

Superior Tribunal de Justicia
Provincia del Chaco

SALA SEGUNDA EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL

MIGUEL ANGEL LUBARY 802
SECRETARIO
SALA 2da. CRIMINAL Y CORRECCIONAL
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

N° 142 / En la ciudad de Resistencia, Capital de la Provincia del Chaco, en fecha **10 6 AGO 2018**, reunidas en Acuerdo las señoras Juezas de la Sala Segunda en lo Criminal y Correccional del Superior Tribunal de Justicia **MARÍA LUISA LUCAS y EMILIA MARÍA VALLE**, quienes emitirán su voto en ese orden, asistidas por el Secretario Autorizante **MIGUEL ANGEL LUBARY**; tomaron conocimiento del expediente **N° 2-1747/17** caratulado: **"SANCHEZ [REDACTED] S/ ABUSO SEXUAL SIMPLE AGRAVADO POR LA SITUACION DE CONVIVENCIA Y ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR EL VINCULO EN CONCURSO REAL"**, con el objeto de dictar sentencia conforme los artículos 489 y cctes. del Código Procesal Penal (Ley N° 965-N).

Seguidamente la Sala Segunda plantea las siguientes

C U E S T I O N E S

1°) ¿Es procedente el **recurso de casación** interpuesto a **fs. 861/872**?

2°) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN, MARÍA LUISA LUCAS dijo:

I- Que la Cámara Primera en lo Criminal de Presidencia Roque Sáenz Peña, actuando en Sala Unipersonal a cargo del Dr. Rodolfo Gustavo Lineras, por sentencia N° 40/17 (fs. 818/854 vta.) absolvió de culpa y cargo a **[REDACTED] Sánchez** del delito de Abuso Sexual Simple Agravado por la situación de convivencia y Abuso Sexual Gravemente Ultrajante

Agravado por el vínculo en concurso real (arts. 119, 1er., 4to. inc. f), y último párrafo, 119, 2do y 4to. inc. b) párrafo; 45 y 55, del Cód. Penal), por los que fuera acusado.

Esta decisión motivó el alzamiento de la Fiscal de Cámara, Dra. María Rosa Osiska, quien interpuso el recurso de casación que fuera concedido elevándose la causa a esta Sala Segunda, estando actualmente dadas las condiciones procesales para resolver el planteo.

La misma objeta el fallo por entender que adolece de una adecuada aplicación del principio de la sana crítica racional en varios aspectos, señalando que en autos existe un fuerte indicio respecto a la existencia de los hechos, que surge de las declaraciones en Cámara Gesell de las damnificadas, cuestionando la nulificación dispuesta por el sentenciante.

En tal sentido, sostiene que el a quo entendió que el derecho de defensa en juicio fue menoscabado, fundamentando su decisión en la aplicación de la Resolución N° 113/16 de la Defensoría General, siendo que la misma se trata de una norma administrativa de orden interno que no resulta aplicable al proceso.

Alega que tales declaraciones en Cámara Gesell fueron realizadas con la presencia del defensor oficial, porque el imputado no podía ser hallado, por lo cual son perfectamente válidas y debieron ser

valoradas.

También cuestiona la credibilidad otorgada a los testigos [REDACTED] Ramírez y [REDACTED] Sánchez, concubina e hijo del imputado, por tratarse de miembros del núcleo familiar; y, por último impugna los informes del Equipo Interdisciplinario ya que, a su juicio, no aportan argumentos y/o motivos suficientes.

II- Reseñados de tal manera los reclamos impugnaticios y habiéndose producido la apertura de la vía casatoria, corresponde analizar el pronunciamiento puesto en crisis en función a sus atendibles agravios, considerando tanto la relevancia de los planteos como la suficiencia de su desarrollo, sin perjuicio del control de la validez general de la tarea jurisdiccional de conformidad con los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Conf. Fallos 325:1227).

En el sub júdice, el a quo para resolver la absolución del imputado consideró que no fue demostrada, en ninguno de los extremos, la atribución delictiva dirigida contra el mismo (fs. 850), que se resume en las siguientes acciones: "...cuando la menor M [REDACTED] I [REDACTED] R [REDACTED] contaba con edad aproximada de entre 6 y 7 años -años 2008/2009- el imputado [REDACTED] Sánchez practicó actos de contenido sexual con la misma..." que "...consistieron en manosear las partes íntimas de la niña y hacer que ésta toque las partes del encartado"; y "...cuando la menor F [REDACTED]

I [REDACTED] [REDACTED] contaba con edad aproximada de entre 8 y 9 años -años 2013/2014-...practicó actos de contenido sexual con la misma. Dichos actos consistieron en manosear los pechos de la niña y en una oportunidad la sentó sobre el regazo y le ingresó la mano por debajo de la bombacha, ocasionándole desgarros himeneales incompletos..." (fs. 818/819).

Así, en sus argumentos el juez declaró la nulidad de la Cámara Gesell de las menores víctimas, y consideró insuficiente el resto del caudal probatorio para sostener una decisión condenatoria.

En tal sentido, entendió que en las declaraciones de las menores mediante el sistema de Cámara Gesell se ha violentado el derecho de defensa efectiva del imputado, toda vez que no pudo designar defensor de confianza para controlar el acto, asistiendo al mismo un Defensor Oficial, ya que el imputado no había sido notificado del proceso ni se había contactado con su abogado defensor.

Planteado el caso en la forma expuesta y efectuado un detenido examen del escrito postulatorio en función del decisorio de autos, resulta apropiado destacar que asiste razón a la recurrente al afirmar que la Resolución N° 113/16 de la Defensoría General, se trata de una norma administrativa de orden interno que no puede reglamentar el proceso penal, para lo cual están las leyes procesales respectivas emanadas del Poder Legislativo, conforme el principio republicano de gobierno.

Sin embargo, la cuestión a decidir se relaciona con la garantía de la defensa en juicio y sus derivaciones, por tanto el tratamiento de la misma debe realizarse a la luz de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con igual jerarquía.

Previo a ingresar al fondo del asunto, cabe aclarar que la declaración de los menores mediante el sistema propuesto por el art. 233 del Código Procesal Penal (Ley N° 965-N), es una medida tendiente a lograr la declaración testimonial de un menor, a los fines de que sea prestada en condiciones especiales de cuidado -entrevista por un psicólogo en un gabinete acondicionado-; considerando que el niño abusado no está en condiciones de ser interrogado por un tribunal judicial, ni por las partes en forma directa.

Ello, deviene de la implementación y reglamentación de la Convención sobre los Derechos del Niño, al establecer que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño", como asimismo que es deber del Estado argentino garantizar al niño, niña y adolescente "...la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo, ya sea directamente o por medio de un representante..." (art. 3 y 12.2 de la

Convención sobre los Derechos del Niño; art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional).

Ahora bien, a la par del interés superior de los derechos del niño, la Constitución también consagra el derecho de defensa (art. 18 Constitución Nacional), acerca del cual, en lo que nos interesa la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo que "...conforme los arts. 8.2 f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la defensa tiene el derecho de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (fallo "BENÍTEZ" del 12-12-06, B. 1147 XL).

Por tanto, "los principios de defensa del imputado y otros vinculados con los del interés superior del menor víctima tienen consagración constitucional y no pueden ser interpretados de modo excluyente, tal que uno implique la negación del otro, lo que obliga a realizar una tarea de armonización, para preservarlos a ambos, atendiendo a los fines y propósitos que parecen haber guiado su formalización" (ver CSJN, 06-05-08, sumario 8, en LL 2008-C, pág. 666).

De tal modo que, el derecho de defensa en juicio y consecuentemente el debido proceso legal exige que el imputado haya tenido una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un

testigo que hubiera hecho declaraciones en su contra, por tanto debe considerarse que si el sospechoso de ser autor de un delito contra un menor, se encuentra identificado, es menester otorgarle la oportunidad de que designe un abogado defensor de su confianza, con anterioridad a la ejecución de la medida.

Asimismo, cabe señalar que la Cámara Gesell es merituada como una de las pruebas más importantes para emitir un pronunciamiento en este tipo de delitos, que por sus características se cometen en un ámbito de privacidad, por tanto cobra elevada importancia la declaración de la víctima, que será la manifestación que más incriminación podrá generar contra la situación procesal del imputado, toda vez que fue ella la que soportó el episodio, por tanto proporcionará circunstancias de tiempo, lugar y modo que ninguna persona más ofrecerá.

Además, debe tenerse en cuenta que la producción de tal prueba debe ser restringida en el proceso, por ende es una oportunidad fundamental que tienen las partes para efectuar las preguntas que consideren pertinentes y útiles, como también verificar que el testimonio sea espontáneo, libre, voluntario, lo menos tendencioso posible, que en el acta se vuelquen sus propias palabras, en definitiva tener la posibilidad de controlar la legalidad de la medida.

Para ello, el imputado debe estar informado de la ejecución de la misma y poder

entrevistarse previamente con el defensor elegido, así la doctrina tiene dicho "la primera entrevista que el Defensor tiene con el imputado tiene un alcance importante. Ello, porque el hecho de estar cara a cara, permite un conocimiento de visu mutuo, y así se podrá personalmente desentrañar ante qué tipo de persona se está (su edad, educación, situación económica-social, profesión, antecedentes penales, forma de pensar y ver las cosas, etc.). También servirá dicha conversación para tomar razón, según su relato, del hecho investigado, y cuál es su posición personal frente al mismo (...)" (Sánchez Freytes, La defensa en juicio, Ed. PubliFadecs, 2003, pág. 10).

Una detenida lectura de las actuaciones nos demuestra que el imputado estuvo individualizado desde un comienzo en la denuncia de I [REDACTED] N [REDACTED] R [REDACTED] (fs. 1), luego consta el proveído de avocamiento de fecha 02/03/2016, donde la Fiscal dispone tomar declaración testimonial a la denunciante, la realización de las Cámaras Gesell y de exámenes médicos a las víctimas; y, por último ordena dar intervención al defensor oficial y asesor de menores (fs. 7). Posteriormente en el mismo día se producen estas pruebas (fs. 08/16), notificándose de todo lo actuado al defensor oficial N° 3 Dr. Simón G. Bosio, en fecha 03/03/2016 (fs. 7 vta.).

Por consiguiente, la defensa -según las constancias del expediente- no tuvo posibilidades reales de controlar o confrontar dichas pruebas, siendo que la fecha de notificación de las actuaciones

al defensor oficial, es posterior a la realización de la Cámara Gesell (fs. 7 vta.) y pedido de detención de Sánchez. Como así, tampoco existen constancias de comunicación alguna al imputado, previo a la realización de la medida probatoria, siendo que el mismo ya estaba indicado como autor del hecho, por tanto podía hacer valer sus derechos (art. 85 del Código Procesal Penal, Ley N° 965-N).

En tales condiciones, nos encontramos ante un supuesto de defensa formal, en oposición a otra real o material, violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional y constitutiva de una nulidad absoluta, siendo que la actuación del defensor oficial en Cámara Gesell, no puede ser entendida como una tácita aceptación del cargo, porque el encartado nunca lo designó como su defensor de confianza, sino que a fojas 52, luego de que las autoridades policiales intentaban cumplir con la orden de detención, se presentó espontáneamente al proceso solicitando se mantenga su libertad, patrocinado por un abogado particular, el Dr. Gabriel Alejandro Murcia.

De tal forma que, el encartado careció de un real y efectivo derecho de defensa, durante la producción de las principales pruebas en su contra, con lo cual se lo privó de la posibilidad de controlarlas.

Cabe precisar que distinto es el caso cuando no hay sujeto individualizado, o los indicios que lo incriminan son débiles y es precisamente la

ejecución de la medida probatoria, lo que indicará la sospecha de la participación del sujeto en un hecho delictivo, como por ejemplo la rueda de reconocimiento de personas o de fotografías, secuestros impostergables y determinadas pericias urgentes en los inicios de la investigación; inclusive cuando existan motivos de urgencia que ameriten la impostergabilidad de la Cámara Gesell, cuestión que no sucedió en el contexto del sub júdice, coincidiendo con lo manifestado por el sentenciante en cuanto a que la fiscal a cargo de la fase preparatoria no expresó "motivos de suma urgencia", ni los invocó en acta alguna para proceder en la forma en que lo hizo, por tanto las audiencias de realizadas en la fecha fijada (Conf. decretos de fs. 07), sin que la fiscalía actuante hubiera llevado a cabo diligencia alguna para procurar la comparecencia del imputado ALCIDES ALMICAR SÁNCHEZ.

Por otro lado, en lo que respecta al agravio relativo a una supuesta falta de fundamentación de la sentencia por valoración arbitraria de la prueba, la recurrente critica esencialmente la credibilidad de los testigos Facundo María Ramírez y Adolfo Máximo Sánchez y el informe del Equipo Interdisciplinario.

Al respecto, cabe señalar que los testigos mencionados depusieron oralmente en el debate, por lo cual escapa a las posibilidades revisoras de esta Sala, debiendo advertirse, sin embargo, que si bien los mismos tienen vínculos

familiares con el imputado (esposa e hijo, respectivamente), no existe impedimento legal alguno para su consideración por parte del sentenciante.

No obstante ello, se aprecia que la decisión absolutoria tuvo como principal argumento la existencia de un "...huérfano contexto probatorio...(y) la firme negativa del imputado rechazando totalmente el hecho que se le reprocha" y solo secundariamente las declaraciones de los testigos, ya que "...no hacen más que favorecer la situación del encartado, al menos en lo que respecta a las calidades humanas y personales, socialmente conceptualizadas" (fs. 852 y vta.), por lo que las críticas formuladas a tales declaraciones, como al informe del Equipo Interdisciplinario, no refieren a elementos decisivos.

En tal contexto, debe desestimarse la afirmación recursiva atinente a una supuesta falta de motivación del pronunciamiento, por valoración arbitraria de la prueba, ya que las objeciones formuladas por la recurrente no resultan aptas para descalificar el fallo al conformar meras discrepancias con los criterios de valoración de la misma y no cuestionamientos concretos vinculados a su validez, a la aplicación de las reglas de logicidad o a la legalidad de la motivación, que son precisamente los que componen el objeto del motivo casatorio procesal (Ver Fernando de la Rúa, "La Casación Penal", pág. 111).

Consecuentemente, dadas las razones señaladas, el recurso deducido en autos debe ser rechazado, conforme lo establecido en los arts. 470 y 449, tercer párrafo, del Código Procesal Penal, que impone proceder de tal manera al Tribunal de Alzada cuando fuere evidente su improcedencia, teniendo en cuenta que "...la improcedencia sustancial se relacionará con cuestiones de hecho, o de derecho procesal o sustantivo, planteadas en el recurso" (Conf. Cafferata Nores - Tarditti, Código Procesal Penal, de la Provincia de Córdoba, Comentado, Tomo 2, pág. 393; esta Sala in re "Alfonzo", Res. 162/13 y otros).

Por lo tanto, dados los argumentos expuestos, me expido negativamente en lo que fuera materia de análisis. **ASÍ VOTO.**

A LA PRIMERA CUESTIÓN, EMILIA MARÍA VALLE dijo:

Compartiendo las consideraciones y conclusión a la que arriba la Sra. Ministra preopinante, voto en idéntico sentido. **ES MI VOTO.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, MARÍA LUISA LUCAS dijo:

De acuerdo al resultado de la cuestión tratada anteriormente, corresponde rechazar el recurso de casación deducido a fs. 861/872, sin costas; por haber intervenido en esta sede extraordinaria. **ASÍ VOTO.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, EMILIA MARÍA VALLE dijo:

Adhiero íntegramente a la solución

propiciada en el voto que antecede. **ES MI VOTO.**

Con lo que se dio por finalizado el Acuerdo precedente, dictándose la siguiente

SENTENCIA N° 142 /

I- RECHAZAR el recurso de casación de fs. 861/872, sin costas, por haber sido interpuesto por la Fiscal de Cámara.

II- REGÍSTRESE. Notifíquese. Oportunamente devuélvase los autos.

EMILIA MARÍA VAILE
VOZAL

SALA 2da. CRIMINAL Y CORRECCIONAL
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

MARÍA LUISA LUCAS
PRESIDENTA

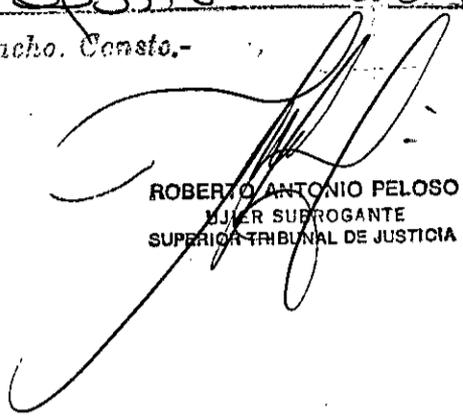
SALA 2da. CRIMINAL Y CORRECCIONAL
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

MIGUEL ANGEL LUBARY
SECRETARIO

SALA 2da. CRIMINAL Y CORRECCIONAL
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

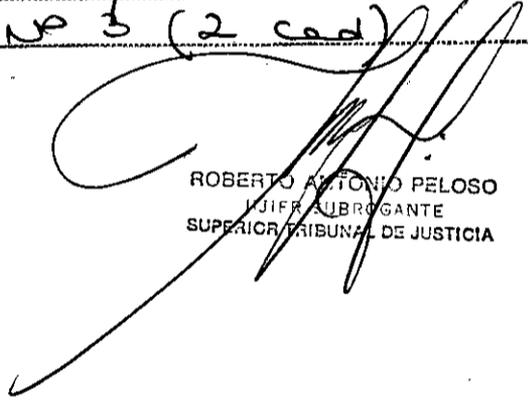
Ced.
P. Adj
Def. Adj

E10723 Agosto 08 2018
Se dió a despacho. Conste.-



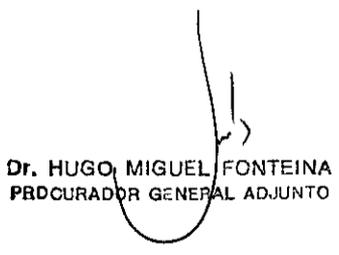
ROBERTO ANTONIO PELOSO
JUEZ SUBROGANTE
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

EN FECHA 08 DE Agosto DE 2018
SE LIBRO CEDULA PARA NOTIFICAR DE RESOLUCION DE
FS. 892/898 AL SR. Dr. Benito
R. Colaneri; Aversora de
Mauricio N° 3 (2 ced)

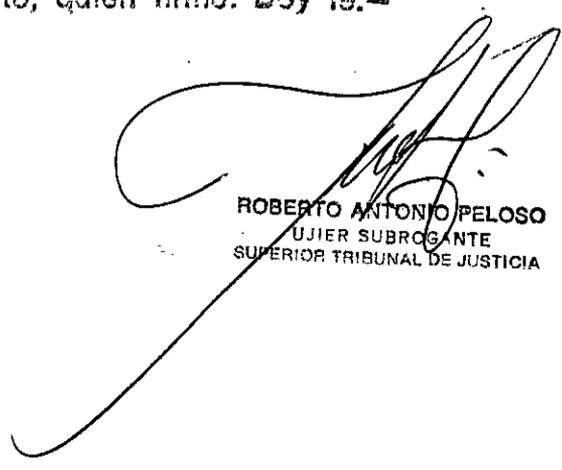


ROBERTO ANTONIO PELOSO
JUEZ SUBROGANTE
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

el 8 de Agosto de 2018 Notifique al Sr.
Procurador General Adjunto, quien firmó. Doy fé.-



Dr. HUGO MIGUEL FONTEINA
PROCURADOR GENERAL ADJUNTO



ROBERTO ANTONIO PELOSO
JUEZ SUBROGANTE
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

