

Superior Tribunal de Justicia

Viedma

En la ciudad de Viedma, a los 10 días del mes de septiembre de 2021, finalizado el Acuerdo

celebrado entre los miembros del Superior Tribunal de Justicia señores Jueces Sergio M.

Barotto, Sergio G. Ceci y Ricardo A. Apcarian, señora Jueza M<sup>a</sup> Cecilia Criado y señor Juez

subrogante Adrián F. Zimmermann, para el tratamiento de los autos caratulados "C. CH. N. C/

L. D. A. S/ ABUSO SEXUAL" RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL (Legajo MPF-VI-01924-2018),

teniendo en cuenta los siguientes

#### ANTECEDENTES

Mediante Sentencia N° 31, del 12 de abril de 2021, este Superior Tribunal de Justicia rechazó la queja interpuesta por el Ministerio Público Fiscal y, de tal modo, confirmó las

decisiones del Tribunal de Impugnación (TI en lo sucesivo) que, al denegar las presentaciones

deducidas por esa parte (así como por la querrela), convalidaban la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal de Juicio del Foro de Jueces de la I<sup>a</sup> Circunscripción Judicial respecto

de D.A.L. y G.O.L., a quienes se les habían reprochado los

delitos de abuso sexual simple agravado por el vínculo (arts. 45 y 119 in fine CP) y abuso

sexual simple (arts. 45 y 119 primer párrafo CP), respectivamente.

Contra lo así resuelto, la Acusación pública deduce el recurso extraordinario federal en estudio, que el señor Fiscal General sostiene y contestan el abogado particular de G.O.L.,

la señora Defensora General subrogante por D.A.L. y el titular de la Defensoría General,

este último en representación de los derechos del niño víctima.

#### CONSIDERACIONES

Los señores Jueces Sergio M. Barotto y Sergio G. Ceci y la señora Jueza M<sup>a</sup> Cecilia Criado dijeron:

1. Agravios del recurso extraordinario federal

La Fiscal Mariana Giammona y su Adjunta Georgina Amaro alegan que la discusión traída es de índole federal, en tanto se halla en cuestión la violación del debido proceso y el

derecho al recurso de la víctima (arts. 8.1 y 25 CADH); plantean asimismo la arbitrariedad en

la valoración de la prueba de parte del TJ, puesto que dejó de lado elementos de prueba dirimientes y les quitó peso a otros sin razones suficientes, lo que se tradujo en la afectación

del derecho del niño víctima a ser oído (arts. 8.1 CADH y 5 y 12 CDN). En relación con ello,

invocan asimismo la arbitrariedad por la omisión de aplicar precedentes obligatorios de la

Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Luego de una reseña de los antecedentes de la causa, desarrollan sus agravios afirmando inicialmente que este Cuerpo violentó el debido proceso al no celebrar la audiencia

prevista legalmente y no verificar si el discurso de la denegatoria se compadecía con lo sucedido en la audiencia de impugnación ordinaria, a lo que añaden que tampoco constató si

se advertía alguna cuestión federal.

En tal orden de ideas, refieren que el art. 249 del Código Procesal Penal prevé una audiencia para la parte interesada, que fue omitida en el caso, de modo que la "cuestión federal tampoco fue tratada en la queja, pues el STJ nada dijo de los derechos del niño víctima". Citan la normativa involucrada y aducen que un recurso judicial efectivo "no puede

reducirse a una mera formalidad (que es lo que el Ministerio denuncia aquí), sino que deben

examinar las razones invocadas por la víctima y manifestarse expresamente sobre ellas", lo

que no ocurriría en el caso dado que este Tribunal "hace un análisis pormenorizado de lo

fallado por el TJ y fundamentalmente de lo dicho por el perito, pese a que no corresponde ese

análisis para resolver la queja".

Tachan de dogmática la respuesta obtenida e insisten en que no se ha efectuado ni siquiera someramente un análisis preliminar de la posibilidad de revisar lo revisable, por lo

que entienden que se tuvieron en cuenta las garantías constitucionales de los imputados y se

soslayaron los derechos del niño víctima.

También argumentan que este Cuerpo confirmó una versión sesgada y arbitraria de los elementos de prueba y, respecto de D.L., expresan que no se comprende si la absolución fue por la duda, por la ausencia de tipo subjetivo o porque el hecho ocurrido ya

había sido juzgado, mientras que nada se dijo para fundar la absolución de G.L.

Hacen referencia a un aspecto probatorio relativo al conocimiento o desconocimiento del niño

sobre la persona de su tío G. y se oponen a las conclusiones vinculadas con la falta de detalles de contexto en el relato de aquel pues, por contar con cuatro años, "no puede exigírsele que (los) otorgue o tenga sentido de la ubicación temporal (lo que es impropio)...

para su edad". Alegan asimismo que, de "ser así, cualquier relato de un niño de menos de 10

años debería descartarse, pues los jueces no van a contemplar el relato, lo que es un grifo a la

impunidad de casos de ASI".

Citan fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el concepto de duda razonable y reiteran que las declaraciones de los niños deben sujetarse a parámetros tales

como su aptitud, edad, madurez intelectual y evolución de su capacidad. Sobre el punto, continúan, no hallan razón para sostener que el niño inventó las situaciones de abuso relatadas

y que, en rigor, sus dichos no fueron meritados.

En este orden de ideas, explican que se realizaron dos cámaras Gesell y que las menciones de una profesional (la licenciada Hernández) según las cuales podría tratarse

de situaciones referidas a "cuestiones de higiene del padre con el menor" aludían a un hecho distinto del que aquí se juzga y por el cual D.L. fue sobreseído.

Se agravan también porque se "sacraliza al testimonio del perito forense al darle una importancia superlativa sobre el resto de las profesionales no perito -y que por esa precisa

razón- les resta valor expresamente", y critican que se hayan ponderado los dichos del niño en

relación con lo sostenido por la entrevistadora de la cámara Gesell.

De tal modo, discrepan con el mérito de la prueba de cargo y, acerca de la posible afectación del non bis in idem, razonan que entre la primera cámara Gesell y la segunda transcurrieron más de siete meses, período en que el niño se revinculó con su padre, y que fue

en ocasión de este proceso que sucedió el hecho aquí reprochado.

Reeditan sus objeciones a la tarea probatoria y sostienen que este Cuerpo se apartó del precedente de Fallos 343:354, cuya omisión adjudican a la diversidad de género entre las

víctimas, cuando lo relevante es la protección por la condición de ser niño.

Invocan jurisprudencia que consideran aplicable al caso y, en atención a lo expuesto, piden la concesión del remedio federal intentado.

## 2. Dictamen de la Fiscalía General

El señor Fiscal General Fabricio Brogna reseña las actuaciones y comparte los argumentos expuestos en el recurso extraordinario federal, en tanto resulta aplicable la doctrina de arbitrariedad de sentencia, a cuyo respecto desarrolla conceptos generales. Coincide con las funcionarias recurrentes cuando cuestionan la preferencia dada a los testimonios del perito forense y de la entrevistadora de la cámara Gesell, cuando lo relevante

eran los dichos del niño y la prueba de cargo que menciona. Estima que no se respetó el derecho de este a ser oído ni fue correctamente ponderada su declaración, y expone consideraciones también generales sobre el control de convencionalidad a cargo de los jueces.

## 3. Dictamen de la Defensoría General

En la intervención que le toca de acuerdo con lo dispuesto por el art. 103 del Código

Civil y Comercial, el señor Defensor General Ariel Alice expresa su coincidencia con los agravios del Ministerio Público Fiscal, en la medida en que estima evidente la omisión de analizar el relato del niño, quien ha narrado los hechos vivenciados de manera espontánea, detallada coherente, circunstanciada y sin contradicciones, a la vez que los ha distinguido y ha identificado a los imputados (su padre y su tío).

Remite al criterio sentado por el máximo tribunal de la Nación en el ya mencionado precedente de Fallos 343:354 y alega que se ha incumplido la exigencia constitucional y convencional de oír al niño.

#### 4. Contestación de traslado de la defensa particular de G.O.L.

En el acápite titulado "Paupérrimos argumentos de la Fiscalía", el letrado Daniel F. Mayor manifiesta que es inadmisibles que se utilicen remedios procesales para lo que constituyen solo discrepancias con lo resuelto y agrega que el Ministerio Público Fiscal propone un análisis sesgado de la prueba, lo que ejemplifica aludiendo al conocimiento de la parte sobre el resultado de la prueba pericial realizada por el forense licenciado Battcock.

Se opone a la afirmación de que el niño no fue escuchado, puesto que este se expresó en dos cámaras Gesell, y afirma que la propia Fiscalía sometió esas entrevistas al análisis del perito referido, quien concluyó que confundía episodios y fechas y tenía un relato contaminado. Señala que estos datos fueron valorados por el TJ, el TI y este Cuerpo, a lo que añade que es necesario diferenciar entre una sentencia arbitraria y una sentencia en la que se arriba a una solución distinta de la pretendida.

Aduce luego que todos los agravios están referidos al reproche sobre D.A.L. y "se olvidan una vez más, como a lo largo de todo el proceso, de G.", a la vez que señala que la apelante no respeta los incs. b), c), d) y e) del art. 3º Acordada 4/2007 de la Corte Suprema.

Expresa seguidamente que el Superior Tribunal no hizo otra cosa que analizar las pruebas, entre ellas las escuchas al niño y el resultado del peritaje del experto oficial, y advierte que es al Ministerio Público Fiscal al que le corresponde demostrar los hechos (art.

59 CPP). Finalmente, considera que es un dato no menor la ausencia de recurso de la parte

querellante, pese a que haber actuado hasta la queja en esta sede.

#### 5. Contestación de traslado de la Defensa de D.A.L.

La señora Defensora General subrogante Marta G. Ghianni advierte que las recurrentes incurrir en inobservancia de los incs. a) y j) del art. 2° y los incs. c), d) y e) del

art. 3° de la Acordada 4/2007 del máximo tribunal, lo que hace aplicable su art. 11°.

Argumenta que no se puede perseguir nuevamente a su pupilo, pues se trata de un mismo hecho, que ni siquiera existió. Tampoco observa un supuesto de arbitrariedad de sentencia, en tanto fueron satisfechos los estándares requeridos, y explica que lo sucedido fue

que la prueba era insuficiente, de modo que la aplicación al caso del principio de inocencia y

la regla in dubio pro reo se ajustaba a las garantías constitucionales vigentes.

Afirma que se ha analizado la declaración del niño y que la duda a la que se arribó no fue producto de una mera convicción subjetiva, sino que contó con fundamentos que fueron

debidamente explicitados. Además, prosigue, no puede cargarse al señor L. la responsabilidad del Ministerio Público Fiscal por haber producido pruebas insuficientes para

su hipótesis y explica que, de acuerdo con el sistema que nos rige, no puede pretenderse satisfacer el derecho de las víctimas condenado a una persona cuando su culpabilidad no pudo

ser acreditada.

Asimismo, entiende que en autos se cumplió con la garantía de revisión y que los agravios de la parte acusadora trasuntan una mera disconformidad con la decisión absolutoria,

mas no demuestran la arbitrariedad de lo decidido.

#### 6. Solución del caso

Como ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cf. Fallos 339:307, 339:299, 319:1213 y 317:1321), los órganos judiciales a los que cabe expedirse acerca de la concesión del remedio federal tienen el deber de examinar los requisitos formales establecidos en su Acordada N° 4/2007 (cf. Fallos 340:403) y además evaluar si, en un primer análisis, la apelación cuenta con fundamentos suficientes para invocar un caso excepcional. Al efectuar dicho control se constata que el recurso ha sido deducido en tiempo, por parte legitimada al efecto y contra una sentencia definitiva del superior tribunal en el orden local, mas no reúne todos los recaudos plasmados en los arts. 2° y 3° de la acordada aplicable, lo que sella su suerte adversa. Es que, en primer lugar, en la carátula prevista en el art. 2° las funcionarias firmantes introducen sus críticas a la decisión recurrida en el punto en que solo debían individualizarla (cf. inc. f), a lo que se suma que uno de esos agravios no aparece luego como parte de las cuestiones planteadas, a la vez que tampoco realizan la simple cita de todas las normas involucradas ni de los precedentes de la Corte sobre el tema, los que luego sí se mencionan en el cuerpo del recurso (inc. i). Además, la argumentación recursiva tampoco satisface las exigencias de los incs. d) y e) del art. 3° del mismo reglamento, lo que hace aplicable su art. 11°. En efecto, en primer lugar las apelantes alegan la violación del debido proceso y el derecho al recurso, en atención a la omisión de celebrar la audiencia prevista en el art. 249 del Código Procesal Penal (Ley 5020), planteo que se vincula con una temática que ya ha sido abordada y resuelta por este Superior Tribunal en sentido contrario a la postura de la parte: "es dable destacar que, además de que constituye per se una temática de naturaleza no federal, el

planteo no se hace cargo de que el rechazo in limine se fundó en que no se daba en el caso

ninguno de los supuestos taxativamente previstos en el art. 242 del Código Procesal Penal.

"Así, en la decisión atacada se explicaron detalladamente las razones que permitían descartar la configuración de alguna cuestión atendible en la instancia federal... Ello en modo

alguno implica una afectación de la garantía de la defensa en juicio y atiende a la simplificación y celeridad que también establece el art. 7 de la Ley 5020" (cf. STJRN Se. 6/19

Ley 5020 y Se. 85/20 Ley 5020, entre muchos otros).

También se ha dicho que tal tesitura coincide con el temperamento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha establecido que las decisiones sobre la modalidad de

tramitación de los recursos son de naturaleza procesal y, consecuentemente, no justifican el

otorgamiento de la apelación extraordinaria (cf. Fallos 300:436, 302:1134, 306:94, 307:474,

308:1253, 311:357, 519, y 1513; 313:77, 317:1679 y 319:399). En el mismo sentido, el máximo tribunal ha expresado: "Lo decidido por el superior tribunal de justicia de la provincia no resulta irrazonable si fue resuelto sobre la base de la interpretación de normas

locales, a la luz de las circunstancias fácticas del pleito, que por ser propias del conocimiento

de los jueces de la causa no autorizan la apertura de la instancia del art. 14 de la ley 48, cuando cuenta con argumentos suficientes que al margen de su acierto o error, impiden su

descalificación en los términos de la doctrina de la arbitrariedad" (Fallos 330:4211, citado

recientemente en STJRN Se. 2/20, Se. 23/20, Se. 82/21 y Se. 94/21, todas de la Ley 5020).

Asimismo, se constata que las recurrentes no señalan cuáles han sido los argumentos que se han visto privadas de esgrimir en el acto que dicen erróneamente soslayado, lo que

también conspira contra la viabilidad de sus reclamos.

En el análisis del recurso se verifica también que, invocando el incumplimiento de garantías convencionales y constitucionales que imponen la exigencia de oír al niño antes de

adoptar la decisión jurisdiccional sobre la hipótesis acusatoria que lo tenía como víctima de

un delito, el Ministerio Público Fiscal procura en realidad replantear aspectos de hecho y

prueba ajenos a la instancia federal, salvo arbitrariedad que no se observa en el caso.

Sobre el punto, cabe sostener -sintéticamente- que el derecho del menor a ser oído (art. 12 CDN) obliga a los Estados Partes a garantizar a la niña o al niño que esté en condiciones

de formarse un juicio propio el "derecho de expresar su opinión libremente" en todos los asuntos que lo afecten y que resulta de suma relevancia la forma elegida para que se ejerza

ese derecho, directa o indirectamente, previa información o asesoramiento; en tal sentido,

"libremente" significa que pueda expresar sus opiniones sin presión ni manipulaciones, influencias o presiones indebidas (CSJN en causa "H., A.O. s/infracción ley 23.737", fallo del

24/06/2021).

En coincidencia con lo anterior, en el precedente "S., J. M. S/ ABUSO SEXUAL ART. 119 3° PÁRRAFO"

(Fallos 343:354, del 04/06/2020, citado por la parte), la Corte

Suprema ha establecido que, en el marco de cualquier proceso judicial, los puntos de vista del

niño debe ser tomados en consideración según sus aptitudes, edad, madurez intelectual y

evolución de su capacidad.

Aclarado este tema, se verifica que las normas constitucionales y convencionales relativas al derecho que invocan las recurrentes no guardan relación con la situación de autos

pues, como ellas mismas refieren, el niño se ha expresado (reiteradamente) en los procesos

judiciales que lo tenían como víctima, a lo que se agrega que la parte no ha demuestra que los procedimientos forenses llevados a cabo para ello (específicamente la cámara Gesell) hayan sido inadecuados para recabar su declaración.

Tampoco aparece como atendible el siguiente agravio que, en síntesis, se funda en la supuesta arbitrariedad de sentencia por absurdo en la valoración de la prueba, dado que la confirmación de la absolución del imputado ha tomado como uno de sus puntos centrales de argumentación justamente aquella medida que se menciona en ambos precedentes y que fue requerida por la parte.

En este orden de ideas, y mediante un criterio admitido por este Tribunal, se arribó a la decisión liberatoria a la luz del principio de inocencia y la regla in dubio pro reo, en virtud de las particulares circunstancias del niño y de su relato de los hechos reprochados, para lo cual se tuvieron en cuenta sus aptitudes, su edad, la madurez intelectual y la evolución de su capacidad; asimismo, sus dichos fueron confrontados con otras constancias probatorias, tendientes a establecer si aquel se había expresado libremente, esto es, sin interferencias o manipulaciones de terceros, fueran estas conscientes o inconscientes.

Tomando en consideración el concepto de duda razonable también especificado en el último de los precedentes citados (Fallos 343:354), este Tribunal sostuvo que la duda del TJ no tenía sustento en su mera convicción subjetiva (lo que sí habría sido arbitrario), sino que se situaba en los límites de lo razonado, a partir de la correcta individualización de la prueba en la cual se originaba y de su relación con la temática a decidir.

Como también señaló este Cuerpo, han quedado claros y explicados los motivos de la preferencia de los elementos de descargo por sobre los de cargo y la conclusión resultante, en

conformidad con las reglas que derivan del art. 18 de la Constitución Nacional, con remisión al fallo "Tomasi" del máximo tribunal (del 22/12/2020), en el sentido de que, en los supuestos en que se verifiquen dificultades probatorias, estas no implican la introducción de la potestad de una convicción de menor grado, en la medida en que la aplicación de una pena solamente puede fundarse en la certeza del juzgador acerca de la existencia de un delito atribuible al acusado. De tal modo, era dable desestimar la tacha aludida en los términos fijados por la Corte Suprema en el fallo "Casal" (consid. 31 última parte). En otras palabras, el derecho a una justicia efectiva, el interés superior del niño o su derecho a ser oído no pueden implicar una cancelación o mengua del principio de inocencia y de la regla in dubio pro reo. Como corolario de lo anterior, cabe concluir que el remedio intentado no satisface las prescripciones del art. 15 de la Ley 48, que impone la "exigencia según la cual el escrito respectivo debe contener una crítica prolija de la sentencia impugnada, o sea que el apelante debe rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoya el juez para arribar a las conclusiones que lo agravan" (cf. CSJN Fallos 329:2218, 330:16, 331:563 y 336:381). Así, las representantes del Ministerio Público Fiscal no logran poner en evidencia la configuración de una cuestión federal de entidad tal que amerite la especial intervención del máximo tribunal de la Nación (Fallos 133:298, 210:554 y 255:262, entre muchos otros), máxime si tenemos en consideración que "... la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto corregir sentencias equivocadas o que el apelante considere tales a raíz de su mera discrepancia con el criterio de selección y valoración de las pruebas, incluso presunciones, sino que reviste un carácter estrictamente excepcional y exige que medie un inequívoco

apartamiento de las normas que rigen el caso o una decisiva carencia de fundamentación;

máxime cuando la lectura de la sentencia y del recurso lleva a concluir que el apelante sólo

reitera argumentos ya vertidos en instancias anteriores y que sus críticas no rebaten los fundamentos en que se apoya el pronunciamiento recurrido" (cf. Fallos 328:957).

#### 7. Conclusión

Por los motivos que anteceden, proponemos al Acuerdo denegar el recurso extraordinario federal deducido por el Ministerio Público Fiscal. NUESTRO VOTO.

Los señores Jueces Ricardo A. Apcarian y Adrián F. Zimmermann dijeron:

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

En razón de lo expuesto, el SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA RESUELVE:

Denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por la Fiscal Mariana Giammona y la Fiscal Adjunta Georgina Amaro.

Protocolizar y notificar a través de la Oficina Judicial de la Iª Circunscripción Judicial.

Firmado digitalmente por:

APCARIAN Ricardo Alfredo

Fecha y hora:

10.09.2021 09:17:30

Firmado digitalmente por:

BAROTTO Sergio Mario

Fecha y hora:

10.09.2021 10:08:03

Firmado digitalmente por:

CECI Sergio Gustavo

Fecha y hora:

10.09.2021 11:15:18

Firmado digitalmente por:

CRIADO María Cecilia

Fecha y hora:

10.09.2021 13:17:53

Firmado digitalmente por

ZIMMERMANN Adrian Fernando

Fecha: 2021.09.10

07:47:29 -03'00'