

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

CUIJ: 13-02846479-1((012174-10271701))

F.C/BISCONTIN TOBARES, SERGIO DANIEL P/ ABUSO SEX P/
RECURSO EXT.DE CASACIÓN



En Mendoza, a los dos días del mes de marzo de dos mil diecisiete, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° **13-02846479-1** caratulada “**FISCAL C/ BISCONTIN TOBARES, SERGIO DANIEL POR ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR EL VÍNCULO EN UN NÚMERO INDETERMINADO DE VECES EN CONCURSO IDEAL CON CORRUPCIÓN DE MENORES AGRAVADA POR SER LA VÍCTIMA MENOR DE TRECE AÑOS Y POR EL VÍNCULO, ARTS. 119 CUARTO PÁRRAFO, INCISO B), 125, SEGUNDO Y TERCER PÁRRAFO, 54 Y 55 CÓDIGO PENAL S/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACIÓN**”

De conformidad con lo decretado a fs. 686 quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero, **DR. JORGE H. NANCLARES**, segundo **DR. OMAR PALERMO**, y tercero **DR. MARIO ADARO**.

Que a fs. 565/576 el Dr. Francisco Javier Pascua, Fiscal de Cámara ante la Primera Cámara del Crimen, interpone recurso de casación contra la sentencia N° 6.681 de fecha 12 de abril de 2011, de fs. 448 y vta., y sus fundamentos 451/546, en cuanto absuelve de culpa y cargo a Sergio Daniel Biscontin Tobares (art. 2 del CPP), pronunciamiento dictado por la Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.-

Por otro lado, a fs. 577/597, los Dres. Alfredo Mellado y Graciela Cola, por el querellante particular, interponen recurso de casación contra la

sentencia anteriormente individualizada.

A fs. 612/641, el Defensor Particular de Sergio Daniel Biscontin, presenta informe con la finalidad de manifestar las razones por las cuales, a su criterio, debe mantenerse la resolución cuestionada. Además, solicitó la recusación de los Dres. Pedro Llorente, Carlos Böhm y Herman Salvini por encontrarse incursos en el art. 72, inc. 11 del CPP.

A fs. 662 y vta., se rechaza la recusación planteada por la defensa de Sergio Daniel Biscontin.

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA: Pronunciamiento sobre costas

**SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. JORGE H. NANCLARES
DIJO:**

Habiendo individualizado en los antecedentes la causa en la que se dictó la resolución recurrida, el tribunal que la pronunció, y el recurso interpuesto, me remito a lo allí expresado, haciendo constar que a fs. 667 y vta. se concede el recurso de casación y a fs. 653 y vta el Señor Procurador General contesta la vista conferida.

I. Sentencia recurrida

La Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, con el voto mayoritario de los Dres. Comeglio y Vila, resolvió absolver a Sergio Biscontin del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo en concurso ideal con corrupción de menores agravada por ser la víctima

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

menor de trece años y por el vínculo (art. 119 2° y 4° párrafo inc. b, 125, 2° y 3° párrafo del Código Penal), ello por entender que *“en base a todas las razones que hasta aquí he expuesto, creo haber justificado el anticipo que iba a discrepar con la conclusión a la que han arribado los acusadores, tanto público, como privado y el señor juez del primer voto, quienes consideraron que estaba plenamente probada la plataforma fáctica y la autoría del imputado, porque desde mi punto de vista, los elementos probatorios que he valo[rado] y la forma como los he valorado, lejos de confirmar el grado de certeza que se necesita en esta etapa para declarar que Biscontin es el autor de estos hechos, su correcta mensuración crea en mi ánimo un marco razonable de duda, vistos el marcado equilibrio que advierto entre los elementos positivos y negativos de la acusación, los que me persuaden que esa inseguridad imperativamente debe jugar a esta altura del proceso en favor del encausado...”*.

Por su parte, el Dr. Carrizo, en minoría, sostuvo que *“las circunstancias apuntadas me llevan a entender que se impone dictar sentencia condenatoria al aparecer acreditado en legal forma el accionar criminoso endilgado al incuso -más allá de la calificación legal que a mi criterio se impone- ya que sólo la certeza sobre la culpabilidad del justiciable -presente según entiendo en el caso- autoriza una condena en su contra en razón de que gozando éste de un estado jurídico de inocencia constitucionalmente reconocido y legalmente reglamentado [...], únicamente puede ser declarado culpable cuando las pruebas hayan producido la plena convicción al respecto del tribunal [...] extremos que encuentro satisfechos en el caso, imponiéndose como ya lo adelantara el dictado [d]e sentencia condenatoria...”*. A su vez, al resolver sobre la segunda y tercera cuestión, sostuvo que la calificación legal adecuada era la de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo en un número indeterminado de veces (art. 119 2° párrafo y 4° párrafo inc. b del Código Penal) y que la pena adecuada a la culpabilidad del autor se situaba en los doce años de prisión en efectivo.

II. Recurso de Casación del Fiscal de Cámara

El remedio procesal promovido, obrante a fs. 565/576, se funda en el art. 474 del CPP, incisos 1° y 2°, del CPP. El recurrente solicita se anule la resolución cuestionada en su voto mayoritario, por errónea interpretación, aplicación e inobservancia de la ley penal sustantiva y procesal, dictando sentencia acorde al voto minoritario. En subsidio, peticiona el reenvío de la causa al Tribunal que corresponda para la realización de un nuevo juicio oral.

A juicio del recurrente, la sentencia impugnada aplicó la ley en forma defectuosa, en tanto se utilizó incorrectamente la lógica jurídica en la valoración de la base fáctica y la imputación penal, contradiciendo las reglas de la sana crítica racional.

En primer lugar, sostiene que el entonces imputado Sergio Biscontin no fue notificado de la realización de la Cámara Gessell y por ende no pudo nombrar un abogado de su confianza debido a que no se encontraba formalmente imputado. Agrega que si se entiende -como lo hace el Dr. Comeglio- que ese acto reviste el carácter de prueba testimonial, entonces no sería obligatorio notificar ni siquiera al sujeto formalmente imputado.

Asimismo, y pese a no existir un imputado, igualmente se garantizó la defensa en juicio de Biscontin mediante la designación de una Defensora Oficial que controló la legalidad del acto, estuvo presente en el mismo y no efectuó ninguna objeción al respecto. Además, la entrevista en Cámara Gesell fue documentada mediante acta judicial y grabada en DVD de audio y video.

Por otra parte se le hizo conocer al imputado la prueba existente en su contra al momento de efectuársele la imputación formal pero en ese momento no planteó ninguna objeción ni planteo nulificante al respecto. Con posterioridad, la Defensa dedujo incidente de nulidad de la Cámara Gessell que fue rechazado por la Sra. Jueza de Garantías, por lo que el tratamiento de la cuestión ya fue resuelto en esa oportunidad.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Destaca el recurrente que al realizarse el ofrecimiento de prueba (fs. 390 y vta.) hizo referencia expresa al DVD de la Cámara Gessell –que, según el Dr. Comeglio, nunca se ofreció-. Por otro lado, la Defensa técnica no interrogó en ningún momento a la niña durante el debate ni tampoco planteó la nulidad de prueba alguna. Específicamente la Defensa no se opuso a la incorporación de la prueba instrumental del fs. 53 ni de fs. 57/62 (acta de la audiencia de Cámara Gessell y su transcripción) sino que esos elementos fueron agregados “*con consentimiento de las partes por conocer éstas su tenor*”.

En conclusión, manifiesta el recurrente que no fue la parte acusadora sino el Juez Comeglio quien no compulsó debidamente las actuaciones y quien no leyó el acta de debate. Además, considera que es tan contundente la legalidad y contenido incriminatorio de la prueba que poco hubiera podido hacer la Defensa alegando la nulidad por la nulidad misma de la declaración en Cámara Gessell.

Por último señala el Fiscal que tanto el vicio *in procedendo* como *in iudicando* pretendidos resultan notorios y que los mismos sólo pueden ser reparados mediante la nulidad y revocación del fallo en el voto de la mayoría. En ese sentido, considera que debe dictarse sentencia conforme al voto de la minoría sin necesidad de un nuevo juicio oral y público. En subsidio, insta la nulidad del debate con reenvío de la causa a un nuevo juicio.

III. Recurso de Casación del Querellante Particular

El recurso de casación interpuesto por esta parte (fs. 577/597) se funda en el art. 474, inc. 2, del CPP, pretendiendo el recurrente se anule la sentencia impugnada dictando sentencia de condena contra el encartado Sergio Daniel Biscontin Tobares por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo en un número indeterminado de veces, previsto en los arts. 119, 2º párrafo, inc. e) y c), y 55 del CP. En subsidio, se reenvíe la presente causa a la cámara de juicio que corresponda de realizar un nuevo plenario.

Así las cosas, entiende el recurrente que la sentencia impugnada resulta nula por la incorrecta lógica jurídica valorativa de las pruebas colectadas en autos, contrariando las reglas de la sana crítica racional. Señala además que la fundamentación ha sido insuficiente, aparente y contradictoria.

Refiere que la decisión del *a quo* se basa en que no ha podido acreditarse el hecho investigado toda vez que la posible prueba dirimente –la declaración de la niña grabada en video y hecha en Cámara Gessell- no ingresó válidamente al proceso. Por el contrario, esa parte entiende que la formalidad del acto de la declaración en Cámara Gessell es incuestionable en tanto la declaración de la niña fue tomada en presencia del Fiscal de Instrucción, la Secretaria de la Fiscalía y la Defensora Oficial (fs. 53) y la transcripción de la misma por parte de la Auxiliar de policía Lorena Velázquez fue efectuada por orden del Fiscal por lo que es un acto en sí mismo válido en tanto cumple con los requisitos propios de un instrumento público aunque no constituya un acta. En ese sentido, manifiesta que no se trata de un acta judicial y no tiene por qué serlo, no por ello está mal hecha ni deben confundirse los requisitos propios de su validez como instrumento público con los requisitos de las actas judiciales.

Por otro lado, en relación a la ausencia del defensor del imputado Biscontin durante la audiencia de Cámara Gessell, entiende el recurrente que la presencia de la niña al momento de realizarse el debate y la posibilidad que la defensa particular tuvo de realizar todas las preguntas que estimara necesarias a los profesionales intervinientes neutraliza el argumento de que la prueba no ha ingresado con el debido control y posibilitando el contradictorio.

Asimismo, en el caso de que se sostenga que la declaración en Cámara Gessell tiene naturaleza de pericia, la presencia del Defensor Oficial garantiza el ingreso de la declaración pues su asistencia permite el control directo sobre el acto pudiendo hacer preguntas, señalar situaciones, dejar constancias o cualquier otra consideración oportuna.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

En relación al ofrecimiento de prueba, señala que el video en cuestión ha sido incorporado debidamente en tanto se trata de un elemento que forma parte de la causa y no existe ninguna exigencia acerca del pedido de incorporación expresa para que formen parte del material probatorio que ingresa al debate y que el Tribunal debe valorar. Señala que no existe ninguna obligación legal que sancione bajo pena de nulidad la no reproducción del video.

A continuación, la querella hace referencia a la prueba restante obrante en autos señalando que del testimonio de los profesionales que tomaron contacto con la niña María Juliana Biscontin se colige sin dudas que la nombrada fue abusada por su padre.

En otro orden de ideas refiere que el Tribunal ha valorado injustamente los dichos de la denunciante Roxana Rodríguez (madre de la presunta víctima) calificándola de mentirosa por razones que no han podido probarse. La querella también se agravia de las afirmaciones del Juzgador en relación a que Rodríguez habría inducido a Juliana Biscontin a relatar los abusos, lo cual ha sido descartado por los especialistas consultados.

Por todo lo expuesto, solicita la anulación total de la resolución, dictando sentencia condenatoria en contra de Sergio Biscontin. En subsidio, petitiona el reenvío de la causa a la Cámara de Juicio que correspondiere a fin de la realización de un nuevo plenario.

IV. Informe de la Defensa particular

A fs. 612/641 se presenta el defensor técnico del imputado Sergio Daniel Biscontin adhiriendo a los recursos de casación señalados en los puntos anteriores –no obstante no se trataría propiamente de una adhesión sino de la presentación de un informe complementario-. En ese sentido, solicita se mantenga la resolución de la Primera Cámara del Crimen y se rechacen las pretensiones del representante del Ministerio Público Fiscal y del querellante particular por los siguientes motivos.

En primer lugar, recusa a los Dres. Pedro Llorente, Carlos Böhm y Herman Salvini por entender que los nombrados se encuentran incursos en la causal del art. 72, inc. 11° del CPP, recusación que fue rechazada oportunamente mediante resolución obrante a fs. 662 y vta.

En segundo lugar, y para el eventual caso de no hacerse lugar a la recusación planteada, manifiesta que su presentación tiene por objeto refutar los argumentos vertidos por los recurrentes garantizando así el contradictorio en esta instancia procesal.

En ese sentido, considera que la invocación del fallo “Casal” como argumento para permitir que el órgano acusador acceda al recurso de casación contra sentencias absolutorias configura una equivocada exégesis del fallo e, inclusive, constituye una transgresión de los arts. 8 de la CIDH y 14 del PIDCyP, y con ellos, del art. 75, inc. 22 de la CN. Entiende que a partir de ése precedente se amplían las posibilidades recursivas del imputado pero no del órgano acusador o la querrela

Asimismo hace referencia a lo resultado por la CSJN en el precedente “Kang” señalando que la mera eventualidad de un nuevo juicio es atentatoria del *ne bis in idem*. En ese sentido refiere que en los casos “Miranda” y “Rosales Hegler” de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza no fue respetada la doctrina de aquél precedente apartándose de la doctrina del Tribunal Supremo. También hace referencia al pronunciamiento en la causa “Videla” donde se acogió el recurso de casación de la Asesora de Menores –quien, a su criterio, no tenía legitimación para recurrir- contra una sentencia absolutoria y, posteriormente, se ordenó el reenvío de la causa a juicio. Efectúa un paralelismo con la causa “Garrafa” fallada por el Máximo Tribunal de la Nación en la cual se consideró que no tenía legitimación el Fiscal de Cámara en el caso concreto ya que el Código de Procedimientos de Neuquén impedía la casación ante determinados delitos.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Señala que hay una tesis en la que diversos autores y especialmente la Corte de la Nación coinciden y es que el juicio de reenvío luego de una sentencia absolutoria debe resultar inadmisibles como principio general.

Posteriormente, se pregunta el defensor de Biscontin cuándo puede entonces recurrir en casación el órgano acusador. Descarta que pueda hacerlo como una vía para subsanar errores cometidos por los órganos estatales en la tramitación de un proceso ya que el peso de esos errores no puede caer en cabeza del sujeto cuya inocencia fue confirmada por una sentencia absolutoria. La única opción eventualmente posible para revisar una sentencia absolutoria estaría dada por alguna nulidad absoluta provocada por actos procesales del propio imputado y que hayan producido un perjuicio evidente a la parte acusadora.

Por otra parte, el Defensor de Biscontin señala que los recurrentes no han tenido en cuenta los sólidos elementos de convicción valorados por los Magistrados en el fallo absolutorio. Así, las pruebas que, según reclama el Fiscal de Cámara, no habrían sido tenidas en cuenta por el Tribunal –declaraciones testimoniales de la madre y la abuela de la víctima, la maestra del jardín de infantes, la maestra de la escuela de verano, todos y cada uno de los especialistas en medicina, psiquiatría y psicología y la declaración testimonial especial de la menor durante el debate- parecen referirse a otro proceso penal en el cual haya intervenido como acusador.

En especial se detiene sobre los agravios esgrimidos por el Fiscal de Cámara en relación a la audiencia en Cámara Gessell señalando que la misma quebrantó lo normado por nuestro Código Ritual dada la forma en que se desarrolló y, principalmente, por la falta de cumplimiento del derecho de defensa de Sergio Biscontin ya que ese acto procesal fue realizado a espaldas del sospechado impidiéndole controlar la prueba. La Fiscalía debió previamente haber arbitrado los medios para que se respeten los derechos del sospechado, por ejemplo, recibiendo declaración informativa para que pudiera designar un abogado defensor y así intervenir en la audiencia.

Asimismo señala que el Fiscal de Cámara desconoce lo que se entiende ordinariamente como “adherir” a las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público Fiscal, con excepción de toda otra que no cumpla con las exigencias procesales o afecten el bloque de garantías constitucionales.

En último lugar señala que las consideraciones efectuadas en su informe también se refieren al planteo recursivo efectuado por el Querellante Particular, en tanto coincide con el efectuado por el Fiscal.

V. Dictamen del Señor Procurador General

A fs. 653 se expide el Sr. Procurador General, remitiéndose a los argumentos vertidos oportunamente por el Fiscal de Cámara y el Querellante Particular atento a la identidad de los agravios vertidos en sus respectivos recursos.

Señala que la presentación del Defensor Particular, independientemente del *nomen iuris* que empleó, no debe considerarse como “adhesión”, sino como un informe destinado a refutar los argumentos vertidos por los recurrentes primarios por lo cual entiende que no hay motivos para dictaminar. Asimismo entiende que la recusación articulada en el mismo escrito es improcedente ya que no puede alegarse que los integrantes de esta Suprema Corte estén incurso en la causal del art. 72, inc. 11, del CPP por el criterio que hayan adoptado en diversos temas o la forma que resolvieron causas anteriores en tanto esos argumentos no sirven para fundar el temor de parcialidad.

VI. La solución

Puestos en consideración los motivos de agravio expuestos por los recurrentes, como así también los argumentos desarrollados por el defensor particular de Sergio Biscontin al informar ante el tribunal, adelanto mi opinión en el sentido que corresponde acoger parcialmente los recursos de casación interpuestos por el Fiscal de Cámara y el querellante particular, anulando la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

resolución impugnada y ordenando la realización de un nuevo juicio, ello a tenor de las consideraciones que serán expuestas en los párrafos que siguen.

Comenzaré haciendo dos aclaraciones. Por un lado, que no es ajeno a la consideración del tribunal el exagerado tiempo transcurrido desde la producción de los hechos, lo que es necesario señalar a modo de autocrítica. Por otro, que dado la cantidad de agravios mencionados por los recurrentes y la variedad de alternativas propuestas para la solución de la causa, antes de introducirnos en los motivos concretos que justifican la anulación, haré un breve esquema del análisis que seguirá el razonamiento.

En primer lugar, haré unas breves consideraciones en punto al especial tratamiento que corresponde asignar a los delitos contra la integridad sexual, particularmente en el devenir del proceso penal. En segundo término, trataré la validez de la declaración en Cámara Gessell ordenada a fs. 45 y practicada a fs. 53, para lo cual deberá tomarse una posición en relación a la naturaleza de dicho acto procesal. En tercer lugar, corresponde determinar si esa declaración ingresó válidamente al debate -como sostiene el fiscal- o si, por el contrario, no fue ofrecida y en consecuencia el juzgador tenía una imposibilidad jurídica de recurrir a ella para resolver. Para el caso de contestar en forma afirmativa lo anterior, se abordará la cuestión relativa al valor que corresponde brindar a la transcripción mecanográfica realizada por el personal policial de los dichos de la víctima en ella. Por último, desarrollaré los motivos por los cuales considero que la solución adecuada al caso es anular la sentencia y reenviar la causa al tribunal subrogante para efectuar un nuevo juicio.

i.- Particularidades de los delitos contra la integridad sexual

A modo introductorio, corresponde hacer unas breves consideraciones en relación con algunos extremos que caracterizan a los delitos contra la integridad sexual, en tanto ha nacido en los últimos años un nuevo paradigma que impone que las reglas de los procesos judiciales -y del proceso

penal en particular- se adecúen a las características propias de este tipo de delitos.

Es sabido que en los delitos contra la integridad sexual, atento a la circunstancia de que ellos son -generalmente- cometidos en un ámbito de absoluta intimidad, se hace poco usual contar con otros testigos directos del hecho además de la víctima. El testimonio de aquélla, entonces, adquiere un valor fundamental como prueba en el proceso ya que con frecuencia tampoco quedan evidencias físicas que sirvan para acreditar el hecho, tales como lesiones o rastros de material genético.

Esta circunstancia genera que aparezcan dos elementos probatorios que asumen una especial importancia a la hora de juzgarlos: el testimonio del testigo-víctima y las pericias psicológicas destinadas a evaluar la credibilidad de esos dichos y la presencia en el imputado de rasgos patológicos compatibles con los de un abusador sexual. Al mismo tiempo, esa problemática se torna más relevante aún frente a una presunta víctima de muy escasa edad, como ocurre es el caso de María Julia Biscontin, quien tenía durante la ejecución de los presuntos hechos tan sólo entre dos y tres años de edad.

Todo ello impone que, al adoptar una decisión, deban tenerse en cuenta las normas dirigidas a la protección de los niños, niñas y adolescentes -que en nuestro sistema jurídico están especialmente contempladas en la Convención de los Derechos del Niño-, a la garantía de la defensa en juicio de toda persona sometida a proceso, y a las particulares dificultades probatorias que generan los delitos sexuales. La solución que adoptemos debe articular correctamente el interés superior del niño con el derecho de defensa del acusado. Es decir, tener en cuenta la especial situación que vivencia un niño y las consecuencias jurídicas que ello deriva, sin penetrar por debajo del valladar constitucional que implica el principio de inocencia.

Bajo esas consideraciones, se dará tratamiento al caso en análisis.

ii. Validez de la declaración de la víctima en Cámara Gessell

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

La sentencia impugnada, con el voto mayoritario de los Dres. Comeglio y Vila, entendió que la entrevista en Cámara Gessell recibida a María Julia Biscontin resulta nula por violentar el derecho de defensa del imputado, quien al no haber sido notificado del acto no pudo contar con la posibilidad de nombrar un abogado defensor de su confianza para que participara de ella.

A mi modo de ver las cosas, el acto no adolece de los vicios que los jueces le asignan, en tanto estuvo revestido de todas las garantías necesarias para asegurar una defensa eficaz. Así, según surge de las constancias de la causa, luego de la denuncia formulada por María Rosana Rodríguez el 26 de marzo de 2009 (fs. 01), el fiscal se avocó a las actuaciones y dispuso practicar “*entrevista en Cámara Gessell a la menor MARIA JULIA BISCONTIN*”, medida que se llevó a cabo el día 3 de marzo de 2010 en presencia del Fiscal de Instrucción Fernando Giunta, de la co-defensora Teresa Di Bari, de la víctima, su progenitora María Rosana Rodríguez, la secretaria Ximena Morales y el Lic. Francisco Izura, siendo este último el encargado de entrevistar a la niña (v. fs. 45).

Dicha circunstancia no ha sido desconocida por el voto mayoritario del tribunal, sino que, a su juicio, existen prácticas legalmente previstas que, no obstante ello, no se adecúan a los principios rectores del sistema acusatorio y a la igualdad de armas que deben ostentar acusación y defensa. En efecto, señalan que “*el fiscal de instrucción, desoyendo los consejos de los especialistas en el tema, los mandatos superiores y la reglamentación interna vigente en algunos código procesales y aprovechándose de la falta de reglamentación del acto, lo excluyó [al imputado] deliberadamente de participar en la entrevista que había ordenado se llevara adelante mediante Cámara Gessell*” (fs. 105/106 de la sentencia). A ello se agregó que el nombramiento de un defensor de oficio no garantiza la igualdad de armas, pues “*es de público y notorio [conocimiento] que en la justicia penal de primera instancia de esta Primera Circunscripción Judicial, es una costumbre tratar de cubrir los cuestionamientos que se le pudieran llegar a hacer a determinadas diligencias por falta de control de la defensa, con la designación*

de oficio del defensor de pobres y sin notificar de esa decisión al principal interesado, que no es otro que el sindicado o el imputado” (fs. 111 de la sentencia).

En definitiva, la solución dependerá del carácter que se asigne a las entrevistas a personas menores de edad en Cámara Gessell. Como bien ha señalado el voto mayoritario del tribunal de sentencia, existen al respecto tres posturas: aquellos que entienden que se trata de una declaración testimonial, los que se inclinan por entender que es un testimonio *sui generis*, o bien quienes entienden que constituye una prueba pericial.

Por mi parte, entiendo que ese elemento probatorio es esencialmente un *testimonio* ya que constituye una declaración de una persona física, recibida en el curso del proceso penal, acerca de lo que pudo conocer, por percepciones directas y personales, sobre los hechos que constituyen objeto de prueba en el proceso. Lo relevante de este elemento probatorio es la información que aporta el testigo-víctima acerca de lo que percibió, con sus sentidos, de los hechos investigados. En la mayoría de los casos de delitos contra la integridad sexual el testimonio de la víctima constituye incluso la única prueba *directa* del hecho delictivo investigado.

En consonancia con la postura expuesta, la Ley 8.652 de fecha 26 de Marzo de 2014 incorporó al Código Procesal de Mendoza los artículos 240 *bis*, *ter* y *quater* que implementaron la Cámara Gessell como mecanismo para recibir declaración testimonial a las víctimas de delitos contra la integridad sexual, que hayan tenido menos de 18 años a la fecha de los hechos. La incorporación fue efectuada en la sección destinada a la prueba testimonial, lo cual reafirma la naturaleza de testimonial de la entrevista en Cámara Gessell. No obsta lo expuesto el hecho que el entrevistado, en caso de ser menor de dieciséis años, no se le deba tomar juramento atento a que es inimputable y no podrá cometer el delito de falso testimonio.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Siguiendo los lineamientos centrales en la materia, el art. 240 bis del CPPM prevé, para el caso en que la declaración sea emitida por un menor de 16 años, que ellos sólo puedan ser entrevistados *por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designados por el Tribunal que ordene la medida, no pudiendo, en ningún caso, ser interrogados en forma directa por dicho Tribunal o las partes...* ". Dicha regulación obedece a la conveniencia de que un profesional de esas características tenga la capacidad de trasladar las preguntas que formule a un lenguaje asequible para el niño o niña y de un modo que evite la intimidación y el engaño. Así, la tarea de estos especialistas es asegurar la protección de la integridad de la niña, niño o adolescente y brindarle un trato que no tenga efectos revictimizantes, pero también obtener información útil y confiable sobre lo que le habría sucedido.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas (ECOSOC) en su resolución N°20/2005 en cuanto a la reducción al mínimo indispensable de todo contacto innecesario del niño con el proceso de justicia, resaltando el derecho del niño a ser protegido de sufrimientos durante el proceso judicial, a cuyos efectos los profesionales intervinientes deberán aplicar diversas medidas, fundamentalmente para limitar el número de entrevistas. Igualmente, la ley modelo sobre "La justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos", en su artículo 13, establece que, en la medida de lo posible, el investigador deberá evitar repetir el interrogatorio durante el proceso, con el fin de evitar la victimización secundaria del menor

Todas esas circunstancias hacen que esa declaración testimonial deba ser caracterizada como *sui generis*, debido a que, si bien materialmente el acto no es definitivo e irreproducible -ya que no es imposible, en los hechos, que la víctima declare en el proceso penal en una o varias oportunidades-, existen buenas razones para tratarlo como tal. Por un lado, porque es desaconsejable someter a la víctima a numerosas entrevistas sobre el mismo hecho, ya que en

cada relato ella vivencia nuevamente la situación, reviviendo la angustia provocada por él, dificultando en consecuencia la recuperación terapéutica. Por otro lado, con el transcurso del tiempo es normal que la víctima de corta edad olvide lo sucedido o sus recuerdos sean cada vez menos precisos.

Esta circunstancia hecha por tierra el argumento fiscal en el sentido que, si la declaración en Cámara Gessell es una declaración testimonial, una consecuencia lógica resulta ser que ella no deba ser considerada acto definitivo e irreproducible y, por ende, que pueda producirse sin notificación al imputado. Por el contrario, el carácter *sui generis* antes mencionado hace que el testimonio de la víctima en Cámara Gessell prestado al comienzo de la investigación penal preparatoria constituya un elemento de prueba fundamental que deberá ser valorado por el Tribunal durante el juicio. Este anticipo de prueba que requiere anticipar también el contradictorio, permitiendo el control sobre la prueba por parte de todos los sujetos procesales, sobre todo de la defensa del imputado.

Pero al mismo tiempo, desvirtúa la afirmación del juez cuando éste afirma que por tratarse de una declaración testimonial *sui generis*, cuando se decide si se admite o no su ingreso por lectura al debate, “*la parte que pretende servirse de su contenido, debe primero ofrecerla y luego demostrar que ese pedido está justificado porque concurre alguna de las causales por las que el código autoriza que se reemplace el testimonio en la audiencia por la incorporación por lectura de ese mismo testimonio*” (fs. 139 de la sentencia). Por el contrario, entiendo que una de las consecuencias del carácter *sui generis* de la declaración en Cámara Gessell es que constituye una excepción a los principios que determinan al Tribunal de juicio a valorar sólo la prueba producida durante el debate respecto de la cual tuvo inmediación y en presencia de todas las partes en la audiencia con lo cual se garantiza el contradictorio (principios de oralidad, inmediación y contradictorio), justamente por los motivos antes dados.

Esta excepción hace necesario que, al momento de producir el testimonio se le brinde una adecuada intervención al defensor del imputado con el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

fin de permitir su presencia *activa* durante la audiencia. No solamente debe ser anoticiado de la realización de la medida sino también debe permitirse que elabore preguntas para el testigo-victima que serán realizadas y adaptadas al lenguaje del niño por el especialista. Al respecto no debe perderse de vista que la intervención eficaz del defensor sólo será posible si el imputado ya fue anoticiado o intimado del hecho que se le atribuye, ya que sólo contará con una defensa útil en la medida que conozca –tanto él como su defensor- los extremos del hecho que se le endilga. *Por lo tanto resulta preferible, en la medida en que ello sea posible, efectuar la imputación del art. 271 del CPPM antes de efectuar la declaración en Cámara Gesell.*

Sin perjuicio de ello, y he aquí el núcleo de la cuestión, en caso que el Fiscal de Instrucción no haya reunido, antes de recibirle el testimonio a la víctima, elementos probatorios suficientes para alcanzar el grado de convicción requerido para la imputación (motivos bastantes para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible), el Fiscal deberá igualmente notificar la realización del acto a la defensa oficial para que controle la legalidad de la medida pudiendo examinar que el testimonio sea espontáneo, libre, voluntario, lo menos tendencioso posible y que las preguntas que se le formulen no sean indicativas o sugestivas, que el niño o niña no sea influenciado durante la entrevista para declarar en un sentido, entre otras cuestiones.

Posteriormente, una vez efectuada la intimación del hecho al imputado, la contradicción puede igualmente garantizarse si es que la audiencia ha sido grabada en audio y video. En ese sentido, podrá la defensa observar la grabación, constatar si las transcripciones son fieles al contenido de la entrevista e, incluso, propiciar una nueva declaración en caso que advierta la necesidad de efectuar algunas preguntas que favorezcan a su hipótesis.

En el caso bajo examen, la declaración testimonial de la víctima María Juliana Biscontin fue producida cumpliendo todos los recaudos arriba mencionados, esto es: a) en presencia de un defensor oficial que controlara la

legalidad del acto y pudiera participar activamente de la entrevista a través del profesional; y b) con constancia de la entrevista por diversos medios -en soporte audiovisual y por escrito mediante un desgravado del mismo-.

El sólo hecho de que el magistrado preopinante por la mayoría considere que *es público y notorio* que los defensores oficiales no garantizan en la realidad el derecho de defensa no torna nulo el acto, pues su validez no puede depender del medio que el magistrado considere idóneo para cumplir su finalidad. Dicho razonamiento habilitaría a que toda actuación defensiva que el juzgador considere ineficaz sea declarada nula.

Debe señalarse, además, que tampoco se ha determinado en qué modo la presencia de un defensor oficial nombrado de oficio y no de un defensor de confianza del imputado ha afectado la defensa de Biscontin o perjudicado un derecho concreto de éste, sino que simplemente se destaca que dicha previsión, *generalmente*, resulta ineficaz. Cabe recordar, al respecto, que las garantías procesales no constituyen un fin en sí mismo, sino que están destinadas al aseguramiento de los derechos fundamentales de la persona sometida a proceso. Al respecto, ha señalado la doctrina que “*esta concepción de la nulidad la aleja de la idea de custodia de simples formalidades o rituales huecos, y rescata su función de herramienta técnica garantizadora*” (Cafferata Nores y Tarditti, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba Comentado, Ed. Mediterránea, tomo I, p. 10).

Con todo ello, debe acogerse el agravio de los acusadores público y privado y, en consecuencia, declarar la validez de la producción de la Cámara Gessell aludida.

iii. Incorporación del soporte audiovisual al debate

A modo de argumento subsidiario, entiende el Dr. Comeglio que aún si dicha prueba fuera considerada válida, el tribunal no estaría habilitado para consultar el DVD que contiene la entrevista mantenida por la víctima con el Lic.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Habiján. Para arribar a esa conclusión, menciona que *“leyendo atentamente el ofrecimiento de prueba efectuado por la Fiscalía de Cámara en esta causa (ver fs. 390 y vta.), se comprueba que el mismo se limitó simplemente a ofrecer el testimonio de la menor M.J.B. pero sin hacer ningún tipo de reserva sobre la forma y modo en que se debía instrumentar esa declaración [...]. Además no le interesó al Ministerio Fiscal que ingresara como prueba al debate el video que contiene la grabación de la entrevista que en Cámara Gessell se le hizo a la menor en la instancia anterior, pese a que ese video había sido invocado como prueba esencial en la pieza acusatoria en que se abrió el debate y además fue acompañado en tal carácter cuando la causa fue elevada a juicio (ver fojas remisión y cargo de recepción a fs. 361 y 365 vta.)”* (v. fs. 119 de la sentencia). Luego agregó que *“también he demostrado que el video que contiene la declaración de la menor víctima nunca fue ofrecido como prueba por las partes para que ingresara al debate”* (fs. 140 de la sentencia).

Luego de la compulsión de las fojas individualizadas por el magistrado, me permito respetuosamente disentir con las conclusiones a las que arriba. Así, el *a quo* menciona que el fiscal, al interponer escrito de ofrecimiento de prueba, sólo propuso una nueva declaración de María Juliana Biscontin -lo que surge claramente del apartado “Testimonial” de ese escrito- y la transcripción de la Cámara Gessell de fs. 57/62 -lo que se corrobora en el apartado “Instrumental”-, sin ofrecer el soporte audiovisual de dicha entrevista. Por el contrario, de la atenta lectura del escrito de fs. 390 se desprende que al final del apartado “instrumental” el fiscal ofrece como prueba *“las demás constancias de autos”*, dentro de lo cual se encuentra -lógicamente- el DVD que el juez le reprocha no haber propuesto.

A mayor abundamiento, en el escrito defensivo de ofrecimiento de pruebas (fs. 393), el abogado defensor del imputado adhiere, bajo el título *“Adhesión genérica y automática”*, *“a las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público Fiscal, con excepción de toda otra que no cumpla con las exigencias*

procesales o afecten el bloque de garantías constitucionales”, sin individualizar cuáles serían, a su juicio, las que violarían dicho plexo normativo.

Pero aún más, del acta de debate (fs. 446 vta.) surge que entre la prueba instrumental incorporada se señaló “*documentación y DVD referido a fs. 306 [...], demás constancias de autos*”, agregando luego que todas ellas se incorporaron “*con omisión de lectura y consentimiento de las partes por conocer ellas su tenor*”.

Con todo ello, entiendo que el soporte audiovisual que magistrado considera fundamental para arribar al dictado de una sentencia condenatoria ha sido satisfactoriamente incorporado al debate, pues fue ofrecido diligentemente por el Fiscal (fs. 390), con consentimiento de la defensa en la instancia preliminar al debate (fs. 393) y en el debate mismo (fs. 446 vta.). Por ello, asiste razón a los recurrentes en cuanto a que ambos medios probatorios ingresaron *debidamente* al debate y, por lo tanto, pueden ser evaluados por el Tribunal en la sentencia.

Resulta de fundamental importancia, asimismo, destacar que en pleno siglo XXI, la incorporación de sistemas audiovisuales a los procesos judiciales resultan de fundamental importancia, en tanto contribuyen a lograr el objetivo de alcanzar un expediente digital, a dotarlos de mayor celeridad y a obtener una mayor desburocratización de los mismos, atendiendo en consecuencia a las necesidades de la sociedad de una justicia más ágil y eficaz.

iv. Validez probatoria de la transcripción mecanográfica realizada por el personal policial.

Ya en sí, los motivos expuestos *supra* justifican la declaración de nulidad de la sentencia impugnada, en tanto para arribar a la decisión absolutoria se omitió considerar en sus fundamentos prueba legítimamente incorporada el debate y dirimente para la solución del conflicto.

Sin embargo, el juez también ha decidido apartarse de la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

información contenida en la transcripción mecanográfica de la entrevista contenida en el DVD. Al tratar la cuestión, mencionó el magistrado que “*me queda por determinar que alcance y validez tiene el contenido que de su supuesta desgravación obra en la causa [...], transcripción realizada sin control de partes y que fue incorporada al debate por lectura sin reserva de ningún tipo de los interesados, a los que tampoco nunca les fue notificada la incorporación, obligación que a mi criterio no queda subsanada con el simple hecho de enumerarla entre la prueba de cargo en el momento de concretar la imputación*” (fs. 137 de la sentencia). Respecto de ella, entiende que la circunstancia de que se haya desgrabado el video mediante una transcripción policial y no en un acta judicial, le quita el carácter de instrumento público y no reviste las garantías necesarias para ser válidamente considerado (ver fs. 140 de la sentencia). Al mismo tiempo, destaca que dicha prueba fue incorporada en carácter “instrumental” y no como “testimonial”, lo que constituyó un “subterfugio legal” o un modo de subsanar por “vía oblicua” la omisión de incorporar al debate el soporte audiovisual.

En conclusión, el desgrabado es considerado por el juez como una “simple transcripción policial”, que “*ni siquiera tiene el status de informe técnico*” (fs. 144 de la sentencia).

A mi entender, dicho razonamiento presenta varios problemas. Por un lado, el magistrado aplica un excesivo rigor formal al analizar la validez procesal de los elementos de prueba, olvidando que las reglas del proceso penal son accesorias al derecho sustancial y que sirven al descubrimiento de la verdad real, no constituyendo un fin en sí mismo. Al mismo tiempo, si bien pone énfasis en el interés superior del niño al cuestionar irregularidades al recibir declaración a la víctima en el debate -irregularidades que efectivamente acontecieron- haciéndose eco de cuantiosa doctrina y jurisprudencia que aborda la temática, no tiene en cuenta para valorar la prueba el nuevo paradigma en la materia que impone la investigación de este tipo de delitos. Es decir, aquellas particularidades

vinculadas a la especial relevancia que asume el testimonio de la víctima, el contexto en que debe ser analizado, y el valor de las pericias médicas que lo rodean.

Así, en relación a lo primero, le asigna demasiada relevancia al modo en que se instrumentalizó el desgrabado, omitiendo considerar que esa prueba estaba presente en el expediente y disponible para el imputado para su control desde el momento en que le fue individualizado el hecho que se le atribuye. Por otro lado, pareciera aplicar una especie de “presunción de falsedad” del contenido del desgrabado efectuado por el personal policial, afirmando en varias oportunidades que ello obedece a que el imputado no participó de su confección y, por ende, no pudo controlarlo. La realidad es que tanto el DVD como el desgrabado estuvieron a disposición de la defensa de Biscontin desde la imputación formal en adelante, de modo que si este desconfiaba de la veracidad de la transcripción, en lugar de pretender su nulidad podría haber recurrido a observar el video y ofrecer una transcripción alternativa a la brindada por la División de Escuchas Telefónicas y Recursos Técnicos de la Policía de Mendoza.

Por el contrario, ese elemento nunca fue cuestionado por la defensa, ni al momento de la lectura de la prueba obrante en contra del imputado al formularse la imputación formal, ni durante la investigación penal preparatoria, ni en las instancias preliminares al debate, ni en el mismo debate oral. De ese modo, entiendo que en tanto el contenido del desgrabado no haya sido puesto en tela de juicio por la defensa de Biscontin, pudiendo cuestionarlo a partir de una simple comparación entre el video y su transcripción, dicho elemento estaba en plenas condiciones de ser valorado por el juez y utilizado como elemento útil para la solución del caso.

v. Valor probatorio de las pericias psicológicas

Especial atención merece el valor probatorio que el juez le asigna a los peritos psicológicos que interpretaron la entrevista en Cámara Gessell y que

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

mantuvieron entrevistas privadas con la niña en los primeros momentos del proceso.

Cabe decir que las pericias psicológicas constituyen un elemento de cargo relevante en los delitos contra la integridad sexual. Estas son practicadas tanto al imputado para establecer si presenta rasgos patológicos compatibles con los de un abusador sexual, como también a la víctima a fin de indagar, en primer lugar, si presenta secuelas o rastros de haber sido sometida a un episodio traumático de violencia sexual y, en segundo lugar, la credibilidad de su testimonio en caso de que existan dudas sobre el mismo.

El papel de las pericias psicológicas en la determinación de la responsabilidad por razón de posibles violencias o abusos sexuales tiene hoy fundamental importancia en tanto, en ocasiones, se logra determinar cómo acontecieron los hechos con la presencia del testimonio incriminante de la víctima respaldada por algún informe psicológico que afirme la verosimilitud del relato.

Teniendo en cuenta ello, considero que esta clase de prueba pericial debe ser cuidadosamente producida, ingresada al proceso y valorada, oportunamente, por el tribunal de juicio y las partes. Para ello deben cumplirse los siguientes recaudos: grabar la totalidad del material empírico de que se haya hecho uso (grabación audiovisual); especificar el método utilizado, y si existen varios en contraste, justificar la opción; dejar constancia del tipo de entrevista utilizada según las reglas de la psicología-cognitiva, estructurada u otra-, consignando literalmente las preguntas y respuestas; analizar no sólo los contenidos sino el lenguaje empleado, la probable interacción con adultos interesados en la causa y ajustar las intervenciones a alguno de los protocolos de uso en la materia, dejando constancia de los requerimientos que el mismo imponga al perito y de que éstos han sido satisfechos (ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 171/173).

Sobre esta prueba en particular, la mayoría del tribunal sentenciante sostuvo que *“atento a la solución que he impulsado propiciar aplicar, declarando que como el contenido del video que le sirve de soporte a la declaración testimonial de la menor víctima recibida en Cámara Gessell no ha ingresado a la audiencia, y por ende para mí no puede ser valorado, corresponde anticipar que voy a prescindir de todas las consideraciones que ambos profesionales hicieron ante la consulta de las partes con relación a esa prueba”*. De ese modo, excluyó las consideraciones vertidas por los profesionales al respecto.

Por otro lado, al valorar la pericia psíquica de fs. 42/43, también le restó credibilidad a las conclusiones de los peritos. Por un lado, destacó que no hubo ninguna persona en representación del imputado que controlara dicha prueba; y por otro, que en la declaración de la niña vertida en el debate no pudo advertir la *“actitud de colaboración”* ni el *“lenguaje claro, espontaneo y acorde a su edad”* que manifestaron los profesionales (fs. 167/171).

Ahora bien, entiendo que dicho análisis obedece a una interpretación parcializada de ese informe, en tanto se valoran sólo aquellas partes que justifican su posición, mientras que omite hacer referencia al resto del informe de fs. 42/43, y que no depende en absoluto de la valoración del video que el juez tiene por excluido. En dicho informe, el Lic. Habiján y el Dr. Izura destacan que *“la niña refiere tocamientos en la zona genital (cola de adelante y cola de atrás), identificando como agresor a su progenitor. Señala claramente el espacio físico en el que habría sucedido lo que narra, y las condiciones (habitación de una tía y exhibición de películas). En sus dichos no aparecen contradicciones”*. Por otro lado, tampoco hace referencia al análisis profesional en el sentido que *“no se detectaron indicadores de fabulación o de influencia externa por parte de personas de su entorno”* o que *“el relato resulta confiable”*. Aún menos hace referencia a la conclusión arribada por ellos, esto es, que *“la menor examinada presenta indicadores de haber sido expuesta a una experiencia de contenido sexual”*.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Así las cosas, una vez que el sentenciante preopinante excluyó del plexo probatorio utilizable los tres elementos probatorios de peso para arribar a una decisión condenatoria -declaración de la víctima en Cámara Gessell y su desgrabado, informe pericial elevado por los profesionales Izura y Habiján, y las declaraciones de ellos en el debate oral-, se avocó a la valoración del resto de los elementos de prueba bajo el método de la supresión mental hipotética de los dos antes mencionados, lo cual lo llevó a concluir que el hecho no podía ser acreditado con esos elementos.

Así, explicó el voto mayoritario razonablemente los motivos por los cuales descreía del testimonio de María Rosana Rodríguez y Josefa Moreno Jiménez, respecto de quienes entendió que existía una “animosidad manifiesta” en contra del imputado (fs. 155/158 de la sentencia). Luego, analizó el testimonio del Dr. Lus Salassa, médico que atendió a la niña el 24 de mayo de 2008 en el Hospital Español, quien explicó que la vulvitis es una simple inflamación de la vulva y que ese problema es muy común en las niñas. Agregó que si hubiera advertido síntomas de abuso la hubiera dejado internada, y que no estaba en condiciones de determinar si había abuso porque el órgano sexual femenino es elástico y si se intenta dilatarlo suavemente, sin dañar la zona, el órgano primero cede y luego inmediatamente vuelve a su posición original, por lo que si no hay lesiones o desgarros es muy difícil que ese accionar sea observado a simple vista y que ni un médico forense está en condiciones de comprobar esa maniobra (fs. 158/160).

Por último, valoró especialmente que la primera psicóloga que intervino con la niña, la Lic. Alejandra Daneo, quien refirió que no identificó en ella indicadores de abuso sexual y que la madre tampoco hizo referencia a ello en sus diferentes charlas con la profesional. Para el preopinante del voto mayoritario, ese silencio resulta llamativo *“porque no alcanzo a comprender como puede ocultar una madre que tiene serias sospechas en este tópico esa circunstancia a la profesional a la que concurre para que la ayude con la problemática de su hija”*

(fs. 161 /163).

También analizó la declaración de María Belén Jara -maestra del jardín de infantes “El Sol” al cual asistía María Juliana-, y entendió que las señas a las que aludía la declarante en relación a los tocamientos que la niña dijo que le realizaba su papá, no eran indicativas de ningún tipo de abuso pues fueron hechas *“sin adosarle ningún tipo de meneo o algún otro tipo de movimiento de corte erótico [...], señas indicativas de que también hubo penetración [...], tampoco hizo el típico gesto de desplazamiento hacia un costado de la bombacha [...], lo que pone de relieve que para nada en la representación [...] aparecen gestos compatibles con las representaciones manuales que los peritos oficiales dijeron que había hecho le padre sobre la menor”* (fs. 166).

Descreyó, asimismo, de la declaración de Roxana Greco, dueña y psicopedagoga del jardín “El Sol”, quien explicó el modo en que la niña dibujó un dinosaurio del cual salía una línea con un punto, y que al ser consultada por ella, la María Juliana le contestó que era por donde el animal hacía pis. Para apartarse de los dichos de esa profesional, el Dr. Comeglio afirmó que el dinosaurio dibujado en la audiencia no era siquiera parecido al que consta en el papel, y que mucho menos tenía una línea que salía de sus genitales. Entiendo que al razonar de ese modo, debe tenerse en cuenta que transcurrieron dos años y medio desde el primero dibujo y el segundo, lo que a la edad en que fueron realizados implica una importante diferencia de tiempo. Es decir, ella tenía dos años y cinco meses al realizar el primer dibujo y cinco años y nueve meses al realizar el segundo, por lo que resulta excesivo quitar valor convictivo al testimonio de la psicopedagoga debido a que ellos no se parecen.

Ahora bien luego de recorrer en profundidad el razonamiento del juez, entiendo que la solución absolutoria a la que arriba es consecuencia directa de la omisión de valorar prueba dirimente que ha considerado ilegítimamente incorporada al proceso, de modo que resulta palmario el menoscabo que dicha nulidad genera en los intereses de los acusadores, tanto público como privado.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Así, teniendo en cuenta que la largo del voto se ha demostrado la validez de la Cámara Gessell producida a fs. 53, de su desgrabado de fs. 57/62, y de la legal incorporación de la misma al debate, deberá analizarse si ello impacta en la solución del caso.

Del atento análisis de esa prueba se desprende que la víctima declaró que “el Sergio” le tocaba la cola, la “de adelante” y “la de atrás”, que esos hechos ocurrían en la casa de su familia, a la que calificó como “muy mala”, y más precisamente en la pieza “de la Lorena”. Luego, precisó que el Sergio “*me tocaba la cola con este dedito* (mostrando del dedo meñique) *y se olía*”. A ello agregó que “se hacía pichí”, y mostró con su mano izquierda el movimiento con que lo hacía -hacia arriba y abajo en forma reiterativa-. Afirmó que le tiraba “el pichí” en su cara, y que ese líquido “*era blanco y chiquitito... calentito*”. Por otro lado, señaló que su padre le decía que no dijera nada a nadie porque sino “*no hay más postrecito*”. Preguntada por el profesional, dijo que esa situación se reiteró “*varias veces*”, pero que sólo algunas le tiraba el líquido en su cara, y que en esos casos se limpiaba con la sábana. En esa entrevista, también afirmó que “el Sergio” era su padre, y que nadie lo quiere.

Surge claro del análisis de esa declaración que la niña individualizó espacio-temporalmente la conducta que padeció, como así también que logró identificar sin dificultades al agresor. En efecto, de ella se sigue que los hechos acontecieron cuando iba a la casa de la familia de su padre, Sergio Biscontin, quien la tocaba en la cola y en la vagina en la habitación de su hermana Lorena, en la cual había un televisor, y que se masturbaba delante de la niña, eyaculando algunas veces en su cara, lo que hacía que la víctima debiera limpiarse con la sábana.

Siguiendo los lineamientos desarrollados en las primeras páginas, debemos compatibilizar ese testimonio con los análisis profesionales. Por un lado, el informe de fs. 42/43 ya referido indicó que la niña no fabula ni hay rastros que haya sido influida, como así también que tiene indicadores específicos de abuso

sexual.

Asimismo, en su segunda declaración -prestada en el debate oral-, ella manifestó que su papá le hacía cosas feas y que le había contado a su mamá hacía tiempo. Agregó que nadie le dijo lo que debía decir, que esas cosas le pasaron a ella y no las inventó (ver fs. 28 de la sentencia). Estos dichos, si bien no circunscriben en tiempo y espacio la conducta, están claramente refiriéndose a hechos a los cuales ya hizo referencia en otra oportunidad, es decir, en la Cámara Gessell de fs. 53, con lo que contribuyen al refuerzo de esa declaración.

También colaboran con la solidez probatoria de esa declaración el análisis que Habiján desarrolló en el debate, oportunidad en que manifestó que existían numerosos indicadores que aportaban a la credibilidad del relato. En primer lugar, que era espontánea en su manifestación en relación su corta edad. En segundo término, que la niña *“demostró marcada ansiedad al referir conductas de abuso, no surgiendo aspectos que pudieran sospechar en ella mitomanía, fabulación o inducción”*. Que no puede hablarse de inducción porque, en esos casos, el discurso luce “florido” en base a lo que el adulto le indujo a decir, lo que no ocurre en este caso, en el cual no se ha recurrido a “rellenar” la memoria de la niña.

Un aspecto relevante de su declaración es la interpretación que hace el profesional de las miradas dirigidas de la niña a la madre durante su declaración, que la mayoría del tribunal entendió como un indicio de inducción a declarar en un sentido concreto. Por el contrario, Habiján destacó que ello resulta de una situación de nervios producto de la cantidad de veces que fue sometida al proceso, lo que *“puede llevar a la menor a concluir que los interlocutores piensan que miente o que no le creen”*.

Entiendo que la declaración del profesional resulta seria y razonada. Ello, en tanto explicó detalladamente la técnica utilizada -llamada “Steller”-, y no se limitó a mencionar que el relato de la niña era creíble, sino que

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

brindó motivos que lo llevaron a concluir en tal sentido, es decir, que hubo un correlato gestual con la masturbación, que también hubo un correlato emocional, y que se mantuvo estable en punto a lo central de su discurso, sin agregar otros aspectos que en la primer declaración no mencionó.

La declaración de Izura transitó en un sentido similar a la de su colega, agregando como relevante que *“cuando se induce a un niño de cuatro años a que relate hechos inexistentes, no resulta probable adiestrarlo para que incorpore gestos al relato”*. De ese modo, debemos asumir que no hubo inducción en los dos gestos efectuados por ella en la entrevista: la señalación del meñique y el movimiento de la masturbación.

En suma, las consideraciones expuestas demuestran que la omisión de valorar la entrevista en Cámara Gessell, su desgrabado y las declaraciones de Habiján e Izura han sido determinantes para arribar a una sentencia absolutoria. En consecuencia, el deber de atender a esa prueba para resolver constituye una pieza angular en la valoración del plexo probatorio, de modo que su omisión afecta de nulidad a todo el razonamiento judicial.

vi. Conclusión en punto a la valoración de la prueba

Por las consideraciones vertidas en los párrafos que anteceden, entiendo que corresponde anular la resolución impugnada en base a la causal prevista en el art. 416 inc. 4) del C.P.P.M., debido a que no se han observado en la sentencia las reglas de la sana crítica racional en relación a elementos probatorios de valor decisivo, esto es: el DVD que contiene la declaración en Cámara Gessell de María Julia Biscontin, la transcripción mecanográfica incorporada de común acuerdo al debate, el informe de los profesionales Izura y Habiján obrante a fs. 42/43, y la declaración de dichos profesionales en el debate, esto último como consecuencia de tener por excluido el primero de esos elementos.

Todo ello hace que el razonamiento del juez adolezca de un vicio de nulidad que afecta a todo el acto, debiendo en consecuencia disponerse la

realización de un nuevo juicio.

ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión el doctor MARIO D. ADARO, adhiere por sus fundamentos al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. JORGE H. NANCLARES DIJO:

Atento el resultado a que se llega en el tratamiento de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar parcialmente a los recursos de casación deducidos por el querellante particular y por el Fiscal de Cámara y, en consecuencia, anular la sentencia de fs. 448 y vta. y sus fundamentos de fs. 451/545 dictada por la Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, y reenviar la causa al subrogante legal a los fines de practicar un nuevo juicio.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el doctor MARIO D. ADARO adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. JORGE H. NANCLARES DIJO:

Atento al resultado que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a cargo del imputado y regular los honorarios profesionales de los Dres. Mellado y Cola en la suma de Pesos Tres Mil (\$3.000), por su labor en esta etapa, y al Dr. Ortiz en la suma de Pesos Mil Quinientos (\$.1500) (Art. 558 y concordantes del C.P.P.).

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión el doctor MARIO ADARO adhiere al voto que antecede.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Mendoza, 02 de marzo de 2017.

Y VISTO:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

RESUELVE:

1º) Hacer lugar parcialmente a los recursos de casación deducidos por el querellante particular y por el Fiscal de Cámara y, en consecuencia, anular la sentencia de fs. 448 y vta. y sus fundamentos de fs. 451/545 dictada por la Primera Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial, y reenviar la causa al subrogante legal a los fines de practicar un nuevo juicio.

2º) Imponer las costas a cargo del imputado y regular los honorarios profesionales de los Dres. Mellado y Cola en la suma de pesos tres mil (\$3.000), por su labor en esta etapa, y al Dr. Ortiz en la suma de pesos mil quinientos (\$.1500) (Art. 558 y concordantes del C.P.P.).

3º) Téngase presente la reserva del caso federal efectuada.

Regístrese. Notifíquese.

DR. JORGE H. NANCLARES

Ministro

DR. MARIO D. ADARO

Ministro

Se deja constancia de que el Dr. Omar Palermo no suscribe la presente por encontrarse haciendo uso de licencia (art. 484 en función del art. 411 inc. 5º del C.P.P. Ley 6.730 y sus modif.). Secretaría, 02 de Marzo de 2017.

