieron respecto del hecho denunciado en función del contexto en que se produjo y lo expresó por la menor.

3.- Aduce la defensa que cuando la tía de la niña -E. E. mirandasalió a su encuentro “la reprendió por haber tardado mas de lo esperado, circunstancia que bien puede haber operado como móvil para que la niña justificara su tardanza con la situación relatada”.

El planteo carece de eficacia pues desatiende que L. S.

H. manifestó que con su madre E. M. mandaron a su ahijada N. a comprar y “al notar que tardaba, su madre salió a la calle, observando que la niña venía corriendo y llorando trayendo consigo la máquina de afeitar”.

También la declaración de E. M. en cuanto dijo que “le llamó la atención porque había tardado aproximadamente veinte minutos en regresar [...y] que cuando N. volvía lo hacía llorando, trayendo consigo la Prestobarba”.

En otras palabras, la niña volvía llorando a su casa por la situación vivida en el negocio del imputado y no por haber sido reprendida por su tardanza. Además, los testigos señalaron que les llamó la atención esa “tardanza” pero no que tuvieran

intención de reprenderla por ello por lo que también carece de sustento el móvil de justificación señalado.

4.- Plantea que se afectaron las garantías del imputado porque considera lamentable que se haya desnaturalizado el sistema de recepción de prueba testimonial de menores al punto de no saber ya la defensa si dicho acto es un espacio de contención, de protección, si hace las veces de prueba testimonial, pericial, etc.-

La defensora critica así el procedimiento de cámara Gesell en el cual intervienen el juez, el fiscal, un profesional encargado de la entrevista, el imputado y, también, la asistencia técnica de este último.

Es decir que, si advirtió alguna deficiencia en el procedimiento, debió plantearla oportunamente y no al momento de los alegatos o en su impugnación, pues de tal manera no puede desbaratar el avance del proceso cuestionando tardíamente actos consentidos.

5.- Se agravia de que a la Licenciada Valgoi se la interrogó sobre cuestiones propias de credibilidad de psicología del testimonio cuando su rol se limitó a la incorporación de información y no a realizar un análisis sobre aquel aspecto. Señala que el sentenciante concluyó -sobre los informes de las Licenciadas intervinientes que aún cuando “el informe de Valgoi no reviste el carácter de pericia, empero, en su rol de entrevistadora de la menor -lo que implica captar en directo todo lo atinente al testimonio brindado-, sus apreciaciones no pueden ser descartadas de plano sino todo lo contrario”. Reitera la doctora Delgado que una cosa es descartar de plano la apreciación de la Licenciada y otra muy distinta considerarla un aporte relevante en la determinación de credibilidad, cuando no era su función ni misión en el proceso, circunstancia que quedó por demás acreditada con la declaración de la propia psicóloga.

Al respecto -mutatis mutandi- el STJRN “ha dicho que “la declaración de la psicóloga tratante de la menor (quien es un ‘[t]estigo técnico... (y) puede no sólo relatar lo que ha caído bajo la percepción de sus sentidos, sino también adicionarle sus conceptos personales sobre los extremos técnicos o científicos referidos al mismo’, Eduardo M. Jauchen, ‘La Prueba en Materia Penal’, p. 110)” (conf. Se. 88/04, 47/07 y 92/08 STJRNSP; en igual sentido, ver autor citado, Tratado de la prueba en materia penal, ed. Rubinzal Culzoni, 2002, pág. 288)” (Se. 27/13 “Poggi”). Queda así sin eficacia el agravio pues la testigo se expidió sobre la actividad

profesional requerida y también adicionó conceptos personales sobre los extremos técnicos o científicos referidos a la misma. A igual conclusión arribo respecto de consideraciones que carecen de sustento fáctico/científico normativo (v.gr.: cuestionamientos a informes por el tiempo de la entrevista).

6.- Critica la conclusión efectuada por el Juez sobre que pese a conocer la situación de N. M. en cuanto a mentir y comportamientos, no advierte en el testimonio de Cámara Gesell visos de mendacidad. Basa su crítica en que la propia madre dijo que mentía habitualmente y que la niña podría haber interpretado algún gesto de su asistido de manera errada.

En cuanto a lo conocido por la madre de N. e intervención estatal, antes señalé que esa situación también era conocida por L. S. H. y E.

M., y todas coincidieron en la credibilidad de la niña -sobre el hecho relatado en función del contexto de los sucesos y su observación directa de la menor en base a conocerla por su trato habitual.

Respecto de que la niña pudo haber interpretado erróneamente algún gesto, no observo cómo pudo esto suceder en razón de que el imputado extendió su mano “tocándole los brazos y 'apretándole una teta' (indicando gestualmente sobre su propio cuerpo ese accionar)”.

En nada modifica lo anterior que C. tuviera disfuncionalidad en un brazo.

7.- Afirma la recurrente que es arbitraria la decisión porque: 1- la testimonial única debe ser coherente, segura y firme, lo que no ha ocurrido.- 2- Que dicha testimonial se encuentre apuntalada por otros elementos de juicio, inexistentes en el caso pues todas las testimoniales derivan de lo narrado por la única testigo presunta víctima, la prueba pericial es insuficiente y desincriminante.

Dable es destacar que la credibilidad de la niña fue sostenida por su madre, su tía, su madrina, la Lic. Natalia Soledad Valgoi, la Lic. Mónica Lorena García y por el Juez (desde su observación de la cámara Gesell y desde la ponderación del plexo indiciario). Queda así en evidencia la simple discrepancia subjetiva de la impugnante quien omite refutar la prueba referida.

Esta última es la que apuntala el relato de N., pues cada una aportó lo que la niña le contó y su directa percepción de lo vivido en las diferentes oportunidades que cada uno intervino en relación al suceso. Y la concordancia de su ponderación en conjunto es lo que sustenta y brinda veracidad al testimonio

incriminador. De allí que la prueba es suficiente para establecer, mas allá de toda duda razonable, la culpabilidad de C.

8.- El agravio referido a que no se demostró el conocimiento de su defendido respecto de la edad de la niña deja sin rebatir la fundamentación del a quo que se cita en el escrito recursivo: “ante la suposición de la Defensa de que C. desconocía la edad de la víctima y que esta impresionaba mayor edad -sin perjuicio de que en su indagatoria adujo conocer a la niña por haber ido con anterioridad a su comercio junto a su madre y un hermano menor- la descripción que ella hizo de cómo fue el tocamiento, plasmado también en la acusación fiscal -"se abalanzó de manera intempestiva sobre el mostrador y tocó uno de los pechos"-, son suficientes para acreditar que no hubo voluntad alguna para consentir ese accionar más allá de la edad de la víctima”.

Nada dijo la impugnante sobre que de la descripción del hecho imputado surge la ausencia de voluntad para consentir, situación que determina la improcedencia del agravio.

9.- Manifiesta que no se acreditó la existencia del elemento subjetivo del tipo penal atribuido pues su defendido fue categórico en todas las instancias de proceso respecto de su inocencia. Agrega que el magistrado presume su configuración a partir de la constatación de la mera existencia objetiva de los hechos y que la presunción de inocencia debe ser desvirtuada con prueba legal respecto de todos los presupuestos de la imputación, elementos objetivos y subjetivo del tipo, los que en el caso estuvieron ausentes.

Al respecto, dijo el sentenciante que “al planteo de falta de adecuación típica de la conducta, es de destacar que no cabe duda alguna que el accionar de C. tuvo como consecuencia un menoscabo en la integridad sexual de la víctima. Ya sea desde el punto de vista objetivo o subjetivo, no puede tener otra connotación que la referida, o sea, la sexual. Estamos en presencia de un tocamiento a una parte pudenda de la mujer -"apretarle una teta" tal los dichos de la niña- que a todas luces impresiona como inverecundo y cometido contra la voluntad del sujeto pasivo”.

Así, la letrada afirma que la sentencia no menciona el elemento intencional, subjetivo, el dolo del tipo penal.

Yerra la quejosa puesto que el sentenciante estableció una conducta delictiva realizada con conocimiento, intención y voluntad, y en función de no haberse alegado ni demostrado anormalidades jurídicamente relevantes en cuanto

al estado y desarrollo de sus facultades mentales.

Así, es evidente e incontrovertido el contenido sexual, sin ninguna equivocidad, situación que denota la tipicidad subjetiva, la que no puede confundirse con el animus del imputado, pues es un extremo no requerido en el presente.

Al respecto, cabe recordar que “«[o]bjetivamente», el delito exige la realización de hechos corporales de tocamientos o acercamientos con la víctima sin que lleguen al acceso carnal o a su tentativa... Estos actos objetivos deben tener o revestir significados sexuales (actos objetivamente impúdicos, libidinosos, lascivos) ... Atento a ello no podrá negarse un contenido subjetivo al delito pero como bien lo nomina Fontán Balestra, no debe confundirse el dolo con el «animus». «El primero se llena con el conocimiento de la lesión al bien jurídico y no excluye otros ánimos, en tanto que el segundo adquiere significado completando el dolo para hacer aparecer como actos de abuso deshonesto los que en su aspecto objetivo pueden ofrecer dudas»... En conclusión: en la medida que el acto tenga entidad impúdica objetiva tipifica la figura aunque el autor con su «animus» haya tenido fines distintos pero intencionalmente realizados... Pero si por el contrario, el acto objetivamente es indiferente en el terreno sexual o puede tener más de una significación, será el «animus» del autor el que permita su conversión en abuso sexual, situación que el Juez deberá valorar equilibradamente, según las circunstancias del caso' (José Luis Clemente, Abusos Sexuales, Editorial Marcos Lerner, págs. 28/31)” (STJRNS2 Se. 58/12, Se. 348/17 “Poblete”).

En el sub examine, el imputado realizó un acto objetivo con significado sexual (“apretó una teta”) al que no puede negarse contenido subjetivo.

Además, las conductas anteriores, concomitantes y posteriores de la niña y del imputado demuestran la ausencia de equivocidad de lo ocurrido.

Ello así puesto que al “ingresar, C. la atendió, empero al entrar otro cliente, lo atendió a este, continuando con la dicente cuando el hombre se retiró, quedando dentro del local solamente ella y C. Al acercarse a pagar al mostrador, el nombrado, que estaba del otro lado del mismo, extendió sus manos, tocándole los brazos y 'apretándole una teta' (indicando gestualmente sobre su propio cuerpo ese accionar). Ante ello se alejó corriendo del negocio, hacia lo de su tía que la estaba esperando, contándole a ella lo que le había sucedido. Haciendo lo propio posteriormente con su madrina y con su madre cuando arribó al domicilio” (Cámara Gesell, la menor Ni. M. M., citado en la sentencia).

De tal modo surge el fin libidinoso que guió al imputado en la acción ejecutada desechando toda duda en cuanto a su verdadero alcance y significación sexual abusivo.

10.- La defensa citó en apoyo de su postura el precedente de este Cuerpo Res. 61/18 “Parra”; sin embargo, no advierto ni se expresó la analogía del *factum* para, en consecuencia, aplicar su fundamentación.

La letrada también citó la Res. 79/18 “Riquelme” de este Tribunal.

Concretamente, el voto del doctor Cardella en cuanto sostuvo que no valora la cámara Gesell que no se reprodujo en la audiencia de juicio.

Al respecto, al votar en segundo lugar dije que “me atengo a lo acordado por las partes y resuelto por el Tribunal de Juicio sobre su incorporación al debate [...], cuestión firme y consentida; máxime cuando no se alegó [en el juicio] ni se advierte perjuicio ni afectación de derechos ni garantías”.

Reitero esta última postura destacando que los argumentos de la recurrente en nada conmovieron a esos fundamentos.

11.- Conforme a todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar la impugnación deducida. ASÍ VOTO.

A la misma cuestión el Juez Carlos Mohamed Mussi, dijo:

Adhiero al voto del Dr. Zimmermann. ASÍ VOTO.

A la misma cuestión el Juez Miguel Angel Cardella, dijo:

En este caso voy a disentir con mis Colegas del Tribunal, por los siguientes motivos.

El hecho establecido por el Ministerio Público Fiscal como base de su acusación en juicio fue el siguiente:

"Ocurrido en la localidad de Gral. Enrique Godoy el día 22 de enero de 2016 siendo aproximadamente las 16:00 hs. en el local comercial "....." propiedad del R. R. C. ubicado sobre calle En la oportunidad el acusado se abalanzó de manera intempestiva sobre el mostrador y tocó uno de los pechos de la menor N. M. M., quien al momento del hecho tenía II años de edad, siendo el mismo un acto de neto corte sexual y violatorio de los derechos de la menor" –el subrayado me pertenece-

1.- Considero que la Defensa acredita dos agravios presentados y desarrollados en audiencia.

El primero de ello se vincula con la duda razonable.

Según la doctrina “El imputado mantiene como persona su estado de inocencia durante todo el proceso penal hasta tanto se demuestre con certeza su culpabilidad y consecuentemente sea condenado por sentencia firme. En cuanto a la normativa, este principio se desprende de la garantía constitucional de la necesidad del juicio previo para poder ser condenado, previsto en el artículo 18. Pero luego de la reforma constitucional de 1994 surge directa y expresamente del artículo 75 inciso 22, en función del artículo 8º, inciso 2º de la CADH; artículo 26 de la DADDH; artículo 11 de la DUDH y artículo 14 inciso 2º del PIDCP” (Jauchen, Eduardo “Proceso Penal, sistema acusatorio” página 31, Editorial Rubinzal Culzoni, ciudad de Santa Fe, noviembre de 2015).

Esta idea la cierra Maier, cuando indica que la persona al inicio del juicio debe ser tratada como si fuera inocente, y esa presunción repercute en el principio “indubio pro reo” hacia la aplicación del Derecho Procesal Penal, por el cual establece que para llegar a un sentencia condenatoria, esta debe estar fundada en la certeza del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado (Maier, Julio B.J. “Derecho Procesal Penal, Tomo I páginas 460/463, editorial Ad-Hoc, ciudad de Buenos Aires – 2016).

Según Binder, la persona no es culpable si una sentencia no lo declara así, significando ello que sólo una sentencia tiene esa virtualidad, que en ese momento existen solo dos posibilidades: ser declarado inocente o culpable, que esa culpabilidad debe ser jurídicamente construida a través de la certeza, que el imputado no tiene que construir su inocencia, ni puede ser tratado como un culpable (Binder, Alberto Introducción al Derecho Procesal Penal, página 125, editorial Ad-Hoc, ciudad de Buenos Aires, mayo 2002). Esta garantía se expresa en el artículo 8 del CPPRN, que indica que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras una sentencia firme no lo declare culpable. Y en el momento de la decisión jurisdiccional en caso de duda, deberá decidirse lo que sea más favorable al imputado.

Analizando el agravio concreto, observo –por así expresarlo el agravio de la Defensa—que la declaración prestada en juicio por parte del acusado Señor C., según consta en el registro audiovisual, al minuto 20.

En ese momento el imputado es oído por el Juez de juicio y el Fiscal. C. gesticula con sus manos y narra, muestra con sus propios gestos como tomo con su mano derecha una prestobarba y estira su brazo y muestra también su mano

izquierda.

Ese episodio indico la Defensa en juicio (en su alegato)

La sentencia da cuenta, cuando indica que, la defensa expresó:

“Agregó que conforme la probada secuencia del suceso, toma inverosímil la existencia de los tocamientos puesto que la acción de comprar, entregar la mercadería, pagar, sujetar a la víctima y luego tocarla son excluyentes unos con otros, máxime al tener C. una discapacidad en una de sus manos”.

Esa situación genera la duda razonable que el Fiscal no puede desacreditar.

Repito, C., mira al Fiscal y le dice:

“ - le di la maquinita con esta mano (y estira su mano derecha), y continua - ve como tengo esta mano (y muestra su mano izquierda que se advierte paralizada)

¿Cómo la toqué? –pregunta el acusado a viva voz- No hay respuesta.

Y enmarca ese relato en que hace veinte años tuvo que dejar de manejar y atender el negocio por su accidente en la mano.

Al minuto 27:10, el Juez de juicio le consulta al Fiscal si va a contraexaminar a C. porque el acusado dijo que iba a responder preguntas.

El Fiscal, le hizo una pregunta aclaratoria y nada más.

Es decir no contraexaminó al acusado, cuando éste aceptaba responder sus consultas. Era el momento de preguntarle por el hecho, por la condición física de su mano, para recrear el momento del tocamiento, para que describa el mostrador, distancias.

El Fiscal dejó pasar su oportunidad de romper ese principio de inocencia con quien es el imputado. El Señor C. ingreso a la sala de juicio como un inocente, mostró como fue su encuentro con la menor, y el Fiscal no desvirtúa esa situación, mediante la formulación de preguntas al propio acusado. Esa es la destreza sobre el litigio por la cual el Ministerio Público Fiscal debe estar preparado porque carga con la producción de la prueba para presentar una acusación ante los jueces mas allá de toda duda razonable.

Por lo tanto al comenzar del juicio, C. era inocente, y durante su declaración pide se le explique cómo cometió el hecho, y que se le pregunte al respecto, y ahí no hay actividad del Ministerio Público Fiscal y si no existe esa actividad, la jurisdicción no puede suplir esa omisión.

Esa ausencia de contraexamen hace que la acusación pierda toda

credibilidad, porque es la primera vez que el Fiscal puede confrontar toda su evidencia contra el acusado y eso –repito—no sucedió en juicio, y observo que esa tarea la subvierte el juez de juicio en su sentencia condenatoria.

La declaración de C. opone otra hipótesis. Muestra, exhibe, hace visible su problema físico. Estable otra hipótesis probable, de cómo sucedieron los hechos. Basta que la persona acusada produzca duda razonable sobre el hecho para que el Fiscal se esfuerce en desacreditar esa situación, cuestión que no sucedió en ese momento de no examinar al acusado en juicio y confrontarlo con las evidencias de la acusación.

Según nuestro máximo Tribunal, “[E]n el ámbito penal, gobierna un estándar... que reclama que la hipótesis esté confirmada ‘más allá de toda duda razonable’” (STJRNS2 Se. 1/14 “Rojas”, con cita de Octavio Paganelli, “Estándares probatorios, juicios de credibilidad de testigos y riesgo de error judicial”, en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Ed. Abeledo Perrot, 11, pág. 2226”).

En resumen C. no fue tratado como una persona acusada de un delito de conformidad con este principio constitucional.

2.- El otro agravio que acredita la Defensa, es la ausencia de la prueba fundamental en juicio. Esto es la declaración de la menor víctima. Esto no sucedió en la audiencia oral, pública y continua de juicio.

Dice el Juez en su sentencia:

“Basamento principal de este decisorio resulta el testimonio de la menor brindado en Cámara Gesell”

Cuándo, cómo y dónde se reprodujo ese testimonio en juicio. La defensa nos informó que el registro audiovisual no se produjo en juicio, lo que no desmiente el Fiscal. Y así se acredita en la sentencia.

Entonces cómo pudo valorar el Juez, un testimonio que no fue reproducido en la sala de audiencia. Cómo explica el juez de juicio que existió controversia sobre esa declaración.

Es imposible analizar la valoración que realizó el Juez de juicio sobre la Cámara Gesell realizada a la menor, cuando esta no ha sido presentada en la audiencia de juicio –y no me voy a cansar de repetirlo varias veces en este voto--. Si no se produjo en juicio, no existe, porque viola el principio de contradicción (artículo 7 del CPPRN).

Ante este agravio el Fiscal expresó que ese medio de prueba (el dvd de la

Cámara Gesell), fue incorporado según la regla establecida en el artículo 177 del CPPRN, que indica que “sólo podrán ser incorporados al juicio por su lectura las pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la reproducción cuando sea posible” – el subrayado es para resaltar--

La Cámara Gesell, de la menor víctima, no se formuló bajo las garantías del adelanto de prueba del actual Código Procesal Penal, ley 5020. Por lo tanto es incorrecta la información que nos diera en audiencia el Fiscal. Porque lo que se permite introducir es la reproducción de un soporte video digital, donde una de las partes, solicitó el testimonio de la víctima de delito contra la integridad sexual, menores de dieciséis (16) años, bajo la modalidad de Cámara Gesell y con el auxilio de profesionales especializados. Previamente, en esa misma audiencia –oral y contradictoria-- el juez debe hacer saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que deben ser canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor, salvo una opinión favorable de la Defensoría de Menores, advierte ningún riesgo para la víctima menor. Así la ley 5020, bajo los principios de igual de armas fija una audiencia, su registración y garantiza la contradicción.

Ahora bien, aquella Cámara Gesell de la menor víctima, confeccionada bajo el sistema de la ley 2107 no garantizaba el contradictoria, reitero no lo garantizaba, porque en su artículo 229, no tenía esos resguardos formales con garantía al derecho del imputado en juicio, la normalidad es que las preguntas eran redactadas por el juez instructor, de la actuación previa se dejaba un registro en un acta escrita. Esta la diferencia esencial, por la cual digo que no fue un anticipo jurisdiccional de prueba el dvd que no fue exhibido durante el transcurso del debate. Es un resquicio del proceso inquisitivo/mixto que el juez observe el registro audiovisual sin haber sido presentado en juicio, sin el debido contradictorio. No presentar el video de esa entrevista significa que no está garantizado el contradictorio, principio que nuestro código establece como uno de sus pilares. Cuando la doctrina se refiere a estas circunstancias indica que “La diligencia será documentada según las previsiones establecidas para los actos irreproducibles y exhibidos los registros en la audiencia de debate de juicio oral a instancia de parte” (Jauche, Eduardo M. “Proceso Penal. Sistema acusatorio adversarial”, página 253,

Editorial Rubinzal Culzoni, CABA, 2015.

El Fiscal carga con la producción de la prueba. El juez únicamente puede resolver sobre las cuestiones que suceden en la audiencia de juicio.

3.- Le asiste razón a la Defensora, que esta es mi posición tal como surge de mi voto en el caso “Riquelme”.

También dije en “Quintana”, y ratifico que “cuando estamos frente a un delito de dificultosa acreditación probatoria, así lo tienen establecidos nuestros máximos tribunales federal y local (CSJN “VERA ROJAS” y STJ “URSINO”), le corresponde al Ministerio Público Fiscal diseñar un teoría del caso que proteja y acompañe a la única prueba directa que es la víctima. Frente a esa situación la acusación debe realizar sus mayores esfuerzos para acreditar el hecho, porque le incumbe la carga de la prueba (artículo 13 del CPPRN), porque le corresponde la tarea de destruir el estado constitucional y convencional de inocencia. Producir la prueba suficiente en la audiencia de juicio para pedir la condena de una persona más allá de toda duda razonable. Ese esfuerzo no se observa en la acusación cuando no interroga al acusado y cuando no exhibe en juicio su principal testimonio.

Tampoco muestra la acusación por qué no se hizo un video, fotos o planos para tener imágenes visuales del lugar del hecho donde la acusación afirma que hay un mostrador –tampoco se lo consultó cuando C. dijo que iba a responder sus preguntas--.

4.- La Defensa acredita sus agravios, porque el razonamiento del juez de juicio no respetan los principios lógicos del pensamiento y no expresa la adecuada limitación legal, como lo es el estado de duda, según el artículo 8 del CPPRN, en palabras de la CORTE inclinarse por la alternativa fáctica que resulta más favorable al imputado --CSJN “Carrera” – 2016--. Como también la ausencia de la reproducción del testimonio de la menor víctima registrado en soporte digital.

5.- En consecuencia corresponde hacer lugar a la impugnación y declarar la nulidad de la sentencia y absolver al Señor R. R. C., por el hecho por el que había sido acusado (artículo 240 del CPPRN Ley 5020). ASI VOTO.

A la tercera cuestión el Juez Adrián Fernando Zimmermann, dijo:

Que en razón de lo resuelto en la precedente cuestión las costas se imponen a R. R. C. por ser la parte vencida (art. 266, CPP). ASÍ VOTO.

A la misma cuestión el Juez Carlos Mohamed Mussi, dijo:

Adhiero al voto del Dr Zimmermann.. ASÍ VOTO.

A la misma cuestión el Juez Miguel Angel Cardella, dijo:

En atención a mi voto, considero que las costas del juicio no deben ser soportadas por R. R. C. ASÍ VOTO.

Por ello,

EL TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN DE LA PROVINCIA DE RÍO NEGRO
RESUELVE:

Primero: Declarar admisible desde el plano estrictamente formal la impugnación deducida por la defensa de R.R. C.

Segundo:POR MAYORIA: Rechazar la impugnación interpuesta por la Defensora Oficial, doctora Celia Guadalupe Delgado, en representación de R. R. C.

Tercero: POR MAYORIA: Imponer las costas a R. R. C. (art. 266, CPP)

Cuarto: Registrar y notificar.

Firmado por los Jueces, Dres Adrián Fernando Zimmermann, Carlos Mohamed Mussi y Miguel Ángel Cardella.

Protocolo N° 127.