

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 26153/12 STJ

SENTENCIA Nº: 207

PROCESADO: D. A.R.

DELITO: ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR HABER SIDO CON ACCESO  
CARNAL - REITERADO

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 05/12/12

FIRMANTES: BAROTTO MANSILLA SODERO NIEVAS EN ABSTENCIÓN

///MA, de diciembre de 2012.

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: "D., A.R. s/Abuso sexual agravado,  
Juicio s/Casación" (Expte.Nº 26153/12 STJ), puestas a despacho para resolver, y- - - -

CONSIDERANDO:-----

----- Que la deliberación previa a la resolución (cuya constancia obra a fs. 559) ha  
concluido con el acuerdo de los señores Jueces que se transcribe a continuación.- - - El  
señor Juez doctor Sergio M. Barotto dijo:-----

-----1.- Mediante Sentencia Nº 35, del 25 de septiembre de 2012, la Sala A de la Cámara  
en lo Criminal de Viedma resolvió -en lo pertinente- condenar a A.R.D. a la pena de  
siete años de prisión, por considerarlo autor material y penalmente responsable del  
delito de abuso sexual agravado por haber sido con acceso carnal, reiterado (art. 119  
párrafos primero y tercero C.P.).-----

-----2.- Contra lo decidido, la defensa deduce recurso de casación, que es declarado  
admisible por el Tribunal de grado inferior.-----

-----3.- El casacionista señala que planteó como cuestión preliminar, al comienzo del  
debate, la exclusión probatoria del testimonio de la menor en cámara Gesell, toda vez  
que cuando tal prueba fue producida el defensor no pudo entrevistarse con el imputado  
ni hacer su defensa material. Agrega que su planteo fue rechazado, lo que motivó la  
reserva de recurrir en casación.-----

----- Hace luego una reseña de las actuaciones pertinentes y cuestiona los argumentos  
utilizados para desechar su pedido de nulidad, que entiende se encontraba fundado. Cita  
///2.- doctrina legal que considera aplicable y solicita que se excluya el testimonio de la

menor C.T.J.M.- - - - -

----- A continuación refiere los defectos en la fundamentación de la sentencia y critica la afirmación del juzgador de haber seguido el sistema de las libres convicciones. Alude a que el uso de frases genéricas provoca indefensión, pues no se ha explicado cómo se valoraron los medios de prueba, ni en conjunto ni por separado.- - - - -

----- Ya en el tratamiento de los dichos de la menor en cámara Gesell, aduce que estos no fueron ponderados de modo suficiente, y señala que no se observa el registro o indicio de penetración. Hace una introducción en cuanto a la necesaria especialización de quien realice la entrevista con esta modalidad y alega que, en el caso, la menor fue preguntada y repreguntada hasta el hartazgo. Contrariamente a lo establecido en el informe de la entrevistadora, “observa una menor que no parece tener nada para decir. No hay un relato fluido ni espontáneo”. Insiste en que se trata de preguntas sugerentes y sugestivas, con apremios a partir del minuto 58.- - - - -

----- También argumenta que la sentencia no aclara que las expresiones que transcribe no son las manifestaciones de la menor, sino que provienen de respuestas monosilábicas a preguntas de la profesional, y hace una especial referencia al uso de un muñeco en la cámara Gesell, y cita a un articulista en cuanto al uso prudente de muñecos sexuados “y sólo para tratar casos con evidencia física o constatación de la Ciencia Jurídica”. Plantea que esto puede revictimizar a los niños abusados, y añade que tal forma de proceder

///3.- significa para el imputado la exposición a que se obtengan datos falsos o tergiversados que lo incriminen.- -

----- Además, afirma que la entrevistadora se extralimitó en la realización de su informe, y menciona la Resolución 163/07 STJ. Vuelve a negar que se trate de un relato espontáneo, ordenado o lógico, y critica el mérito de la prueba testimonial.- - - - -

- - - - -

----- A lo anterior suma la omisión de prueba -cámaras Gesell de los hermanos de la menor C.T., que eran contrarios y descartaban la hipótesis de la penetración-, y se ocupa de la prueba pericial, que considera no analizada ni merituada. Asimismo, cuestiona los criterios para evaluar la credibilidad del testimonio de la menor y también el mérito del informe psicológico forense del imputado.- - - - -

----- Por lo anterior, señala un error en la aplicación del derecho de fondo -inc. 3º del art. 119 C.P.- en cuanto a la existencia de penetración, y por último se agravia respecto de la falta de fundamentación de la pena impuesta.- - - - -

-----4.- Nulidad y exclusión de la declaración de la menor víctima C.T.J.M. en cámara

Gesell:- - - - -

----- En cuanto al planteo de nulidad de la declaración de la menor víctima C.T.J.M en cámara Gesell, este debe ser desechado a poco que se examine que es la propia defensa la que la ofreció como prueba -acta de cámara Gesell de fs. 40 e Informe de la Licenciada en Psicología que realizó la entrevista, de fs. 57/59-, por lo que no podría venir aquí a plantear su falta de eficacia.- - - - -

----- El ofrecimiento de la prueba por parte de la defensa implica su interés en que sea aceptada -ordenada- por el

///4.- Tribunal para el proceso, luego de lo cual no puede siquiera desistirla o renunciarla de modo unilateral (ver Navarro y Daray, Código Procesal Penal de la Nación, Tº 2, págs. 977/978, y Gerome, “La Prueba, ¿puede ser producida por quien no la ofreció?”, en DJ 2007-III, 383). Menos aun puede solicitar su exclusión como cuestión preliminar al debate con el argumento de que fue realizada con intervención de la Defensora Oficial subrogante, que no había tomado contacto previo con el imputado (fs. 505 y art. 352 C.P.P.).- - - -

----- Entiendo que la contradicción en la conducta procesal de la defensa es obvia: el ofrecimiento de la prueba es la manifestación de la pretensión de la parte interesada para que se incorpore al juicio (Jauchen, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tº II, p. 671), por lo que no puede solicitar su exclusión al inicio del debate, ni tampoco agravarse del rechazo del planteo.- - - - -

----- Esto no implica restringir las facultades probatorias de la defensa, sino explicitar que no puede pretender que la prueba por ella ofrecida carezca de efectos procesales. “La valoración de la presunta utilidad queda relegada al exclusivo criterio de quien pretende probar con el medio ofrecido” (Clariá Olmedo, Tratado..., Tº VI, pág. 217).- - - -

----- El “... punto puede ser analizado bajo la doctrina de los actos propios, pues ‘... en la casación debe prevalecer la idea de que no existe interés recursivo para cuestionar aquellos aspectos de la sentencia en los que se recoge lo acordado, toda vez que no hay agravio mensurable que permita discutir lo que uno mismo ha consentido. La tesis representa, en algún sentido, una derivación de la doctrina

///5.- de los actos propios: no puede cuestionarse en sede recursiva lo que se aceptó expresamente ante el órgano... [jurisdiccional] (cf. Se. 206/06 y 121/07 STJRNSP)’ (ver Se. 72/09 STJRNSP), en tanto son los imputados... los que remiten a sus anteriores declaraciones” (Se. 145/10 STJRNSP).- - - -

-----5.- Utilización del método de las libre convicciones:-

----- El agravio debe ser desestimado atento al art. 374 del rito: “El tribunal dictará sentencia por mayoría de votos, valorando las pruebas recibidas, y los actos del debate conforme al sistema de la libre convicción...”.- - - - -

----- “El principio de la libre convicción no equivale a íntimo convencimiento y la ley requiere que la certeza del Juez derive de los hechos examinados y no sólo de los propios elementos psicológicos internos (Cf. Núñez, Código Procesal penal de Córdoba, pág. 375)” (Se. 95/96 STJRNSP).-

-----6.- Mérito de la declaración de la menor víctima en cámara Gesell:- - - - -  
- - - - -

-----6.1.- Incompetencia de la profesional interviniente.- -

----- En cuanto a la regularidad del acto, la defensa alega que el art. 234 del Código Procesal Penal exige a dicha profesional la calidad habilitante, mientras que el art. 229 inc. 1º establece que los menores solo podrán ser entrevistados por un psicólogo o médico psiquiatra especialista en niños y/o adolescentes.- - - - -

----- Si bien el planteo no hace referencia expresa a una solicitud de nulidad del acto, eventualmente corresponde su rechazo por consideraciones similares a las vertidas en el punto 4.- - - - -

----- Agrego que el eventual incumplimiento de las formas

///6.- previstas en el inc. a) del art. 229 del código adjetivo -que regula expresamente la participación de los profesionales en la entrevista a los niños y/o adolescentes- no está prescripto bajo sanción de nulidad.- - - - -

----- “El principio de taxatividad se cumple si las sanciones están contenidas en la ley procesal penal o en otras leyes procesales en los casos en que deben ser aplicadas, lo que no ocurre en el sub examine, por cuanto el art. ... del Código Procesal Penal no contiene sanción de nulidad...” (Se. 14/07 STJRNSP).- - - - -

----- A ello sumo que la declaración de los menores mediante el sistema propuesto por el art. 229 del rito es una medida tendiente a la protección de las personas víctimas de este delito para que su testimonio sea prestado en condiciones especiales de cuidado - entrevista por un psicólogo o psiquiatra especialista- y tiene como finalidad evitar la revictimización del damnificado, considerando que el niño abusado no está en condiciones de ser interrogado por un tribunal judicial ni por las partes.- - - - -

----- Por lo tanto, la forma que la defensa denuncia incumplida -profesional interviniente sin la especialización requerida- se encuentra establecida a favor de los intereses de la

menor, por lo que no podría venir ahora a invocarla para los suyos, que son contrarios a los de aquella.- - - -

----- “... De tal modo, el recurrente carece de legitimación activa para hacerlo pues aparece defendiendo el interés de un tercero, que es a quien eventualmente- corresponde tal tarea” (conf. Se. 35/04 y 90/05 STJRNSP).- - - - -

-----6.2.- La defensa también se agravia porque las

///7.- conclusiones del informe de la psicóloga entrevistadora serían contrarios a lo observado en la declaración registrada en cámara Gesell. Así, afirma que no hay un relato fluido ni espontáneo, que la profesional forzó la situación, que los recuerdos colaterales fueron dirigidos y provocados por la acción de la terapeuta, que las preguntas eran inductivas y que hubo presiones y apremios tendientes a conseguir un relato. También critica que se haya utilizado un muñeco sexuado, lo que se encuentra fuertemente cuestionado y desaconsejado en el campo de la psicología del A.S.I., ante la posibilidad de obtener datos falsos o tergiversados.- - - - -

----- Los agravios no pueden ser atendidos a poco que se examine el informe del psicólogo forense fs. 209/212, en cuya metodología también incluye el análisis de las declaraciones de la menor realizadas bajo sistema de cámara Gesell.- - - - -

- - - - -

----- Al respecto, en el subpunto 2.6 (“Examen respecto de la credibilidad de la declaración de la menor”), se advierte que el perito ha utilizado el sistema SVA, con la escala CBCA en cuanto los criterios de credibilidad, cuya presencia en la declaración de la menor es un indicador de que esta se basa en la experiencia personal del narrador más que en construcciones imaginativas, mentiras o sugerencias.- - - -

----- De tal modo, estimó que el resto tiene una estructura lógica -sin incoherencias o inconsistencias-, que su producción fue inestructurada -impresionó sin rigidez, plástico, “si bien no se mostró espontáneo dado que debió ser guiado por la extrema introversión de la menor”-, y

///8.- aportó detalles sobre circunstancias, tiempo aproximado, lugar y personas relacionadas con los eventos investigados, con engranaje contextual -tiempo y lugar-; también observa la descripción de interacciones entre la menor y el imputado (las que esta relató), reprodujo conversaciones (lo que permite una descripción del estado mental del niño), proporcionó detalles superfluos (enumerados), y expuso detalles y características de la agresión.- - - - -

----- Finalmente, señalo que el perito encontró presentes al menos nueve criterios para

considerar al testimonio como creíble en contextos forenses.- - - - -

----- Respecto de dicha prueba, la defensa se limita a sostener que: i) los criterios del SCBA para la validez del testimonio se encuentran cuestionados; ii) el CBCA se ha aplicado sin ninguna prudencia, y iii) se requería de la correcta implementación de tres componentes interdependientes -entrevista estructurada, el CBCA y su integración con un set de preguntas denominado Lista de Validez.- - - - -

----- Señalado lo anterior, advierto que la afirmación de que el sistema se encuentra cuestionado no es argumento suficiente para desacreditarlo.- - - - -

----- En cuanto a la completitud de la metodología utilizada, anoto: i) que la entrevista fue efectivamente realizada mediante el sistema de cámara Gesell (primer componente); ii) que se siguió el sistema CBCA (análisis de contenido basado en criterios para la evaluación de credibilidad del testimonio), tal como fue reseñado supra

///9.- (segundo componente), y iii) que, acerca de la lista de validez, el perito ha analizado las características psicológicas de la menor y refirió que la calidad de sus esfuerzos para focalizar su atención con precisión y sintetizar aspectos de su experiencia se encuentran dentro del promedio para su edad; evaluó sus posibilidades para formar impresiones precisas por sí misma y percibir acontecimientos en formas convencionales y estableció que la peritada ostenta aptitud para pensar lógica y coherentemente y es capaz de arribar a conclusiones razonables acerca de relaciones entre acontecimientos (conceptualización).- - - -

----- También pongo de resalto que, en cuanto a las características de la entrevista, el perito advirtió que el relato de la menor debió ser guiado por su extrema introversión, y que en el subpunto 2.4 del informe en lo que hace al contexto de la revelación- dio cuenta de la información relevante sobre los eventos investigados y agregó otro recuerdo evocado por la menor. Destaco que el contexto de la revelación fue puesto de manifiesto por la madre de la menor en su denuncia.- - - - -

----- Por último, el perito abordó las cuestiones de la investigación en el subpunto referido a la exposición de detalles característicos de la agresión y afirmó que la víctima “describe eventos e interacciones que se ajustan a los conocimientos que la criminología y más específicamente la psicología del testimonio han acuñado”; entonces, lo declarado es consistente con las leyes de la naturaleza y

-agrego- con otras declaraciones y otras pruebas (tercer componente).- - - - -  
- - - - -

///10.-- Por lo tanto, la prueba mencionada es la que reviste el carácter de peritaje,

mientras que el informe del profesional entrevistador solo es un informe clínico que debe dar cuenta del estado psíquico-anímico de la menor

-Resolución N° 163/07 STJ-, lo que así hace “al recordar los hechos le provocó un estado de angustia, ansiedad, temor, pudor y vergüenza, manteniendo un timbre y un tono de voz muy suave”. De tal manera, ambos se complementan -pues aportan datos diferentes- y validan.- - - - -

----- En lo referido a la utilización de un muñeco sexuado en la entrevista, anoto que en su agravio la propia defensa da cuenta de la excepción que la permite -solo para tratar casos con evidencia física-, que es lo que ocurre en el caso, en atención al informe del médico forense que certifica que la menor presenta al examen ginecológico “un himen desgarrado de larga data compatible o consecuencia de la penetración de un cuerpo rígido y duro como puede ser un pene en erección”.- - - - -

-----6.3.- Análisis de la prueba testimonial respecto del indicio de oportunidad y presencia física del imputado:- - -

----- En oposición a lo afirmado por la defensa, el juzgador analizó la prueba de descargo y concluyó que no era apta para configurar un contraindicio, toda vez que, si bien C.R.G. dijo haber dejado al imputado en un campo para realizar una esquila, ello no imposibilita que este haya concurrido al lugar de los hechos en alguno de los momentos denunciados durante el período de tiempo que va desde la finalización del período lectivo escolar 2010 de la menor y el 23 de enero de 2011, dada la cercanía entre ambos

///11.- lugares.- - - - -

----- Por su parte, C.D.A. expresó que “no se puede precisar la fecha en la que (el imputado) está en San Javier”. A su vez S.R.P., si bien declaró que el imputado se encontraba cuidando su campo, relató que esto ocurrió hasta el 9 o 10 de enero de 2011, oportunidad en la que “salió del campo para cobrar una jubilación que tiene y de allí se iba a San Javier, que de ahí no lo vio más”.- - -

----- Por lo tanto, igualmente queda un lapso del tiempo reprochado hasta el 23 de enero de 2011.- - - - -

----- Recuérdese asimismo que tanto la menor como sus padres narraron que, por sus ocupaciones, esta se quedaba sola en la casa junto con los hermanos menores.- - - - -  
- - - -

----- G.M.O. declaró que vio al imputado cruzar “el cerco para lo de T.” y que este estaba más por San Javier atento al cobro de su jubilación. Más precisamente, a fs. 339

narró que “desde su comercio se puede apreciar el costado de la casa de N. (madre de la víctima) y en una oportunidad vio que T. (por el imputado) levantaba la pierna, cruzaba y pasaba al terreno de N.M.”.-

----- Por lo tanto, contrariamente a lo alegado por la defensa, esta última declaración, aunada a lo sostenido por la menor y a la precariedad de los cercos de cantonera utilizados para separar las viviendas del imputado y la víctima (fs. 171/172), permiten tener por acreditado el indicio de oportunidad y presencia física meritado por el juzgador.- - - - -

-----6.4.- La prueba de la penetración:- - - - -

----- Dicho extremo fáctico se acredita con la declaración

///12.- de S.D.J. -padre de la víctima-, quien sostuvo que esta le refirió que, luego de bajarle el pantalón y la ropa interior, el imputado la había sometido sexualmente por vía vaginal. “La primera vez D. la había ensuciado cerca de su parte íntima con baba ‘sic’ y que luego de eso estuvo dos días con mucho dolor (en)... la panza” (fs. 19 vta. y 29), dato que se reitera a fs. 34 vta., y agregó: “él se le subía y ‘me daba y me empujaba’”.-

- - - -

----- En lo pertinente, la madre de la menor, N.M., relató que su hija le dijo que el imputado la había violado y que le había hecho cosas de grande. La “primera vez que había abusado de ella, éste la había lastimado (en)... la zona vaginal y le había dolido”, y “le metió el dedo abajo y que también le metía el pito” (fs. 38/39).- - - -

----- Asimismo, la menor relató haber sido violada y ejemplificó la situación con una muñeca desnuda y una lapicera para demostrar la posición de los cuerpos, lo que es compatible con un acto sexual que incluye acceso carnal por vía vaginal.- - - - -

- - - - -

----- El informe médico forense de fs. 131 y vta. establece que el examen ginecológico evidencia un himen desgarrado de larga data, y que el desgarro puede corresponder a o ser compatible con la penetración de un cuerpo rígido y duro como puede ser un pene en erección, de data mayor a diez días, a contar desde el momento del examen (desfloración antigua). Destaco que, según afirmó el perito, el examen fue realizado el día 28 de enero de 2011, por lo que se correlaciona -en efecto- con los hechos reprochados y manifestados por la menor.- - - - -

///13.-- Así, esta dijo que el imputado cruzó el cerco y tocó la puerta de atrás; que ella estaba limpiando y abrió la puerta; que el imputado la llevó a la pieza (de la casa lindera), que era la primera vez que iba y que la pieza era chica. Narró que la llevó más

de una vez a la pieza, que el imputado cerró todo, puerta y ventana, y le dijo que no dijera nada; que ambos estaban parados y D. la agarraba de los brazos. La víctima describió la pieza, enumeró algunos de los elementos vistos -heladera blanca, garrafa, guitarra-, y contó que le sacó el pantalón y la acostó en la cama, que le tenía las manos, que se acostó al lado y que ahí de acuerdo con lo registrado en cámara Gesell, ubicó una birome con su mano arriba de una muñeca- el imputado le dio besos en la boca y se quedó arriba de ella, y señala que le puso lo que tiene en la cola de adelante; afirmó que le pasó muchas veces, siempre con "T." (apodo del imputado).-

----- En el texto escrito por la menor -que forma parte de la cámara Gesell, fs. 60-, esta desarrolló un relato compatible con lo dicho verbal y gestualmente, en síntesis, que A.R.D. la llevó a la fuerza a su cama y la empezó a violar.- - - - -

-

----- Por lo tanto, es la totalidad de la prueba  
-testimonial, pericial e indiciaria-, interpretada de modo integral, la que permite sostener la existencia del acceso carnal y, por tanto, la correcta subsunción jurídica del hecho.- -

- - - - -

-----7.- Los fundamentos de la pena impuesta:- - - - -

----- La defensa aduce que la fundamentación en este punto es solo aparente e incompleta, y que su generalidad no

///14.- permite criticar separadamente sus argumentos. Agrega que, al ser desconocido el daño causado, este no puede ser tomado en cuenta como un agravante, máxime cuando no aparecen elementos de juicio al respecto.- - - - -

----- A.R.D. fue condenado como autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por haber sido con acceso carnal, reiterado (art. 119 párrafos primero y tercero C.P.), por lo que la pena prevista es de seis a quince años de reclusión o prisión.- -

----- En consecuencia, la sanción seleccionada (siete años de prisión) se acerca mucho más al mínimo que al máximo permitido por la escala. Además, por la propia calificación, el juzgador tuvo por acreditada la comisión de delitos reiterados, que en la hipótesis más favorable al imputado se trata de un delito continuado y no varios que conforman un concurso real.- - - - -

----- No obstante ello, la propia reiteración posibilita apartarse del mínimo de la escala mencionada, dado que el injusto es mayor -no es lo mismo cometer un solo hecho delictivo que varios, aunque fueran dependientes. Esto no requiere mayores

explicaciones para su comprensión.- - - -

----- Asimismo, en la crítica puntual de la defensa -falta de acreditación del daño, lo que imposibilita conceptuarlo como circunstancia agravante-, solo cabe remitir a las conclusiones del psicólogo forense en el informe tratado precedentemente,, en tanto se determinó la existencia en la menor de una signomatología “compatible con un trastorno de estrés post trauma, según criterios diagnósticos estipulados por los manuales de diagnóstico de trastornos mentales (DSM-

///15.- IV-TR)”.- - - - -

----- En tales condiciones, ante circunstancias eminentemente valorativas y de difícil objetivación, no puede estimarse que la pena impuesta sea injusta, degradante o inhumana.- - - - -

-----8.- Conclusión:- - - - -

----- Revisada de modo integral la sentencia en el marco de los agravios deducidos, una mejor administración de justicia aconseja negar la instancia de aquellos recursos que manifiestamente no puedan prosperar, por ausencia de una crítica concreta y razonada de lo decidido, atento al art. 18 de la Constitución Nacional, que manda a terminar en el menor tiempo posible con la situación de incertidumbre que todo proceso penal abierto conlleva.- - - - -

----- Por lo tanto, propongo al Acuerdo declarar inadmisibile el recurso de casación deducido en autos, con costas. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:- - - - -

----- Adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:-  
- - -

----- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -  
- -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Declarar formalmente inadmisibile el recurso de

----- casación deducido a fs. 533/545 vta. de las

///16.- presentes actuaciones por el doctor Emiliano Gallego en representación de

A.R.D., con costas, y, atento a que ha sido revisada en forma integral, confirmar en todas sus partes la Sentencia N° 35/12 de la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma.- - - - - Segundo: Registrar, notificar y oportunamente devolver los

----- autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 13

SENTENCIA: 207

FOLIOS: 2570/2585

SECRETARÍA: 2