

VIEDMA, 14 de octubre de 2020.

Reunidos en Acuerdo los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro señoras Juezas Liliana L. Piccinini y Adriana C. Zaratiegui y señores Jueces Enrique J. Mansilla, Sergio M. Barotto y Ricardo A. Apcarian, para el tratamiento de los autos caratulados "S., J.M. s/Abuso sexual con acceso carnal s/Juicio s/ Casación" (Expte.Nº 27365/14 STJ), devueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con el fin de que se dicte nuevo pronunciamiento respecto de los recursos de casación deducidos, se transcriben a continuación los votos emitidos:

La señora Jueza Liliana L. Piccinini dijo:

1. Antecedentes de la causa:

Mediante Sentencia Nº 44, de fecha 25 de agosto de 2014, la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma resolvió absolver libremente de culpa y cargo a J.M.S. en orden al delito por el que había sido juzgado (abuso sexual agravado por el acceso carnal y por haber sido efectuado aprovechando la situación de convivencia preexistente, cf. art. 119 párrafos primero, tercero y cuarto inc. f CP), sin costas, y ordenó su inmediata libertad.

Contra tal decisión interpusieron recursos de casación la Defensa de Menores e Incapaces, el Ministerio Público Fiscal y la parte querellante, impugnaciones que fueron habilitadas por ese tribunal y posteriormente por este Cuerpo, que las declaró bien concedidas.

Luego de la audiencia respectiva, mediante Sentencia Nº 153/15, este Superior Tribunal de Justicia decidió -por mayoría- rechazar los recursos de casación referidos y, en consecuencia, confirmar en todas sus partes la sentencia absolutoria.

La Defensoría General, en representación de la niña, y la parte querellante dedujeron sendos recursos extraordinarios federales, que fueron concedidos y elevados a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (A.I. Nº 16, del 17/05/2016).

El 4 de junio del corriente, ese alto tribunal decidió declarar procedentes los recursos extraordinarios y dejar sin efecto la sentencia apelada. En sus considerandos, los magistrados firmantes manifestaron que compartían y hacían suyos, en lo pertinente, los fundamentos y conclusiones expresados por el señor Procurador General de la Nación interino en su dictamen del fecha 27 de febrero de 2018, a cuyos términos correspondía remitir en razón de la brevedad. Consecuentemente, la Corte Suprema dispuso que volvieran los autos al origen para que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento, con arreglo a lo dispuesto.

Radicados nuevamente los autos en esta sede e integrado el Tribunal con la señora

Jueza Adriana C. Zaratiegui, por haber cesado el motivo por el cual se había integrado el Tribunal con la señora Jueza María Luján Ignazi, quien intervino en carácter de subrogante, la causa se encuentra en condiciones para su tratamiento definitivo.

2. Agravios de los recurso de casación

2.1. Recurso de la Defensa de Menores

En lo sustancial, la señora Defensora de Menores e Incapaces aduce que la Cámara en lo Criminal ha incurrido en una errónea valoración de la prueba al ponderar el testimonio de la víctima, el peritaje psicológico y el informe de cámara Gesell.

Señala que se ha efectuado un análisis parcial de tales constancias y critica que se haya descreído de los dichos de la niña por algunas imprecisiones de su relato o por el hecho de bostezar en su declaración, en tanto ella explicó que la noche anterior no había dormido bien.

En cuanto a la ausencia de estrés postrauma, señala que no todas las personas reaccionan del mismo modo ante un acontecimiento traumático y critica que el tribunal no haya tenido en cuenta lo informado por la, psicóloga tratante de la niña.

Cuestiona la ponderación realizada respecto del buen rendimiento escolar y la buena conducta de la niña, y vincula esos aspectos con el síndrome de adaptación, con cita de doctrina.

Hace referencia al contexto de violencia familiar y agrega consideraciones sobre la pericial psicológica, que no debía analizar la credibilidad del relato,

Con relación al momento en que se produjo la revelación de los abusos, critica que se haya valorado que la niña obtenía una ventaja objetiva con su relato y considera, entre otras cuestiones, que no tenía tendencia a la fabulación y que no se tuvo en cuenta el temor por las amenazas.

Concluye así que la Cámara en lo Criminal ha restado credibilidad al testimonio de la niña con parámetros inadecuados y advierte que en el caso no se ha realizado un análisis basado en criterios que permitan desmerecer tales dichos.

Finalmente, efectúa la reserva del caso federal y solicita que se case la sentencia.

2.2. Recurso del Ministerio Público Fiscal

La Fiscalía de Cámara plantea que la sentencia absolutoria debe ser revocada por arbitraria valoración de la prueba, que se traduce en una falta de motivación suficiente.

Entiende que el fallo deviene nulo por haber desechado los elementos incriminatorios sin brindar una fundamentación lógica y legal y haber incurrido en las violaciones normativas que cita.

Cuestiona que, sin decirlo, la Cámara haya estimado que la víctima miente y menciona las pruebas que confirman los dichos de la niña: informe de cámara Gesell, pericial psicológica e informe del médico forense. A ello suma que la Lic. Cerdera en audiencia fue concluyente al validar el relato de la niña y que sus maestras tenían como nota distintiva de personalidad su honestidad.

Critica la valoración de un supuesto beneficio en relación con la circunstancia de vivir con el padre y menciona el costo para la víctima traducido en exposición y vergüenza. Afirma que se insiste en una duda que no tiene mayor fundamento lógico que el de la impresión personal de los jueces.

Trae a colación el contenido del informe de la Oficina de Atención a la Víctima del Delito (Ofavi) y a la doctrina legal de este Superior Tribunal sobre la valoración de relatos de menores víctimas de abuso sexual.

Para concluir, efectúa la reserva del caso federal y solicita que se asuma competencia positiva y se condene al imputado por el hecho por el que fue traído a juicio, en los términos de la acusación.

2.3. Recurso de la parte querellante

El letrado apoderado de la parte querellante plantea como agravios la arbitrariedad manifiesta, por considerar que la sentencia tiene fundamentos aparentes, la falta de motivación y la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva.

Afirma que la Cámara en lo Criminal se ha apartado de la prueba científica existente en la causa, ha omitido considerar elementos dirimientes, tales como lo informado por la Lic. Ferri y la Ofavi., y ha interpretado en sentido contrario el informe de la Lic. Cerdera. Entiende que, si consideraba que esas pruebas eran escuetas, debió pedir informes ampliatorios.

Considera que la sentencia se basó en la percepción personal y no en prueba científica, y destaca las evidencias que indican que la niña dice la verdad. Señala que esta afirmó en todo momento la autoría del imputado.

Cita doctrina y jurisprudencia de este Superior Tribunal sobre la valoración de la prueba en este tipo de delitos y señala que la Cámara no ha dado motivos de peso para descreer del relato de la menor.

El recurrente sostiene que la falta de motivación de la sentencia y la violación de las reglas de la sana crítica surgen de la discrecionalidad en el método evaluativo de la prueba pericial y testimonial, en particular en lo que atañe a la cámara Gesell y su respectivo informe, y en tanto ha estimado que la falta de estrés postraumático pasaría a

ser un elemento desincriminante o que le quita credibilidad a la declaración de la víctima. Trae a colación el síndrome de acomodación.

Cuestiona asimismo la valoración de los testimonios de las docentes de la niña y lo argumentado respecto de la motivación para denunciar y la supuesta presión de volver con su madre.

Invoca además la inobservancia de la ley sustantiva, efectúa la reserva del caso federal y solicita que se revoque el fallo recurrido.

3. Escritos de sostenimiento y alegatos en la audiencia ante este Cuerpo

Durante el trámite ante este Cuerpo, la Defensoría General y la Fiscalía General acompañaron escritos en los que sostenían los recursos presentados por la Defensa de Menores e Incapaces y la Fiscalía de Cámara, respectivamente. Luego alegaron en el mismo sentido en la audiencia ante este Cuerpo, oportunidad en la que también se escucharon los alegatos de la parte querellante, en consonancia con su recurso, y de la defensa del imputado, que dio las razones por las que consideraba que la sentencia absolutoria debía ser confirmada.

4. Hechos reprochados

La acusación, pública y privada, le había reprochado al imputado la comisión de los siguientes hechos, según se describen en la requisitoria fiscal de elevación a juicio: "se imputa a J.M.S. haber sido quien, en Viedma (RN), en fecha que no se puede precisar con exactitud pero resulta ubicable entre el año 2009 y los meses de julio o agosto de 2012, en el domicilio sito en calle Murillo 284 del Barrio IPPV, habría abusado sexualmente de M.B.A. en dos oportunidades. A tal fin, aprovechó la situación de convivencia preexistente con la menor A. y que la madre de la niña -J.A.M.- pareja de S. no se encontraba en la vivienda; en una ocasión, contando M.B.A. con 10 u 11 años de edad, S. la habría llevado hasta la cama y luego de sacarse la ropa y pedirle a la menor que lo mirara la habría manoseado en sus partes. En otra ocasión, contando M.B.A. con 12 años de edad, en el mes de julio o agosto de 2012, S. habría conducido a la niña hasta la cama situada en una habitación de la vivienda, comenzando a tocarla, subiéndose encima de la niña y bajándose el pantalón y el calzoncillo para luego penetrarla con su pene en la vagina de M.B.A., ello a pesar de la resistencia que la misma oponía" (conf. cita efectuada en la sentencia impugnada, fs. 488).

5. Dictamen de la Procuración General de la Nación al que remite la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Procuración General, en el dictamen que la Corte Suprema de Justicia de la Nación

hace suyo (fs. 668/673), sostuvo que la sentencia de este Superior Tribunal que había confirmado la absolución del imputado resultaba arbitraria, en tanto en esa decisión, adoptada por mayoría, no se había puesto de relieve la doble condición de la niña, tanto de menor de edad como de mujer, que la vuelve particularmente vulnerable a la violencia. Citó sobre esos aspectos normas convencionales y jurisprudencia consultiva y contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como también observaciones generales del Comité de Derechos del Niño.

Entiende que "resulta manifiesta (...) la importancia de evaluar las declaraciones de niños y niñas bajo el tamiz de la inexperiencia que pueden presentar en algunos aspectos de la vida, y teniendo especialmente en cuenta su edad y madurez intelectual. En esa inteligencia, aprecio que en el fallo impugnado la mayoría (...) no ha examinado las constancias bajo esas pautas, específicas para casos como el de autos".

Refiere que la mayoría se apartó de los estándares internacionales que rigen el juzgamiento de este tipo de hechos, a la vez que hizo hincapié en aspectos tales como el supuesto desinterés, las hipotéticas contradicciones y la omisión de detalles que no se ocupó de particularizar. Estima que la sentencia incluye en su argumentación afirmaciones dogmáticas, estereotipos basados en el género y la edad y consideraciones que solo serían resultado de una mera subjetividad de los jueces y de visiones sesgadas de las constancias de la causa, e incluso de un análisis superficial de determinadas cuestiones.

Es por ello que concluye que "el pronunciamiento de la mayoría no expone fundadamente una duda razonable acerca de la intervención y responsabilidad de S. en los hechos objeto del proceso, sino que se ha limitado a tratar de desvirtuar la actitud de la menor víctima, omitiendo la evaluación de constancias relevantes con arreglo a los criterios de aplicación en la investigación de hechos de estas características".

6. Análisis y solución del caso

6.1. Luego de la reseña realizada en los apartados anteriores, corresponde analizar los fundamentos de la sentencia absolutoria recurrida en casación, así como las constancias de la causa en la medida en que estas resultan revisables, en conformidad con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Casal" (Fallos 328:3399) y, en particular, conforme lo ordenado en este expediente, con remisión a lo dictaminado por la Procuración General de la Nación. Ello permitirá apreciar que la Cámara en lo Criminal ha valorado la prueba reunida en forma arbitraria y aparente, sin tener en consideración los estándares que rigen según la perspectiva con la que deben ser

juzgados los supuestos como el presente, que exige actuar con debida diligencia para atender a la vulnerabilidad de la víctima, de acuerdo con su género y edad, lo que incluye, en este caso, un particular énfasis en el modo en que se valorará su relato.

6.2. Ingresando ahora en el análisis de lo argumentado por la Cámara en lo Criminal, vale recordar que el tribunal destacó la existencia de dos datos de claro valor incriminante: por un lado, el indicio de oportunidad que surgía de la circunstancia de que el imputado mantenía al momento de los hechos una relación de pareja con la madre de la niña, que posibilitaba la convivencia en el domicilio familiar, y, por otra parte, la desfloración de antigua data que presentaba al ser examinada, según surge de los informes médicos agregados en la causa, a la que el tribunal se refirió como "la constatación de la existencia de relaciones sexuales por parte de la niña".

Sin perjuicio de ello, el tribunal estableció a continuación "los problemas del caso" que surgían en lo que respecta a la asignación de autoría a S. pues, al tratarse de hechos generalmente ejecutados en un ámbito de privacidad y con ausencia de testigos presenciales, debía acudir a la valoración de los dichos de la niña y confrontarlos luego con las demás constancias. Al respecto, entendió que "se observa, en la periferia del relato, la presencia de varias situaciones que no acompañan el relato de la niña, de modo de consolidar adecuadamente una hipótesis que permita tener por ocurrido el facto, más allá de toda duda, y con la certeza requerida para dictar una sentencia condenatoria" (fs. 497).

Tal como anunció el propio juzgador, "los problemas" de la fundamentación de la sentencia se advierten precisamente con la argumentación arbitraria, errónea y -en definitiva- carente de perspectiva acorde con el género y la edad de la víctima que a partir de allí se desarrollaría en torno a la ponderación de la declaración brindada en cámara Gesell, que incluyó también el análisis de su vinculación con las demás pruebas existentes en la causa.

Concretamente, la Cámara le restó valor convictivo a esa declaración, argumentando que se trataba de un "relato desprovisto de detalles, autocontradictorio, y sin correlato emocional para la gravedad de los hechos que vino a relatar", a lo que agregó que, "si bien dice la psicóloga (que llevó adelante la cámara Gesell) del óptimo clima vincular, del lenguaje adecuado, lo cierto es que al referir las ocasiones en las que fue accedida carnalmente, lo hizo bostezando permanentemente, luego que primero dice que fueron dos veces, luego se retracta y esboza una sola vez, plantea un panorama donde ella le niega a S. que se ponga un profiláctico, o que se lo sacaría, que él la obligaba a mirarlo,

pero luego dice que no vió nunca sus partes íntimas"; a ello suma "la imprecisión en fijar la fecha de los abusos, y la del acceso en particular".

Resulta relevante exponer los vaivenes del propio razonamiento del tribunal que, a modo de diálogo, ensaya luego una serie de justificaciones que seguidamente descarta una a una, sea a partir de datos externos al relato en sí, o bien a partir de meras opiniones, para arrojar como resultado una supuesta duda que, como se demostrará, no resulta fundada.

Concretamente, el tribunal sostiene que "todas esas situaciones son explicables desde el trauma que una niña en esa situación podría estar viviendo, pero lo cierto es que luego, al correlacionarse éstos hechos con la pericia psicológica de Cerdera surge la ausencia de Stress post trauma como rasgo llamativo, desde que tampoco hay presencia de correlato emocional, ni detalles del asunto. Claro que, se puede argüir nuevamente en contrario, el Stress post trauma puede aparecer tardíamente, o no hacerlo, pero lo cierto es que es llamativo, junto a lo antes señalado, acerca del grado de convicción que merecen los relatos de la niña. Ello más allá de la subjetividad de la perito, al no creer que un relato falso pueda ser sostenido en el tiempo. También está la cuestión de las fechas de los hechos (2 años dantes de la denuncia, conforme el certificado médico de fs. 84 vta.), que dificultan su fijación, aunque finalmente el instructor lo hiciera en Julio o Agosto de 2012" (fs. 497 y vta.).

En primer lugar, es necesario aclarar que en esta causa no se ha realizado una pericial psicológica sobre el contenido del relato de la niña para establecer la credibilidad en base a criterios, lo que, si bien podría haber sido útil -como un elemento más de análisis-, de ningún modo impide ni reemplaza la valoración que de su contenido deben realizar quienes ejercen la labor de juzgar, a partir de lo que surge directamente del registro audiovisual de la cámara Gesell. Su visualización permite apreciar que la declarante transmite una suficiente cantidad de detalles sobre los hechos y que las supuestas contradicciones que refiere la sentencia no son tales. A modo de ejemplo, la niña explica que la penetración habría sucedido una sola vez (esto se vincula con el último hecho de los que refiere, en julio o agosto del año anterior a la entrevista), y que en otra ocasión el suceso habría consistido en un manoseo, sin acceso carnal. Por otra parte, narra que el imputado le "decía que lo mire", mientras que se observa que cuando dice que ella no lo miró, es en respuesta a un interrogante que le plantea la profesional que lleva adelante la diligencia sobre si S. tenía tatuajes, etc., en su zona genital. Del registro también surge con claridad el contexto y sentido que debe dársele a la

referencia al preservativo, cómo fue que el imputado quería ponerse un preservativo y ella le dijo que no, el sentido que le dio la niña a esa maniobra. Es imprescindible considerar la explicación que le da esta a la psicóloga, omitida en la sentencia, en tanto le manifiesta que creía que "iba a ser peor" si su agresor se colocaba el preservativo, circunstancia que es demostrativa de la ingenuidad de la niña, pues, según su explicación, pensó que impidiéndole eso evitaría el acceso que finalmente aconteció. Este es un aspecto que debió haber sido ponderado para acrecentar la credibilidad que emerge del relato, en tanto da cuenta de que la niña de ningún modo vinculó esa actitud del imputado con algún potencial "beneficio" para su salud sexual, entendida esta siempre dentro del contexto de violencia en que se venían desarrollando los hechos cuya secuencia claramente aquella expuso. Se advierte así que en ese tramo del relato, la declarante hace referencia a interacciones y conversaciones con su agresor y proporciona información exacta sobre detalles mal entendidos (en el caso, el sentido del intento por colocarse el preservativo y sus consecuencias). Tales rasgos resultan indicativos de credibilidad, entre otros que suelen tenerse en consideración según las técnicas que se emplean para el análisis del contenido de este tipo de declaraciones, como la técnica denominada Statement Validity Assesment -SVA- que es la que debe seguirse según lo dispuesto por la Acordada 03/15 STJ, para el caso de que se estime necesaria -ya que se aclara que no es obligatoria- la realización de una pericial psicológica, posterior a la declaración en cámara Gesell, que dictamine sobre la credibilidad del relato (art. 1.e). Otros parámetros también presentes en el caso, como ya se mencionó, son la existencia de detalles y la falta de inconsistencias, e incluso la admisión de falta de memoria sobre ciertos aspectos, que también se encuentra presente, en tanto la niña no puede precisar las fechas de los abusos padecidos.

A lo que se viene exponiendo cabe añadir que, aunque la Cámara en lo Criminal ha aludido a los bostezos de la declarante, interpretando a partir de ese dato su supuesta falta de interés, en rigor no se trata de un parámetro que desvirtúe la convicción que emerge de ese relato sino que pone en evidencia que la Cámara no lo valoró en forma completa ni adecuada. Al declarar, la niña explica, hacia el final de la diligencia, los motivos por los que tenía mucho sueño. Dice que se había quedado despierta hasta tarde, mirando una película, e incluso le pide disculpas a su interlocutora por sus reiterados bostezos, todo lo cual transcurre con naturalidad, según puede verse en el registro audiovisual. Esta última constatación es conteste con el clima vincular satisfactorio que describió la profesional en su informe, circunstancia que la Cámara

mencionó para luego restarle todo mérito, sin brindar fundamentos válidos.

Por otra parte, es necesario destacar que la falta de correlato emocional y/o estrés postraumático que son referidos por la Cámara en lo Criminal, en coincidencia con las apreciaciones de la profesional que efectuó la pericial psicológica a la niña, no son datos útiles para descreer de sus declaraciones. En ese sentido, en primer lugar se advierte que el mismo tribunal ha reconocido que "el Stress post trauma puede aparecer tardíamente, o no hacerlo" (fs. 497 vta. supra). Asimismo resulta relevante lo establecido en otra prueba que debió ser valorada por la Cámara: el informe de la Ofavi (fs. 155/156) da cuenta de que ciertos indicadores se encontraban velados por el síndrome de acomodación, característico en estos casos, que "se erige como mecanismo defensivo inconsciente, necesario para la supervivencia".

6.3. En relación con esos lineamientos, este Superior Tribunal ha establecido que no existe una regla general en cuanto a los síntomas que pueden o no presentar los niños, niñas y adolescentes que son víctimas de abusos sexuales, con cita de estudios que indican que el abuso sexual "puede pasar desapercibido por mecanismos psicológicos de acomodación frente a lo traumático. La pequeña víctima o el/la joven adolescente suele mantenerlo en secreto, por miedo a ser castigado, responsabilizado, no creído, a posibles represalias por parte del perpetrador ante amenazas y en ocasiones también por parte del núcleo familiar y sobre todo por los desbordantes sentimientos de vergüenza y culpa que le generan este tipo de situaciones al involucrar su psicosexualidad?. En definitiva, no todas las personas ?abusadas sexualmente exhiben síntomas manifiestos de daño o de distress observables y ello no significa que no estén sufriendo. Por ejemplo, algunas (...) lidian con el abuso sexual tratando de hacer sus mayores esfuerzos para no pensar y hacer como que no ocurrió, lo que obstaculiza su investigación en la justicia (...)" (cf. STJRNS2 Se. 158/14 y 134/15, entre otras, con citas de la Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso, UNICEFADCJUFEJUS, 2013, págs. 74 y 76, http://www.unicef.org/argentina/spanish/proteccion_Guia_buenas_practicas_web.pdf.). Estas precisiones sobre cómo interpretar los indicadores o su ausencia resultan relevantes para tener una perspectiva adecuada a la hora de juzgar causas como la presente, que involucran conductas abusivas hacia personas menores de edad, donde saber escuchar e interpretar su relato resulta fundamental y los aportes interdisciplinarios, como las pruebas y estudios descriptos, brindan elementos de

análisis que fueron soslayados en la sentencia impugnada. Ello guarda relación con el adecuado respeto que debe asignarse al derecho de la niña a ser oída, como parte de la protección especial que debe garantizársele en su carácter de persona menor de edad, lo que se suma a la mayor rigurosidad y diligencia que debe caracterizar la tramitación de procesos que involucren violencia hacia las mujeres.

En relación con lo que se viene exponiendo, cabe recordar que este Superior Tribunal de Justicia ya ha establecido, en un caso en el que también se soslayó el relato de una niña sobre conductas de abuso de las que habría sido víctima, que "(e)l juzgador debió entonces valorar lo que la niña dijo, 'con la suficiente amplitud y el debido contexto' que deben primar en situaciones que involucren violencia hacia la mujer (en el caso, una niña), en los términos expresados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cf. causa 'Leiva', sentencia del 01/11/11, adoptada por remisión al dictamen de la Procuración Fiscal, punto 3) y en conformidad con la doctrina legal de este Cuerpo, que establece los alcances del mérito de los medios de prueba e indiciarios que deben primar al evaluar este tipo de sucesos (STJRNS2 Se. 182/17 y Se. 203/16, entre otras).

"Tal exigencia de amplitud probatoria, por razones de violencia de género, se suma - como ya se mencionó- al deber de motivar adecuadamente toda decisión que pudiera afectar derechos de personas menores de edad, por la necesidad de garantizarlos. En particular, debe respetarse el derecho a que el interés superior del niño sea considerado de modo primordial (conf. art. 3 CDN) y a que este participe en el proceso y se escuche su opinión y todo lo que tenga para decir al respecto (art. 12 CDN), entendido esto último de modo que se atienda a su particular situación y se valore debidamente lo que tiene para manifestar, y no simplemente que se le dé la oportunidad de expresarse, pero sin que quien ha de definir la suerte del proceso que involucra sus derechos, en calidad de víctima, pondere efectivamente sus dichos.

"Resulta relevante destacar, tal como ha entendido el Comité de los Derechos del Niño al interpretar el alcance de los derechos convencionales mencionados, que '[I]os tribunales deben velar por que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente'. A ello se suma que '[e]l artículo 12 de la Convención establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan. Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés

superior'.

"Particularmente en lo que respecta a la argumentación y el deber de motivación de las decisiones, el Comité ha puntualizado que '[a] fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada. En la motivación se debe señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso en concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado. Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular' (Comité de los Derechos del Niño, 'Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo1)', 29 de mayo de 2013, párrafos 29, 53 y 97).

"Resulta importante mencionar que el Comité ha establecido que los niños o niñas víctima 'deben tener la oportunidad de ejercer plenamente su derecho a expresar libremente sus opiniones' y que, en relación con las condiciones básicas para la observancia del derecho a ser escuchado, '[e]l Comité insta a los Estados partes a evitar los enfoques meramente simbólicos que limiten la expresión de las opiniones de los niños o que permitan que se escuche a los niños pero no que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones' (Comité de los Derechos del Niño, 'Observación General N° 12 (2009) El Derecho del niño a ser escuchado', 20 de julio de 2009, párrafos 62 y 132)? (STJRNS2 Se. 276/17).

A ello se suma que, más recientemente, este Cuerpo ha afirmado que "el derecho convencional con jerarquía constitucional y suprallegal (léase, art. 3° CDN en función del art. 75 inc. 22 C.Nac. y art. 7° inc. b Convención de Belém do Pará) exige, en casos como el presente, un triple plus protectivo a la hora de investigar delitos que afecten a una víctima, mujer y niña" (STNRN Se. 71/19 Ley 5020, del 04/10/19).

6.4. Siguiendo con el análisis de lo argumentado por la Cámara, es necesario consignar que, además de lo expuesto sobre la interpretación del relato de la niña, existen otras deficiencias en la motivación expresada en el párrafo de la sentencia antes expuesto. Así, es pasible de crítica el señalamiento realizado en cuanto pretende desestimar lo afirmado por la psicóloga que efectuó el peritaje psicológico a la niña, en relación con que un relato falso no podría ser sostenido en el tiempo. La falta de intermediación impide conocer el contexto en que ello fue afirmado durante el debate, mas lo que sí se advierte es que el tribunal no ha brindado razones que demuestren que tal aseveración de la profesional sería desacertada, al menos en relación con este caso. En otras palabras, la Cámara no demostró que la niña hubiera mentido en las ocasiones en que habló sobre lo que le habría sucedido y, aun así, prefirió no descartar la posibilidad de la mentira y erigió en esa supuesta duda su voto.

Además, y sin perjuicio de lo ya expuesto sobre el valor que cabe asignar a la dificultad de la declarante para fijar las fechas de los hechos, se advierte la falta de fundamentación de la sentencia en cuanto hace referencia a este punto. La certificación médica de fs. 84 vta. a la que se alude es del 28 de febrero de 2013, cuando la niña tenía doce años, y de allí surge que la pareja de su madre abusaba de ella "hace dos años". Ello se condice entonces con el primero de los hechos que, según la requisitoria de elevación a juicio, habría ocurrido cuando la niña contaba "con 10 u 11 años de edad". En cuanto al hecho que "finalmente el instructor [fijara] en Julio o Agosto de 2012", según lo expresa el tribunal, se corresponde con el segundo de los sucesos descriptos en esa pieza procesal, que habría incluido el acceso carnal. Se advierte así que la acusación, tal como ha sido formulada por el Ministerio Público Fiscal, es congruente con lo que expone la niña, por lo que no se advierte cuál sería el aspecto problemático que intenta señalar la Cámara sobre la temática de las fechas. Se aprecia así una fundamentación dogmática y aparente en esta cuestión.

6.5. Más adelante la Cámara en lo Criminal sigue enumerando argumentos que, según apreció, le hacían dudar sobre la ocurrencia de los hechos.

Así, valoró que tenía un excelente rendimiento escolar y que en ese ámbito educativo la menor solo habría referido problemas domésticos y que quería ir a vivir con su padre, según declararon las docentes.

Ya ha sido tratada la temática de la aparición o no de indicadores (como podría ser el caso del bajo rendimiento escolar) según cada individuo, lo que pone en evidencia la irrelevancia de su ausencia, como sucede en este caso.

Por su parte, que la niña haya mencionado a sus maestras la problemática familiar es un dato que también aparece en oportunidad de declarar en cámara Gesell, coincidencia que contribuye a la credibilidad de esa declaración que tampoco fue considerada por el tribunal.

El siguiente elemento ponderado en detrimento de la credibilidad asignada a la declaración de la víctima tiene que ver con la oportunidad en que esta contó lo que le estaba sucediendo, que el tribunal vinculó con un cálculo de beneficios que resulta inadmisibles, además de que -como se verá- omitió ponderar otras pruebas relevantes sobre esa ocasión.

Lo explicó del siguiente modo: "... a esto se suma como nuevo elemento debilitante, la génesis misma del relato del abuso: las circunstancias en que la niña, bajo la presión de volver con su madre al domicilio en lugar de mantenerse en el de su padre, donde se ha visto se encontraba a mayor gusto, y el momento en que lo refiere, menguan su fuerza probatoria, haciendo tañir nuevamente la duda acerca de su ocurrencia. Puede decirse al respecto que evidentemente aquí la niña obtendría una ventaja objetiva con su relato, y más allá de ser ello verdad o no, es un nuevo dato que afecta la valoración de sus dichos" (fs. 497 vta.).

Vale recordar que la develación de los hechos tuvo lugar cuando la madre de la niña fue a buscarla con el imputado a la salida de la escuela luego de haber convivido unas semanas con su padre, con quien se encontraba cómoda, según sus propios dichos. Resulta absurdo, y solo producto del descreimiento total de sus dichos y -como lo expresó la Procuración General de la Nación- de una mera subjetividad y visión sesgada de los jueces, sostener que la niña inventó de repente una falsa acusación de conductas abusivas solo para no volver a un lugar donde la convivencia era conflictiva y no tenía todas las comodidades que sí le brindaba su padre. No puede omitirse ponderar que, además de ese supuesto invento, la joven debió actuar en consecuencia, ya que el tribunal no tuvo en consideración que las personas que estuvieron presentes en esa ocasión (cuyos dichos se reseñaron en la sentencia) dieron cuenta de un estado de desesperación y angustia de la niña, y también dijeron que, producto de eso, debieron indagar por qué no quería regresar al hogar materno; fue en ese marco que le preguntaron sobre la temática del abuso, y ella recién ahí lo mencionó, secuencia que también fue relatada de manera coincidente por la niña.

Otras pruebas que son contrarias a la posibilidad de que la niña haya mentado en la ocasión tienen que ver con su perfil, en tanto las docentes que la tuvieron como alumna

sostuvieron que es una persona honesta (fs. 496 y vta.), y también quedó establecido pericialmente que no tiene tendencia a la fabulación (fs. 121). Esto se suma entonces a lo que se viene exponiendo, en cuanto a que brindó una declaración cuya credibilidad no puede descartarse de ningún modo, con mayor razón si se valora en forma conjunta con el resto de las constancias probatorias que tienen puntos coincidentes, por lo que queda vacía de contenido la afirmación de la sentencia que señala que "(e)n el caso no hay manera de entender que la versión de la niña ha sido acompañada por otros elementos".

Vale traer a colación la oración que sigue a la idea antes citada, donde se señala que "a su padre nada dijo nunca sobre lo que luego denunciara, ni ha sido traída a debate la amiga de la pequeña a la que le habría contado...".

Sin perjuicio de aclarar que la ausencia del relato de esa otra niña nada indica frente al resto del material probatorio colectado, sí resulta relevante destacar que, según el registro de la cámara Gesell, la víctima explica que le incomodaba hablar del tema, que solo se lo había contado antes a una amiga y que al menos quería estar viviendo con su padre para poder decirlo, para evitar que pasaran episodios como los del día anterior, en alusión a lo ocurrido en la escuela, donde el encuentro entre el imputado (que había ido junto a su madre a buscarla) y su padre (que también había acudido alertado por un mensaje de celular que le hizo llegar su hija) terminó en forma violenta, con fuertes golpes (el primero le pegó al segundo).

6.6. La sentencia menciona luego algunas constancias de actuaciones del fuero de familia, concretamente en alusión a grabaciones donde la niña, en sede judicial, narra y da cuenta del deterioro del vínculo entre ella, por un lado, y su madre, junto al imputado e incluso sus hermanitas, por el otro. De su visualización surgen datos que apuntalan la credibilidad de los dichos de aquella e incluso permiten apreciar la razón por la que no habría dicho nada de "estas cosas que sucedieron" a su madre (en clara alusión a los abusos): expresa allí que nunca se lo pudo contar y, en relación con la posibilidad de hacerlo, encoge sus hombros y hace un gesto elocuente, como de desinterés, transmitiendo así la que sería la actitud de su madre (ver minuto 8:40 de la videograbación del 02/05/13).

En relación con lo expuesto sobre si la niña contaba o no lo sucedido, también es necesario consignar que el tribunal ha introducido una valoración del informe de la psicóloga tratante que, si se contrasta con el contenido que emerge de esa prueba, se observa que se le ha asignado un alcance que no tiene, producto de su cita fragmentada

y descontextualizada. Se lee en la sentencia que "tras pocas sesiones hubo de suspender el tratamiento aconsejado por la Jueza de Familia, pues la niña se negaba a hablar sobre el asunto" (fs. 498 vta.). Sin embargo, de la lectura de ese informe surge, como aportes valiosos para ponderar en el caso, que más de seis meses después de la denuncia (el informe es de fecha 18/09/13) la profesional resolvió detener las entrevistas terapéuticas para no revictimizar a la niña, que expresamente había manifestado su voluntad en ese sentido. Consignó también que esta había logrado "generar mecanismos psíquicos de tramitación del trauma que ha padecido" (fs. 288/290).

6.7. Se advierte entonces que existen en la causa diversas constancias probatorias e indiciarias que, contrariamente a lo establecido en la sentencia, apuntalan la declaración de la niña, la que, además, no presenta rasgos significativos que permitan restarle credibilidad. Todo este cuadro probatorio, arbitrariamente valorado por el juzgador, le quita entidad a la razonabilidad de la duda afirmada en la sentencia a partir de tales ponderaciones.

En efecto, a pesar de que la Cámara en lo Criminal estimó que solo podía dudar, ha quedado demostrado que no solo contaba con dos elementos incriminantes, como sostuvo, consistentes en la desfloración del himen de la niña y la oportunidad dada por la convivencia familiar, sino que ha valorado en forma arbitraria las características y el contenido de su relato, advirtiendo imprecisiones, falta de detalles y contradicciones donde no las hay.

De modo similar, el tribunal ponderó otras constancias que, lejos de sustentar alguna duda sobre los hechos relatados, convergieron en apuntalar la credibilidad de la narración. Se ha hecho referencia, en ese sentido, a los testimonios de las docentes y quienes la asistieron cuando estos abusos salieran a la luz y fueran denunciados, que transmitieron la angustia y la desesperación de la niña, y el modo en que se la interrogó en esa ocasión. También se cuenta con las explicaciones brindadas por ella en el marco de actuaciones en otro fuero, donde dio cuenta del deterioro del vínculo con su madre y los motivos por los que no había hablado con ella de lo que venía padeciendo, lo que se suma a sus explicaciones sobre por qué tampoco se lo había contado a su padre, según dijo en cámara Gesell, lo que incluía su anticipación y el intento de evitar la reacción violenta del imputado hacia su progenitor, lo que finalmente sucedió en ese encuentro, el día que no pudo ocultar más lo que venía padeciendo. Respaldan además los dichos de la niña sus rasgos de personalidad, descriptos por quienes habían sido sus docentes, y también los aspectos psicológicos, además de la evolución de la tramitación del trauma,

explicada por la profesional que la había tratado. Si todos esos elementos hubieran sido debidamente valorados, con una adecuada escucha hacia la niña, en forma conjunta y con la debida diligencia que debe caracterizar la investigación y el enjuiciamiento de este tipo de sucesos, no habría quedado margen para la duda en los términos en que fue afirmada en la sentencia.

Se observa así que la sentencia en crisis ha desarrollado fundamentos de modo aparente y dogmático, llegando incluso a afirmar que se estaba ante una "situación de testigo único", lo que contrasta con todo el conjunto de pruebas ya reseñadas. Estas indudablemente le daban sustento a los dichos de la niña, que el tribunal decidió no escuchar, invocando una duda pretendidamente razonable cuando no resultaba en modo alguno razonable dudar.

Sobre el punto cabe recordar que en esta causa la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recordado -con remisión a lo dictaminado por la Procuración General- que "ese estado de duda no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de una minuciosa, racional y objetiva evaluación de todos los elementos de prueba en conjunto (Fallos: 311:512 y 2547; 312:2507; 314:346 y 833; 321:2990 y 3423). La mera invocación de cualquier incertidumbre acerca de los hechos no impide, per se, obtener razonablemente, a través de un análisis detenido de toda la prueba en conjunto, el grado de convencimiento necesario para formular un pronunciamiento de condena.

"El concepto 'más allá de duda razonable' es, en sí mismo, probabilístico y, por lo tanto no es, simplemente, una duda posible, del mismo modo que no lo es una duda extravagante o imaginaria. Es, como mínimo, una duda basada en razón (conf. Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en el caso 'Victor vs. Nebraska', 511 U.S. 1; en el mismo sentido, caso 'Winship', 397 U.S. 358)".

En virtud de todo lo expuesto, al verificarse que la duda en la que se basó la Cámara en lo Criminal solo se sustenta en conjeturas y en apreciaciones subjetivas que se apartan no solo de las constancias reunidas en la causa sino también de la adecuada forma de juzgar hechos como los que son objeto de este proceso, según lo consignan la normativa internacional y su correcta interpretación, antes reseñadas, la sentencia deviene arbitraria y pierde por ello la cualidad de obra jurisdiccional. En definitiva, la falta de fundamentación adecuada de la sentencia impone su anulación y el reenvío de la causa para que otro tribunal pondere la totalidad de la prueba que se produzca en un nuevo debate, en conformidad con los fundamentos desarrollados.

Así, la realización de un nuevo juicio, además de garantizar el derecho a recurrir y a

obtener una revisión amplia de lo que eventualmente se decida (cf. arts. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCyP), no vulnera en modo alguno la prohibición de doble juzgamiento o ne bis in idem, en virtud de que la decisión que se anula no se encuentra firme (arts. 8.4 CADH y 14.7 PIDCyP) y no resulta válida, en tanto afecta garantías constitucionales, en particular, el debido proceso, la motivación adecuada de las sentencias y el derecho de la niña víctima a ser oída y a que se considere su interés en forma primordial (arts. 18 y 75 inc. 22 C.Nac., y 3 y 14 CDN). A ello se suma que, por tratarse de una mujer (niña), el Poder Judicial en su conjunto está llamado a cumplir una obligación asumida convencionalmente, que es la de actuar con debida diligencia al momento de investigar y sancionar la violencia contra la mujer, que se vincula también con la obligación de garantizar el acceso efectivo a los procedimientos judiciales y, en su caso, a un juicio oportuno (Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer -Convención de Belém do Pará-, arts. 7.b y 7.f).

7. Decisión

En virtud de lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar a los recursos de casación deducidos en autos, anular la sentencia impugnada, junto con el debate correspondiente, y remitir la causa a la Oficina Judicial Penal de la Iª Circunscripción Judicial para que un tribunal con diferente integración continúe con el trámite (art. 441 CPP Ley P 2107).

ASÍ VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez Enrique J. Mansilla y la señora Jueza Adriana C. Zaratiegui dijeron:

Adherimos al criterio sustentado y a la solución propuesta por la vocal preopinante y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión los señores Jueces Sergio M. Barotto y Ricardo A. Apcarian dijeron:

Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que nos preceden en orden de votación, NOS ABSTENEMOS de emitir opinión (art. 38 LO).

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE:

Primero: Hacer lugar a los recursos de casación deducidos por la señora Defensora de Menores e Incapaces Patricia Alejandra Arias (fs. 505/509), por el señor Fiscal de Cámara (fs. 510/518) y por el letrado Guillermo F. Campano, apoderado de la parte querellante (fs. 519/526).

Segundo: Anular la Sentencia N° 44/14 de la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma, junto con el debate correspondiente, y remitir la causa a la Oficina Judicial Penal de la Iª Circunscripción Judicial para que un tribunal con diferente integración continúe con el trámite (art. 441 CPP Ley P 2107).

Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver los autos.

Firmantes:

PICCININI - MANSILLA - ZARATIEGUI - BAROTTO (en abstención) -
APCARIAN (en abstención)

PROTOCOLIZACIÓN:

Sentencia: 65

Secretaría N°: 2