

ACUERDO N° 40/2010: En la ciudad de **Neuquén**, capital de la Provincia del mismo nombre, a los seis días del mes de octubre del año dos mil diez, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores ANTONIO G. LABATE y LELIA G. MARTÍNEZ DE CORVALÁN, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA, para dictar sentencia en los autos caratulados "C. L., G. M. S/ Abuso Sexual" (expte. n° 155 - año 2008) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: Que por sentencia n° 26/2.008 (fs. 179/197 vta.), la Cámara en lo Criminal Segunda de esta ciudad resolvió, en lo aquí relevante, condenar a G. M. C. L. por reputarlo autor penalmente responsable de los delitos de Abuso Sexual y Abuso Sexual con acceso carnal en concurso real entre sí (arts. 119, párrafos primero y tercero, y art. 55, todos del C.P.), a la pena de ocho años de prisión, más la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de privación de libertad y demás del artículo 12 del Código Penal y el afronte de las costas del proceso. En contra de tal resolución, la defensa del enjuiciado, representada por el señor Defensor Oficial de Cámara, Dr. Gustavo L. Vitale, interpuso recurso de casación a su favor (fs. 199/204). El mismo fue declarado admisible por R.I. n° 65/2009 de este Tribunal Superior de Justicia (fs. 213/215). Por aplicación de la ley 2.153 de reformas del Código Procesal (ley 1.677), y lo dispuesto en el art. 424 párrafo 2° del C.P.P. y C., ante el requerimiento formulado, el recurrente no hizo uso de la facultad allí acordada, por lo que a fs. 221 se produjo el llamado de autos para sentencia. Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dra. Lelia G. Martínez de Corvalán y Dr. Antonio G. Labate. Cumplido el proceso deliberativo que prevé el art. 427 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

CUESTIONES:

- 1°) Es procedente el recurso de casación interpuesto?;
- 2°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y
- 3°) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión la Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALÁN, dijo: I.- El tribunal que dictó la sentencia apelada tuvo por definitivamente probado que el imputado de marras, en un número de oportunidades no determinado, abusó sexualmente de las menores "P.A.N.P." y "J.M.C." en las circunstancias témporo- espaciales que se reseñan a fs. 179 vta.; consistiendo ello en "...por lo menos manoseos que incluyeron sus genitales y mamas (incipientes, debemos suponer en „P.A.N.P.., glúteos, ano; descubrimiento de esas partes (bajarles el pantalón, levantarle la remera a „P.A.N.P.. –por lo menos-). Y también está probado, más allá de toda duda razonable, que „J.M.C.. fue accedida carnalmente. Respecto de P.A.N.P.. se puede sospechar penetración parcial o intento de penetración, impedido, sencillamente, por la anatomía; pero no lo podemos incluir porque no lo hizo el requerimiento (ni el alegato final de la Fiscalía) [...] ninguna de las dos había llegado a los trece años ni siquiera por la fecha del develamiento..." (cfr. fs. 192).

El recurso de casación interpuesto, por su parte, se encaminó a cuestionar la validez de la sentencia desde dos planos: a) por estimar que ponderó prueba ilegal (con referencia a la "Cámara Gesell" prevista en el artículo 225 bis del C.P.P. y C.), realizada con las menores víctimas en la etapa instructoria, en cuanto afectaría el derecho a interrogar a los testigos de cargo; y b) por ser auto-contradictoria, pues no obstante advertir los mismos magistrados sentenciadores la inconstitucionalidad de la norma que prevé tales modalidades de encuesta, las tuvieron en cuenta como elemento basal para fundamentar su fallo. Conforme a lo anterior requirió el señor Defensor de Cámara que, "...aplicando los propios términos de la sentencia- se declare la nulidad absoluta de la prueba esencial a la que se refiere este recurso –Cámara Gesell- y, en consecuencia, se absuelva de culpa y cargo a nuestro defendido por el hecho imputado, por falta de pruebas suficientes para reunir la necesaria certeza para condenar. Subsidiariamente [...] se declare la nulidad absoluta de la sentencia por arbitrariedad, debido a su auto-contradicción, al cuestionar la constitucionalidad de la Cámara Gesell y al mismo tiempo apoyar en ella toda la prueba esencial para emitir un fallo condenatorio..." (cfr. fs. 203 vta.).

II.- Que luego de analizado el recurso, la sentencia cuestionada así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de la Defensa, soy de opinión –y así lo propongo al Acuerdo– que la casación deducida debe ser declarada improcedente.

El primer embate a partir del cual el Dr. Vitale pretende la absolucón de su asistido tiene dos obstáculos infranqueables que llevan a su rechazo: el primero, que el cauce de casación elegido, referido a la inobservancia de normas procesales de raigambre constitucional llevaría –para el caso de verificarse- no ya a la absolucón que reclama, sino a la anulacón de la sentencia y al posterior reenvío del legajo para la celebracón de un nuevo juicio con todas las garantías que se entienden afectadas (art. 429 del C.P.P. y C.); el segundo, más importante que el anterior, que de estar a los propios términos de la sentencia, la exploracón de las niñas a través de la cámara Gesell no se ha reputado inválida en sí misma, tal como pareciera surgir de la transcripcón parcializada del documento impugnativo. Repárese, para ello, en el sentido completo del razonamiento del tribunal de instancia::

"...El Defensor hizo una objeción que no pude entender. Decía que en esas condiciones se vulneraba el derecho del imputado a preguntar, a través de la Defensa, a las testigos. Reconoció que en las tres diligencias estuvo presente un Defensor Oficial [que pudo preguntar, si lo deseaba]. No cuestionó la validez constitucional de la Ley (art. 25 bis del C.P.P. [s.L. 2.523]) que nos impide traer a las niñas al debate (yo sí la cuestiono) [...] Sí es lógico que cuestione la grabación porque no se oye. Pero las de las dos víctimas hipotéticas fueron transcriptas (fs. 103/114) [...] estas transcripciones fueron leídas – decía- en presencia de la Lic. Ortiz. Preguntada, dijo que era así, efectivamente, lo que ella había vivido. Lo que ella había preguntado, lo que cada una de las niñas había contestado (es decir: son fidedignas, en la medida en que el experto pudo hacer la transcripción; lo que sabemos por una fuente directa y, al menos en esto confiable) [...] Hay que tener en cuenta que el inc. d del citado artículo prevé varias opciones para el registro de la entrevista, pero ninguna de ellas como forzosa. Si aislamos el texto, pareciera que ni siquiera es forzoso el registro mismo; más teniendo en cuenta que el menor entrevistado no puede ser convocado al juicio (art. 3° de la ley 2.523 misma técnica legislativa por lo menos desordenada; esas prohibiciones son lo que hace problemática la constitucionalidad de la norma –arts. 8° inc. 2, apartado f del Pacto de S. José de Costa Rica y 14, inc. 3, apartado e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 75 inc. 22 C.N. [...] Entonces, si el letrado no se queja de la ley misma, ni de no haber podido preguntar en el debate (porque acepta el procedimiento de la ley), si pudo ver y vio a las niñas (en imagen grabada), su modo de declarar, sus gestos, posiciones, movimientos; su fisonomía; y pudo acceder al texto histórico de las diligencias, al menos en parte, aceptando que se realizaron con audiencia de su parte (presencia de un defensor letrado, que tuvo la posibilidad de designar otro profesional para que acompañe al entrevistador y actúa „conjuntamente. con él (en esa entrevista), no se ve en qué puede consistir el perjuicio que pretende, cuál es el fundamento de su objeción, ni porqué cree que las diligencias que nos ocupan no son admisibles como prueba, eventualmente de cargo..." (fs. 182 vta./183 vta.). Despejada así la duda en torno a la validez de la prueba ponderada y su correcta introducción a la etapa de plenario, el restante agravio derivado del anterior tampoco puede ser atendido.

Esto lo afirmo, en tanto la propia sentencia se encargó de explicar que la objeción constitucional que abstractamente cabría efectuarle a la norma no radica en el contenido mismo de aquella prueba anticipada (ponderada en términos racionales, tópico en el cual no hubo cuestionamientos en la apelación), sino más bien en el impedimento legal de convocar nuevamente a las niñas víctimas de abuso sexual; aspecto que, en el caso concreto (como expresamente lo resalta el pronunciamiento recurrido), no se verificó en tanto la propia defensa, además de no haber intentado esa convocatoria, no propuso que esa prohibición le haya producido aflicción alguna. Lo dicho hasta aquí cabría para descartar cualquier vicio de factura en la sentencia y rechazar el recurso interpuesto. No obstante, la objeción constitucional mencionada en abstracto por el tribunal de la instancia anterior me lleva a realizar, a mayor abundamiento, una precisión en torno a este punto: El artículo 225 bis del C.P.P. y C. (en su versión actual, dada por Ley Provincial n° 2.617, modificatoria de la anterior n° 2.523 a que se alude en la sentencia), establece, en lo aquí destacable, lo siguiente:

"(...) Cuando se trate de víctimas o testigos de los delitos tipificados en el Código Penal, Libro Segundo, Título III, que a la fecha en que se requiera su comparencia no hayan cumplido los dieciséis (16) años de edad, se debe seguir el siguiente procedimiento:

Los/as niños/as y/o adolescentes aludidos sólo deben ser entrevistados, por medio de una audiencia que será videograbada en Cámara Gesell o similar, por un psicólogo especialista en niños/as y/o adolescentes, que en ningún caso podrá ser el terapeuta que haya intervenido en el tratamiento del niño/a y/o adolescente a entrevistarse, designado por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes. b) Se dejará constancia de la entrevista en soporte audiovisual. c) El acto se debe llevar a cabo en un gabinete acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del/la niño/a y/o adolescente de que se trate. d) En el plazo que el tribunal disponga el profesional actuante debe elevar un informe detallado con las conclusiones a las que arribe. e) A pedido de parte o si el tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto pueden ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. El juez de Instrucción o el tribunal de juicio, de oficio o a pedido de parte, en forma excepcional y en casos debidamente fundados, podrá citar nuevamente al niño/a y/o adolescente con el objeto de ser entrevistado bajo las mismas condiciones que describe el presente artículo. La decisión será inapelable. En tal caso, en forma previa a la iniciación del acto, el juez o tribunal debe hacer saber al profesional a cargo de la entrevista, las inquietudes y preguntas propuestas por las partes, que como condición de validez del acto deberán ser notificadas previamente al sospechado, con el fin de estar a derecho en el proceso con la asistencia legal correspondiente. El juez deberá tomar las medidas tendientes a impedir cualquier tipo de contacto de la víctima con el sospechado, en resguardo y protección del niño/a y/o adolescente. En ese sentido, bajo ningún concepto podrá presenciar el acto el sospechado como autor, cómplice o instigador del hecho [...]. Las partes podrán designar un psicólogo especialista para que intervenga en el acto y participe desde la sala de observación, pudiendo solicitar al juez o al tribunal, según el caso, un espacio de interconsulta con el psicólogo que lleva adelante la entrevista. El juez o el tribunal podrá ordenar de oficio o a pedido del psicólogo oficial interviniente los estudios técnicos que resultaren menester. La prueba testimonial recibida, cualquiera sea la naturaleza

del proceso que se siga con relación al abuso sexual de las víctimas, debe ser preservada tomando los recaudos técnicos necesarios a los efectos de evitar el deterioro o destrucción de la cinta y preservar así su valor probatorio." (el destacado es propio).

La norma en análisis pondría en aparente confrontación dos principios constitucionalmente reconocidos, como son: el interés superior del niño, patentizado en este caso en la imposibilidad legal de ser interrogado en el juicio como forma de evitar un agravamiento de las consecuencias inherentes al abuso sexual sufrido (vgr. sortear la llamada "revictimización", "victimización judicial" o "victimización secundaria") y el derecho de todo imputado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él en el acto del juicio oral.

Decía previamente que esta contradicción resultaría a primera vista "aparente" pues, como lo destaca Ricardo Luis Lorenzetti, en opinión que hago propia, "(...) La decisión de un jurista puede ser analizada como un modelo de adjudicación.. Si un juez o un legislador pudieran dar a todos los mismos derechos no habría necesidad de solucionar ningún conflicto. La realidad es que hay proliferación de derechos y escasez de bienes; derechos que colisionan entre sí y es necesario adjudicar [...] Lo expresado acerca del juicio de ponderación y del modelo de adjudicación de bienes escasos son desarrollos más específicos de una antigua regla de interpretación: los derechos consagrados en la Constitución deben ser interpretados armónicamente, de modo que unos no excluyan a otros..." ("Teoría de la Decisión Judicial", Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, pág. 256).

En idéntica sintonía, nuestro Máximo Tribunal Nacional ha establecido como doctrina que "...Cuando se plantea un conflicto de normas constitucionales y de pluralidad de fuentes, debe aplicarse la regla de interpretación coherente y armónica (Fallos 186:170; 296:432). La determinación del referido estándar exige: a) delimitar con precisión el conflicto de normas y fuentes a fin de reducirlo al mínimo posible, para buscar una coherencia que el intérprete debe presumir en el ordenamiento normativo; b) proceder a una armonización ponderando los principios jurídicos aplicables; c) considerar las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos..." (C.S.J.N., Fallos 330:3098, voto en disidencia de los Dres. Lorenzetti, Zaffaroni y Argibay).

Lo dicho hasta aquí no importa un examen, siquiera precariamente mínimo, sobre la constitucionalidad (o no) del artículo 225 bis del C.P.P. y C., materia que no merece pronunciamiento y que excedería la competencia de esta Sala en tanto no se ha verificado un agravio concreto; lo que sí estoy señalando, en cambio, es que una evaluación de tal envergadura involucraría, necesariamente, un juicio de ponderación en el que no deben desatenderse ninguno de los principios supuestamente en pugna, pues, como bien lo tiene dicho el Cítero Tribunal Nacional, "...para el tribunal no puede importar un criterio interpretativo válido anular unos preceptos constitucionales por aplicación de los otros..." (C.S.J.N., Fallos 311:2272); máxime si el remedio intentado persigue la declaración de inconstitucionalidad de una norma, materia en la que rige un criterio restrictivo por significar el último recurso del orden jurídico. Creo así haber fundado las razones por las cuales, como ya anticipara, la casación deducida debe ser declarada improcedente. Mi voto El Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Adhiero al voto de la señora Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Así voto.

A la segunda cuestión, la Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALÁN dijo: Atento a la respuesta dada a la cuestión precedente, el tratamiento de la presente deviene abstracto. Mi voto.

El Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Atento a la respuesta negativa dada a la primera cuestión, corresponde omitir pronunciamiento sobre este tema, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente el anterior. Tal mi voto.

A la tercera cuestión, la Dra. LELIA GRACIELA M. DE CORVALÁN, dijo:

Corresponde la imposición de costas al recurrente perdedor (arts. 491 y 492 del C.P.P. y C.). Mi voto.

El Dr. ANTONIO G. LABATE, dijo: Comparto lo manifestado por la señora Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, SE RESUELVE: I.- RECHAZAR el recurso de casación deducido por el señor Defensor de Cámara, Dr. Gustavo L. Vitale, a favor del imputado G. M. C. L.. II.- Con costas (arts. 491 y 492 del C.P.P. y C.). III.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las presentes actuaciones a la Cámara de origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación, por ante el Actuario que certifica. Dr. ANTONIO G. LABATE - Dra. GRACIELA M. de CORVALÁN -Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA – Secretario.