

///MA, 31 de marzo de 2015.

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “F., I.A. s/ Queja en: \F., I.A. s/Abuso sexual agravado\” (Expte.Nº 27339/14 STJ), puestas a despacho para resolver, y

CONSIDERANDO:

Que la deliberación previa a la resolución ha concluido con el acuerdo de los señores Jueces que se transcribe a continuación.

La señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini dijo:

1. Antecedentes de la causa:

1.1. Mediante Sentencia Nº 37, del 4 de agosto de 2014, la Sala B de la Cámara en lo Criminal de Viedma resolvió -en lo pertinente- condenar a I.A.F. a la pena de tres años de prisión en suspenso, como autora penalmente responsable de delito de abuso sexual agravado por haber sido cometido por el responsable de la guarda del menor (art. 119 párrafos primero y cuarto inc. b, en función del quinto párrafo, C.P.).

Posteriormente dictó una aclaratoria y a la parte resolutive reseñada le agregó las pautas de conducta establecidas en el inc. 1º del art. 27 bis del Código Penal.

1.2. Contra lo decidido, la Defensa Pública de la imputada dedujo recurso de casación, cuya denegatoria motiva la queja en examen.

1.3. Llegada la causa a esta instancia, a fs. 86 la doctora Adriana C. Zaratiegui se excusa de entender, por lo que se convoca al doctor Eduardo Roumec a subrogarla, en los términos del art. 22 inc. a.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Denegatoria del recurso de casación:

En su denegatoria, el a quo sostiene que la crítica a la motivación del Tribunal vertida al dictar condena solamente trasunta una divergencia en la apreciación de la prueba, lo que no implica una trasgresión que resulte materia propia de la casación. Niega que su resolución carezca de fundamento y, en relación con el encuadramiento normativo, diferencia la simple vigilancia del niño, en un cuidado no habitual, ocasional o por acotado espacio temporal, del de una niñera que debe cuidarlo de manera regular, aunque no sea a tiempo completo. Cita doctrina a favor de lo resuelto y concluye que la crítica carece de sustento.

3. Agravios del recurso de queja:

/// Luego de reseñar su recurso de casación, la quejosa sostiene que había demostrado la valoración parcializada de la prueba puesto que, de haberse realizado de modo correcto, se debía absolver a su pupila. Considera que no se ha acreditado el vínculo entre los síntomas del menor y el reproche por el abuso sexual, y critica la valoración de su

testimonio, dado que este tiene “juicio aun insuficiente y en desarrollo, sin posibilidad de poder discriminar realidad de fantasía”, tal como concluye el perito forense. Añade que no se limitó a disenter con la valoración efectuada por el Tribunal de juicio y afirma que la declaración de la imputada no fue oída e insiste en la valoración parcial de la prueba.

Asimismo, reitera el segundo agravio casatorio vinculado con la violación al derecho de defensa, por los continuos cambios de calificación de la conducta enrostrada. Sostiene que, entonces, la inadmisibilidad lesiona la garantía del doble conforme, y cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso.

Aduce que el recurso de casación incluye las cuestiones de prueba, siempre que no estén sujetas a la intermediación y, sobre la cuestión vinculada con la calificación jurídica de los hechos, dice que la Cámara “por un lado deniega el recurso de casación y paralelamente pasa a resolver el agravio, citando incluso jurisprudencia que avalaría su postura”, cuando lo que se pretendía era que eso fuera controlado por otro Tribunal.

4. Hechos reprochados:

El sentenciante tuvo por acreditada la acusación, consistente en atribuir a I.A.F. que, en un periodo de tiempo ubicable entre el mes de junio y el 16 de agosto de 2011, en horas de la tarde, abusó sexualmente del menor M.A.C.G. Ello ocurría mientras se hallaba encargada de su guarda, aprovechando los momentos en que la madre no estaba en el hogar. En tales circunstancias, conducía al niño hasta la cama, lo desnudaba para luego quitarse ella la ropa y le tocaba el pene, besándolo en la boca, para luego subírsele encima, frotando su vagina contra el pene. Los hechos ocurrían en la vivienda que habitaba el menor, junto a su madre.

5. Tratamiento de la excusación de la doctora Adriana C. Zaratiegui:

En primer lugar, he de tratar el apartamiento solicitado por la doctora Zaratiegui, quien manifiesta que ha intervenido previamente en carácter de Fiscal de Cámara, al dictaminar durante el trámite que terminó con el rechazo de la apelación interpuesta contra el auto de procesamiento de la imputada (fs. 169/170) y al ofrecer prueba (fs. 228). En razón de

///2. ello, entiende que su situación está contemplada en las previsiones del art. 43 inc. 1º del Código Procesal Penal.

Analizadas las constancias de la causa, adelanto mi opinión de que cabe admitir la inhibición en estudio, en tanto tal instituto está previsto para asegurar una recta administración de justicia y una conducta imparcial e independiente de los jueces,

quienes se encuentran obligados a actuar de manera neutral y objetiva y a dictar decisiones que no despierten sospechas ni en los justiciables ni en la comunidad.

En tal sentido, la ley faculta a los jueces -y a la vez se los exige- a apartarse de un proceso si se configura uno de los supuestos previstos en el código adjetivo, o bien si existe algún otro motivo que, a su criterio, pueda comprometer la objetividad o la neutralidad de su intervención o pueda arrojar sospechas sobre sus decisiones (ver STJRNS2 A.I. 35/07 “Ojeda”, A.I. 15/13 “Méndez” y A.I. 16/14 “Azaroff”).

En el caso, la situación señalada por la doctora Zaratiegui está contemplada en el art. 43 inc. 1º del código de rito, por lo que su solicitud de tratamiento resulta atendible y debe ser admitida, lo que así propongo al Acuerdo, en vistas a preservar las garantías del juez imparcial, el debido proceso y la defensa en juicio reconocidas en la Constitución Nacional, y también consagradas expresamente en los arts. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad federal en virtud de la incorporación expresa en el art. 75 inc. 22 (conf. CSJN en autos “Dieser y Fraticcelli”, del 08/08/06, y “Llerena”, del 17/05/05, entre otros).

6. Análisis y solución del caso:

En su declaración indagatoria, la imputada negó los hechos abusivos reprochados y reconoció que se encargaba del cuidado del niño. Dijo que había advertido a la madre del niño que este se tocaba en los genitales y, ante preguntas que se le hicieron, aclaró el tiempo en que lo cuidaba, lo que se encontraba autorizada a hacer o no, y diversas cuestiones vinculadas con su trato con el niño.

En consecuencia, es cierto que F. se encontraba con el niño a solas en determinados períodos de tiempo, pues lo tenía a su cuidado, en la casa que este habitaba.

/// También resulta de toda claridad que el niño de cuatro años de edad relató en su declaración mediante el sistema de cámara Gesell que era sometido a conductas abusivas por parte de la encausada.

La Defensa intenta desestimar la capacidad de representación de dicha prueba, pues dice que esta se sustenta en el mito de que “los niños no mienten”, y que es necesario atender a las particularidades del caso. Así, considera insuficientes las meras palabras del menor y los informes de las psicólogas terapeutas o de quien lleva adelante la declaración mencionada.

En apoyo de su postura señala opiniones generales de expertos, relativas a la necesidad de que para tal franja etaria se realicen preguntas directas a los niños, a que su capacidad de distinguir en su recuerdo si un suceso es imaginado o real no se encuentra plenamente desarrollada y a que incluso pueden proporcionar relatos falsos que les han sido introducidos con distintos procedimientos por una figura de autoridad.

En el caso en examen, la Defensa plantea que en la entrevista al menor solamente se consideró la hipótesis incriminatoria; que hubo una inducción de estereotipos negativos y preguntas con información falsa; que se emplearon muñecos anatómicamente correctos, dibujos y técnicas proyectivas, y que hubo una reiteración de entrevistas (dice que la totalidad fue realizada con posterioridad a la declaración mediante cámara Gesell).

La lectura de la sentencia permite desechar los argumentos expuestos por la parte, en tanto el juzgador expuso las razones que le han permitido sostener que lo relatado por el niño es lo que realmente ocurrió, de modo que no incurrió en el error alegado de dar por válido los dichos por la sola circunstancia de que así fueron expresados.

Por el contrario, en lo que se refiere específicamente a este tema, el a quo puso de manifiesto la inexistencia de indicadores de contaminación en el relato, y estableció que a “lo largo de autos, no se ha vislumbrado ningún elemento que haga suponer que semejante relato le haya sido inducido por alguien y mucho menos, que haya sido inventado por él, lo que a la vez ha sido corroborado por la prueba producida en el debate conforme se irá describiendo. Contrastados los testimonios de la víctima, con los de su madre, peritos, profesionales que lo atendieron y docentes, se tiene la seguridad que no ha existido manipulación alguna de terceros para que declare en algún sentido”.

Al respecto advierto que, no obstante la corta edad del niño, este ha expresado con toda claridad, tanto mediante su expresión oral como en la modalidad gestual y por medio de ///3. la utilización de objetos, la existencia de un hecho de indudables connotaciones abusivas, tal como fue reprochado.

Atento a la crítica específica de la Defensa, recuerdo que entre las “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos” (Res 2005/20 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, 36ª sesión plenaria, 22 de julio de 2005), la N° 18 enfatiza: “La edad no deberá ser obstáculo para que el niño ejerza su derecho a participar plenamente en el proceso de justicia. Todo niño deberá ser tratado como testigo capaz, a reserva de su examen, y su testimonio no se considerará carente de validez o de credibilidad sólo en razón de su edad, siempre que por su edad y

madurez pueda prestar testimonio de forma inteligible y creíble, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia”.

En consecuencia, es igualmente reprochable la postura cuestionada por la Defensa -“el niño no miente”- que, como vimos no sigue el juzgador, como la que parece colegirse de su recurso, en el sentido de que, dada la corta edad de este, no hay elementos de análisis que permitan determinar la veracidad de su relato.

Es cierto que el informe del Cuerpo Médico Forense ha detectado en el niño un juicio y prueba de realidad insuficientes, pero dentro de parámetros normales, sin desarrollo de la capacidad de metamemoria, razón por la cual resulta más vulnerable al olvido y a la influencia de terceros en la fijación y evocación, con un juicio aún insuficiente y en desarrollo, sin posibilidad de poder discriminar realidad de fantasía.

Asimismo, diagnosticó un trastorno de estrés postraumático, el que, según determinados datos aportados por la madre -tocamientos genitales compulsivos, conductas regresivas correspondientes a estadios previos y que el peritado había superado-, podría tener una relación etiológica con el hecho denunciado por erotización externa prematura (ver fs. 100/101vta.).

Y es justamente tal situación de erotización externa prematura la que mencionó el menor como infligida por parte de su cuidadora.

En este sentido, cabe notar que tales conductas en el niño aparecieron de modo brusco y fueron coincidentes con el período de tiempo en que comenzó a encontrarse bajo el cuidado de la imputada, a lo que se agrega que, de acuerdo con la referencia de la madre, el menor

/// comenzó a relatarle circunstancias abusivas que “no tenía de donde aprenderlas” (ver copia de la sentencia, a fs. 25).

Así, por un lado, es razonada la conclusión del juzgador de que el menor “expresó una constelación de peculiaridades que en general aluden al mundo sexual que no pudo conocer de otro modo que viviéndolas, máxime si tomamos en cuenta que de tanta gente que se oyó o que estudió al niño, nada dicen acerca de crecer en un ambiente libertino o donde tales sucesos sean habituales. Por ello es que la única hipótesis posible para la adquisición de tales conocimientos sea tenerlas por recibidas de la imputada, en el acometimiento de que fuera objeto” (ver fs. 29).

Por otro lado, superado el tema de la fuente de adquisición de las prácticas relatadas -esto es, situadas en el mundo real y no en otro imaginado-, también es del todo correcta la ponderación del a quo sobre la “inconmovible estructura y contenido que ha

desplegado el niño, a lo largo de sus deposiciones y entrevistas, en los que descollan detalles de contexto que dan clara muestra de la vivencia sufrida. Por ejemplo, se puede citar cuando fue interrogado por su entrevistadora, y contó que I. jugaba a caballito con él, se sacaba y le sacaba la ropa, y lo besaba, saltando sobre él, sin la perspectiva de construcción de las implicancias sufridas con la mirada del adulto, sino con las limitaciones propias de su estado de crecimiento intelectual” (fs. 30).

Asimismo, el juzgador analizó en el niño el correlato emocional de sus dichos. Esto es del todo evidente, tanto en el informe forense respectivo como en la observación de la declaración en cámara Gesell.

De tal modo, se ha dado tratamiento a los dos principales factores de consideración para valorar el testimonio, como son la exactitud (o veracidad) de los dichos, esto es, la correspondencia entre ellos y lo realmente sucedido, y la credibilidad (o sinceridad), que es la convicción del testigo en relación con lo que dice (ver Inés Lucero, *El testimonio de los niños en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1ª ed., 2011, pág. 29).

La autora citada refiere, en la pág. 41, que la capacidad de los niños desde los tres o cuatro años de edad para recordar y decir la verdad de lo ocurrido depende de que la entrevista forense se haya realizado de modo adecuado, y en la visualización de la declaración del menor en cámara Gesell, contrariamente a lo sostenido por la Defensa, no advierto las deficiencias que apunta.

///4. En este sentido, entiendo que no se ha seguido solo la hipótesis incriminatoria, sino que se ha procurado corroborar o descartar los dichos del menor con información contextual (v.gr., si se encontraban solos al momento de los hechos, si el niño o la imputada intercambiaban palabras, si esto ocurría una vez o varias, si la situación de abuso se producía con la ropa puesta, si el hecho le ocasionaba algún dolor, etc.); tampoco noto que se le haya proporcionado información falsa, con la inducción de estereotipos negativos, mientras que el empleo de muñecos, dibujos y técnicas proyectivas -el menor utilizó un muñeco para escenificar lo que ocurría- no se encuentra desaconsejado. Por último, en cuanto a la reiteración de entrevistas -atendiendo a la problemática de la sugestión o implantación de un recuerdo sobre un hecho no ocurrido-, como la propia Defensora sostiene, estas fueron posteriores a la cámara Gesell, siendo esta la prueba esencial merituada.

La revisión integral de lo decidido en el marco del agravio reseñado permite concordar con la denegatoria del a quo, en tanto es cierto que la Defensa plantea una mera

discrepancia subjetiva con la tarea por la cual aquel tuvo por acreditada la materialidad y la autoría reprochadas.

En su segundo cuestionamiento del recurso principal, la Defensa dice que la sentencia ha incurrido en un error en la calificación legal, en torno a la agravante de la guarda. También se queja de los continuos cambios de calificación al respecto, pues no es lo mismo prestar una declaración indagatoria por un abuso simple que por otro agravado por la guarda. Con cita de doctrina, añade que el encargo momentáneo de vigilancia no se encuentra abarcado por la calificante y destaca que el menor víctima no estaba abandonado, sino que tenía una madre encargada de su cuidado y manutención, que requería que le vigilaran al niño en su propia casa durante el corto lapso de tiempo en que asistía a clases.

En relación con el alegado perjuicio por los cambios de calificación, este no es tal, dado que ya en su declaración indagatoria inicial (ver fs. 112/113) la imputada proporcionó el detalle del tiempo en que cuidaba al menor y las características de las tareas que desarrollaba, extremos que definen la existencia o inexistencia de la guarda.

Acerca de la correcta subsunción jurídica de los hechos, la calidad del guardador está dada por quien se encuentra particularmente obligado a tutelar a la víctima. Ciertamente es que parte de la doctrina considera que el encargado de la guarda es incluso quien se ocupa de ella

/// de manera momentánea, mientras que otra dice que el simple encargo con tales características es insuficiente.

Se trata obviamente de la determinación de una situación de hecho a la cual debe dársele una mayor o menor entidad temporal, y aquí no aparece absurdo el mérito del juzgador que la consideró establecida, pues lo hizo a partir de la ponderación de la edad de la víctima y su dependencia de la imputada, la soledad en que aquella se encontraba, y los meses y el horario establecido en que fue cumplido tal rol, todo lo que lo llevó a concluir que no puede estimarse que se trate de un encargo momentáneo u ocasional.

Por los motivos que anteceden, al igual que respecto del agravio anterior, acierta el a quo al denegar el recurso por no verificar una crítica concreta y razonada de lo decidido.

7. Decisión:

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo: a) hacer lugar a la excusación formulada por la doctora Adriana C. Zaratiegui, y b) rechazar el recurso de queja deducido en las presentes actuaciones. **ASÍ VOTO.**

Los señores Jueces doctores Ricardo A. Aparicio y Enrique J. Mansilla dijeron:

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

Los señores Jueces doctores Sergio M. Barotto y Eduardo Roumec dijeron:

Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que nos preceden en
orden de votación, NOS ABSTENEMOS de emitir opinión (art. 39 L.O.).

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE:

Primero: Hacer lugar a la excusación formulada por la doctora Adriana C. Zaratiegui a
fs. 86 de autos (art. 43 inc. 1º C.P.P.) y mantener la presente integración del Tribunal.

Segundo: Rechazar el recurso de queja interpuesto a fs. 76/80 de estas actuaciones por
la señora Defensora Penal doctora Marta Gloria Ghianni y su Adjunto doctor Camilo J.
Curi Antún en representación de I.A.F. y, atento a que ha sido revisada en forma
integral, confirmar en todas sus partes la Sentencia definitiva N° 37, dictada el 4 de
agosto de 2014 por Sala B de la Cámara en lo Criminal de Viedma.

///5.

Tercero: Registrar, notificar y oportunamente archivar.

ANTE MÍ:

Firmantes:

PICCININI - APCARIAN - MANSILLA - BAROTTO (en abstención) - ROUMEC
(subrogante en abstención)

ARIZCUREN Secretario STJ

PROTOCOLIZACIÓN:

Tomo: 1

Sentencia: 33

Folios N°: 121/125

Secretaría N°: 2