

///MA, 5 de agosto de 2015.

Reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, doctores Liliana L. Piccinini, Enrique J. Mansilla, Ricardo A. Aparcian, Sergio M. Barotto y Sandra E. Filipuzzi de Vázquez esta última por subrogancia-, según surge del acta de audiencia obrante a fs. 823/824, con la presencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, para el tratamiento de los autos caratulados “G., J.R. s/Abuso sexual agravado por el vínculo s/Juicio s/Casación” (Expte.Nº 27174/14 STJ), elevados por la Sala A de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial con asiento de funciones en esta ciudad, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, en conformidad con el orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ª ¿Es fundado el recurso?

2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión la señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini dijo:

1. Antecedentes de la causa:

Mediante sentencia N° 28, del 22 de mayo de 2014, la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma resolvió -en lo pertinente- absolver a J.R.G., en orden al delito de abuso sexual agravado por el vínculo (art. 119 párrafos primero y último inc. b C.P).

Contra lo decidido, la querellante R.M.P., por su propio derecho y con el patrocinio letrado del doctor Manuel Maza, y el señor Fiscal de Cámara subrogante doctor Fabricio Brogna, dedujeron sendos recursos de casación.

Ambas impugnaciones fueron declaradas admisibles por el a quo y posteriormente este Cuerpo las declaró bien concedidas. Se dispuso entonces que el expediente quedara por diez días en la Oficina para su examen por parte de los recurrentes, se dio intervención a la Defensoría General y a la Fiscalía General, y esta última presentó su escrito de sostenimiento del recurso.

Realizada la audiencia prevista en los arts. 435 y 438 del Código Procesal Penal con la asistencia de la querellante y su letrado patrocinante doctor Manuel Maza, el señor Fiscal de

/// Cámara doctor Marcelo Álvarez, la señora Defensora General doctora María Rita Custet Llambí y el abogado defensor doctor Raúl José Cámpora, los autos han quedado

en condiciones de ser tratados.

2. Agravios de los recursos de casación:

2.1. Recurso de la parte querellante:

La parte querellante -madre del niño presunta víctima- sostiene que la sentencia incurre en una absurda y arbitraria valoración de la prueba. Señala que el fallo incumple con la exigencia de fundamentación razonada y legal, por lo que invoca la errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 200 C.Prov.) y la violación de la doctrina legal de los arts. 374, 375 y 380 incs. 3 y 4 del Código Procesal Penal.

Afirma que el Tribunal ha efectuado un análisis parcial y fragmentado de la prueba, sin contemplar debidamente el contenido de los informes psicológicos incorporados, los del Jardín de Infantes donde concurría el niño y ciertas testimoniales prestadas en el debate (v.gr., por los abuelos del niño, la señora M.L.G. y el señor J.R.P.).

Cuestiona además la remisión efectuada en la sentencia -respecto de algunas declaraciones testimoniales- a lo que surge de la grabación en CD del debate y a ciertas referencias que se harían luego en el fallo y no se hicieron, por considerar que ello resulta arbitrario y violenta el derecho de defensa en juicio y el principio de motivación y fundamentación de las decisiones judiciales.

Por otra parte, critica que se haya merituado el testimonio del doctor Juan Carlos Brussino y se haya omitido el de la maestra jardinera del niño, señora Sonia Marrone. Respecto de lo declarado por el doctor Curi Antún, alega que este pudo constatar una irritación en la zona perianal, compatible con lo denunciado en autos, que habría mermado en razón de la aplicación de una pomada por parte de la abuela materna. Afirma que el testigo dijo no haber encontrado signos de abuso sexual (penetración), modalidad que no ha sido la denunciada, destacando la derivación que hizo para que se consultara con una psicóloga especialista en abusos sexuales de niños.

Hace referencia también al inmueble situado en el balneario El Cóndor el que, según prueba testimonial, pertenecía al imputado, y destaca que este mintió al decir que lo alquilaba.

Trae a colación luego lo informado por la psicóloga del niño, Licenciada Julieta García Pinasco, cuestionando la valoración que de ese testimonio realizó el juzgador y

///2. señalando que, de no haber existido abuso de parte del imputado en relación con el menor, no se entiende por qué este quiere cambiarse el apellido y le tiene mucha bronca. Agrega que la Cámara Criminal omitió además valorar otros informes, entre ellos el elaborado por la profesional que realizó la entrevista en cámara Gesell, Lic. Valeria

Cerdera Furlani (v. fs. 25 y vta.), y los de las Licenciadas Paula Carolina Tursi y María Florencia Manterola a fs. 126/127 y 148 y vta.

Se refiere asimismo a la prueba objetiva de la conducta endilgada (irritación en la zona anal) y a su intencionalidad, por entender que el acto de rascar la cola y hacer doler es de neto contenido sexual.

Trae a colación jurisprudencia de la misma Sala que dictó la sentencia aquí impugnada, aunque con otra integración, y critica la falta de experiencia y especialidad de quienes formaron parte del Tribunal sentenciante. Señala que “la valoración de una prueba que puede hacer un juez civil o laboral no es la misma que puede hacer un juez penal, en una causa penal”.

Se agravia respecto de la valoración del relato del niño, porque no se tuvo en cuenta su corta edad, ya que “el menor dijo lo que dijo, como pudo decirlo”, a lo que agrega lo explicado en el debate por las Lic. Cerdera Furlani y García Pinasco en cuanto a que es imposible que un niño de esa edad pudiera sostener durante tanto tiempo una mentira, que el niño no tiene tendencia a fabular y que debe descartarse que haya estado influenciado por su madre.

Alude asimismo a los informes psicológicos elaborados en otra causa, que tramitó en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, incorporados en este expediente sin oposición de la defensa, que resultan coincidentes y cuya valoración omitió el a quo.

Destaca la arbitrariedad de la sentencia, más cuando el juzgador estimó posibles la denuncia y su contexto, a la vez que consideró que la versión de la víctima era la única prueba de cargo directa, esto último, sostiene, cuando existían testimonios e informes demoledores.

Por otra parte, hace referencia al silencio y postura del imputado durante el debate, a su mendacidad cuando declaró y a que este reconoció que víctima y victimario estuvieron en el lugar donde el hecho se cometió (vivienda del balneario El Cóndor).

/// Efectúa la reserva del caso federal y pide que se declare la nulidad del fallo y se condene al imputado a la pena de tres años de prisión en suspenso por infracción al art. 119 primer y último párrafos inc. b del Código Penal, y se le impongan pautas de conducta.

2.2. Agravios de la Fiscalía de Cámara:

El señor Fiscal de Cámara subrogante sostiene que el fallo impugnado debe revocarse por violación de la garantía constitucional del debido proceso en razón de la falta de motivación suficiente, en tanto no se ha valorado la prueba de cargo al efecto de

sopesarla con la de descargo. Agrega que se han desechado elementos de convicción arimados a favor de la condena sin brindar una fundamentación lógica y legal, por lo que se está ante una nulidad de orden general o absoluta.

Acerca de la arbitrariedad alegada, dice que el testimonio de M.L.G. no se analizó en sus aspectos sustanciales, cuyo contexto explica el sobresalto y justifica la acción - posterior a la discusión con el padre del menor- de llevar al niño al pediatra y radicar la denuncia.

Añade que, respecto del testigo Curi Antún, se omitió considerar que negó que el niño estuviera medicado con antibióticos, circunstancia que la defensa intentó introducir al proceso como explicación del enrojecimiento de su zona anal.

También considera lapidaria la declaración de la Lic. María Julieta García Pinasco en el debate, quien sigue tratando al niño y aseguró que es imposible para el menor sostener una mentira durante tanto tiempo, circunstancia que no fue ponderada en autos.

Señala que J.R.P. abuelo materno- corroboró lo dicho por M.L.G., en un relato que estima solvente, espontáneo y sincero. Agrega que la Licenciada Valeria Cerdera Furlani confirmó la ausencia total de indicios de fabulación en el niño, aspecto receptado por el Tribunal.

Entiende que las diversas constancias probatorias reseñadas -más otras que enumera- llevan a concluir que la víctima dijo la verdad y el imputado mintió; que el lugar del hecho se encuentra individualizado y las circunstancias se han determinado en la medida de la posibilidad, y que los dichos del menor tienen apoyo en el relato de su madre- que realizó la denuncia-, los testimonios de los abuelos -que relataron el momento en que se enteraron del abuso-, la opinión de la profesional que lo trata, los dictámenes de las psicólogas que

///3. efectuaron el trabajo pericial, los cambios de comportamiento que tuvo en el momento y la situación informada durante la audiencia.

Sostiene que “pretender que un menor de entre dos y tres años al momento del hecho (cuatro años y medio al momento de realizar la Cámara Gesell), se exprese con verbos típicos importaría decretar la impunidad en la mayoría de los hechos de abuso sexual contra los mismos” y afirma que en el caso se han dejado claros los extremos que hacen a la imputación del actuar delictivo, es decir, una invasión en el ámbito de la intimidad de la víctima y su percepción subjetiva del carácter inverecundo de tal actuar, pues el menor ha señalado la acción (“me rascaba la cola”) y el carácter ofensivo que tuvo (“no quiero verlo nunca más”, “no quiero ir a la casa del pool”, etc.).

Concluye que la duda expuesta por los señores Jueces no resulta derivación lógica de un razonamiento precedente, sino que se asienta en una valoración arbitraria de las probanzas.

Cita doctrina y jurisprudencia, efectúa la reserva del caso federal y solicita que se case la sentencia atacada y se asuma competencia positiva, condenando al imputado como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por el vínculo art. 119 primer y último párrafos inc. b) C.P.- a la pena de tres años de prisión en suspenso, con el cumplimiento de pautas de conducta, que señala.

3. Alegatos de la parte querellante en la audiencia:

En la audiencia efectuada ante este Cuerpo, el doctor Maza sostiene que la sentencia es absurda pues ha ignorado prueba relevante de cargo. Señala que se omitieron testimonios esenciales y se apreció fragmentariamente la prueba.

Se remite a su recurso y refiere a los informes psicológicos, el testimonio de la maestra jardinera y los dichos del niño. En tal sentido, considera que el a quo parcializó el análisis del testimonio de la abuela del menor y de lo declarado por el abuelo. Hace mención a los dichos de su maestra jardinera y a testigos aportados por la defensa, que aludían a un inmueble propiedad del imputado en la localidad de La Boca.

También alega que la sentencia es contradictoria, pues por un lado sostiene que le cree al niño, pero por otro asevera que esto es insuficiente para una condena.

/// Cita doctrina legal en abono de sus reclamos e indica datos acerca de la postura del imputado en la audiencia y de sus dichos en indagatoria respecto de la vivienda en la localidad de La Boca, donde afirmaba que era inquilino, lo que era mentira.

Finalmente, solicita al Superior Tribunal que case la sentencia y condene al causante a la pena de tres años de prisión en suspenso, con reglas de conducta, entre las cuales pide especialmente que no tenga contacto con el menor.

4. Dictamen de la Fiscalía General:

4.1. En la audiencia, el señor Fiscal General doctor Marcelo Álvarez sostiene el recurso de casación del Fiscal de Cámara y adhiere al alegato de la querrela. Agrega que hay prueba que se excluyó y considera que se omitió todo análisis jurídico, comenzando por la existencia del hecho, luego de lo cual corresponde la tarea de subordinación jurídica, y afirma que no hay razones para negar válidamente tal subordinación.

Analiza el mérito de las declaraciones del doctor Curi Antún -médico pediatra- y cuestiona las conclusiones del Juez. Insiste en que se prescindió de la consideración de la prueba, pues se tienen los dichos del niño, de la madre y de la abuela; hay lesiones en

la zona indicada por el niño y constan las intervenciones de las profesionales psicólogas, con indicadores suficientes acerca del abuso, así como la entrevista de cámara Gesell.

Reitera que la sentencia no ha valorado los medios probatorios de modo lógico; por ende es inmotivada y arbitraria, y en consecuencia nula.

Se remite a su escrito de sostenimiento del recurso de casación y a la doctrina legal de este Tribunal, a la luz de lo cual pide que declare la nulidad de la sentencia y se ordene el reenvío de las actuaciones para la realización de un nuevo debate.

4.2. En similares términos se expide en su dictamen escrito (fs. 806/813 y vta.), donde sostiene y hace propios los fundamentos del recurso interpuesto por ese Ministerio Público, con cita de jurisprudencia y doctrina legal.

Destaca la falta de razón suficiente en que se sustenta el carácter absolutorio del fallo, en tanto sus conclusiones carecen de debida fundamentación.

Agrega que el análisis de la grabación de la prueba producida durante el juicio permite determinar la profunda diferencia existente entre lo extractado en la sentencia y lo que los testigos manifestaron. Da ejemplos al respecto.

///4. Señala asimismo que es cierto que el pediatra Curi Antún no tiene por qué conocer la diferente significación que tienen los términos por él utilizados y aquel sentido técnico que posee el empleado en la sentencia. Sin embargo, cuando habla de violación y aclara que no había lastimaduras ni fisuras anales, claramente refiere a un supuesto diferente del que motivó la imputación dirigida al encartado en el proceso.

Se ocupa luego de ponderar lo manifestado por la Lic. García Pinasco y señala que la sentencia omitió considerar diversos elementos de prueba, que enumera.

Manifiesta que pretende poner en evidencia que la conclusión a la que se llegó en el fallo no resulta derivación lógica de la prueba producida en la causa. Añade que el defecto tiene dos orígenes: la descontextualización del contenido de los testimonios recogidos en el debate oral y público y la fragmentación de su análisis, la que llega hasta la omisión en la consideración.

Expresa que el plexo probatorio analizado se aleja de aquellas situaciones en las cuales el único elemento de cargo consiste en las manifestaciones de la víctima, por considerar que en autos, por el contrario, lo vivenciado y relatado por el niño, las consecuencias advertidas por los profesionales intervinientes, la existencia de signos físicos compatibles con la acción ilícita enrostrada y demás indicios concordantes imponen el análisis pormenorizado de la totalidad de los elementos recolectados, además de una

conclusión acorde con el mérito que aquella arroje luego de su concreta y correcta ponderación.

Reedita el planteo de la cuestión federal y solicita que se haga lugar al recurso interpuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal.

5. Postura de la Defensoría General:

5.1. En la audiencia, la doctora Custet Llambí alega en representación del niño y señala que no viene con un recurso autónomo, sino para coadyuvar al Ministerio Público Fiscal y controlar la legalidad del proceso.

Entiende que el interés superior del niño fue contemplado por la acusación, desarrolla las consideraciones vertidas en su escrito y dice que las manifestaciones del menor deben ser valoradas teniendo en cuenta el entorno profesional que lo interpreta; en tal sentido, añade que se trata de informes realizados en el expediente de la provincia de Buenos Aires, además de la

/// psicóloga Cerdera. Afirma que esta es la herramienta que permite comprender el relato de un niño.

Respecto del caso, recuerda que se trata de un largo proceso, de cinco años, y esgrime el derecho a la celeridad del juicio que tienen los menores.

Finalmente, plantea que, si eventualmente este Cuerpo anula la sentencia, la víctima tiene derecho a ser informada de lo que está pasando en el proceso y a opinar en él.

5.2. En similar sentido se expide en su escrito, donde destaca que el Tribunal deberá prestar especial atención al relato del niño (art. 12 CDN), conforme su particular consideración, y para ello deberá tenerse presente lo expuesto en las Guías de Santiago en cuanto se expresa que los niños y adolescentes son víctimas definidas por la más alta vulnerabilidad, la cual viene dada tanto por su propia condición como por el hecho de que, en muchas ocasiones, es su propio entorno el que acoge la producción del delito.

Agrega que estas Guías refieren que la participación de los niños víctimas en el proceso se caracteriza por varios factores, entre ellos, la desacreditación de la víctima como tal, ya que es un mundo de adultos el que enjuicia el hecho, con riesgo en el fácil recurso de justificar los hechos por la inventiva o la pretendida instrumentalización de la víctima (Guías referidas, punto 9). En ese marco, prosigue, debe analizarse el testimonio de J.I. conjuntamente con la lectura técnica que de él mismo han hecho la Lic. Paula Carolina Tursi (fs. 126/127) y la Perito Lic. Florencia Manterola (fs. 148/149) -profesionales intervinientes en la causa IPP 02-00-8613-09- y en particular la Lic. Valeria Cerdera mediante su informe de fs. 25/26 de autos y su testimonio brindado en oportunidad del

juicio oral. Esta lectura profesional del relato del niño le da plena credibilidad y en ese marco deben ser interpretados sus dichos, para la adecuada aplicación del art. 12 de la Convención de Derechos del Niño.

Advierte que la presente causa viene tramitando hace más de cinco años, cuando no reviste mayores complicaciones investigativas y su resolución, atendiendo al principio de plazo razonable que se impone en aplicación del derecho de niñez, debió haber contado con la mayor celeridad. Hace referencia a que la “Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos” (UNICEF Argentina, ADC y Jufejus) establece la necesidad de proteger a los niños contra todo perjuicio que pueda causar el proceso, recomendando que se garanticen juicios ágiles, lo cual, concluye, en modo alguno fue respetado en las presentes actuaciones.

///5. 6. Alegatos de la Defensa del imputado:

En la audiencia ante este Superior Tribunal, la defensa del imputado aduce que en la instancia de casación no pueden revisarse cuestiones de hecho y prueba. Entiende que hay arbitrariedad cuando hay elementos incontrastables que colisionan contra otros, o algunos determinantes se dejan de lado.

Agrega que no coincide con ninguna de las posturas de quienes alegaron y plantea que quien juzga no tiene obligación de merituar todas las constancias de la causa, sino las necesarias y suficientes. Hace una reseña del trámite que dio inicio al proceso y sostiene que siempre se partió de la base de la existencia del abuso. Explica que tal base es la frase “me rascó la cola”, y se pregunta cuál es el contenido sexual de ello. Alega que nada permite sostener elementos de contenido sexual, ni desde el punto de vista objetivo ni subjetivo.

Señala lo dicho por el doctor Curi en cuanto a que el enrojecimiento de la cola del niño tenía una explicación e insiste en que no advierte arbitrariedad en lo resuelto. En cuanto a su propuesta sobre la aplicación del criterio de oportunidad, señala que fue la propia querrela la que no quiere que el padre tenga contacto con el menor y que ese ha sido el único objetivo de este juicio y lo que de hecho está pasando.

Expresa que el interés superior del niño es que tenga una relación sana con su padre y no que este no lo pueda ver por cinco años.

También plantea que no puede haber una sentencia condenatoria cuando en la provincia de Buenos Aires por un hecho similar se archivó la causa, y refiere el trámite de lo ocurrido luego del archivo y la denuncia en la provincia de Río Negro.

Entiende que la sentencia está bien dictada y debe confirmarse, que no existe arbitrariedad y que las víctimas son el padre y el hijo, que tienen una relación destruida, cuyo padecimiento debe cesar.

7. Análisis y solución del caso:

7.1. De modo previo al análisis de los fundamentos de la sentencia impugnada, resulta relevante traer a colación los términos de la requisitoria fiscal de elevación a juicio de esta causa, en la que el imputado J.R.G. resultó absuelto por el beneficio de la duda (aunque en la parte resolutive de la sentencia se consignó, erróneamente, que se lo absolvió libremente). El reproche es el siguiente: “Se le atribuye a J.R.G. haber sido /// quien \en fecha y horarios no precisados con exactitud pero ubicables en el periodo comprendido entre los meses de septiembre del año 2008 y junio de 2009, en el domicilio sito en... del Balneario El Cóndor (RN) y en el domicilio sito en... de esta ciudad de Viedma, habría abusado sexualmente de su hijo J.I.G., tocándole la cola (con toda la mano en forma innecesaria) en reiteradas ocasiones y cuando el menor contaba con tres años de edad\” (conf requisitoria de elevación a juicio, citada en la sentencia a fs. 724/724 y vta.).

7.2. Como ya ha sido reseñado, los agravios de la parte querellante y el Ministerio Público Fiscal cuestionan la fundamentación de la sentencia y alegan que la Cámara Criminal ponderó de modo arbitrario el plexo probatorio reunido en el expediente, omitiendo valorar constancias (fundamentalmente testimonios e informes psicológicos) que demostraban que los hechos de abuso sexual denunciados habían acaecido tal como fueron acusados, y a pesar de ello se absolvió al padre del niño víctima, por el beneficio de la duda.

El análisis de lo argumentado por el Tribunal a quo permite constatar que, como acertadamente afirman los recurrentes, la prueba reunida en el expediente y producida en el debate no fue ponderada de modo razonado ni se siguieron las reglas de la sana crítica racional, como forma de reconstrucción de un hecho pasado.

En cuanto a la sistematicidad del análisis, un primer señalamiento que corresponde realizar -puesto de manifiesto con acierto por la Fiscalía General en la audiencia en esta sede- es que el Tribunal no se ocupó de afirmar o descartar al inicio la existencia de las conductas atribuidas al imputado por la acusación, sino que simplemente sostuvo que, de haber existido estas, no logró despejar la duda respecto de si reunían o no los caracteres penalmente típicos pretendidos.

Sin perjuicio de lo anterior, la arbitrariedad de la sentencia radica específicamente en la

valoración que le asignó el juzgador a la prueba existente, al considerar que no era suficiente para tal configuración legal, aunque en realidad soslayó determinadas constancias relevantes en tal sentido.

La Cámara en lo Criminal comenzó su análisis sosteniendo que “no podemos dejar de señalar que resulta en principio como único medio de prueba directo el testimonio de la víctima, el que debe, necesariamente, rodeárselo de prueba independiente -también directa o indiciaria-. De otro modo, no lograríamos dar por tierra con el principio de inocencia del

///6. imputado”. Luego de hacer referencia a la doctrina legal afirmó que “[e]n este sentido, encontramos la versión del niño se encuentra carente de muchas precisiones y sin el respaldo de suficiente entidad cargosa con los restantes elementos de prueba de autos.

“En primer lugar, no resulta ser un dato menor que los dichos del niño se circunscriben a expresar que (su papa le rascaba la cola y le dolía). Estas expresiones no han logrado ser contextualizadas en el marco de un (en realidad dos) presunto abuso sexual de parte del imputado.

“Es decir, que aún cuando el niño hubiera vivenciado tales conductas y de que no fabulara, no es posible concluir sin más, que las mismas se trataban de tocamientos con contenido sexual, pudiendo tratarse de actos como rascar la cola ante la coloración en la zona anal o hasta algún tipo de maltrato de parte del imputado -golpes con la mano abierta-, circunstancia no imputada ni investigada en autos”.

Veamos ahora qué constancias concretas valoró el a quo para desestimar el contenido sexual de los tocamientos, cuya existencia, reitero, no descartó.

En primer lugar, se ocupó de los dichos del médico pediatra que examinó al niño, doctor Curi Antún, afirmando que este “fue categórico al momento de expresar que en la zona del ano del niño -al momento de revisarlo- solo encontró enrojecimiento, descartando signos exteriores de abuso sexual (el galeno revisó a J. el día 8 de junio de 2009).

“Entonces, si el niño adujo en fecha 7 de junio que a partir de ese día no quería irse con su padre porque le tocaba la cola y le hacía doler, estas expresiones no aparecen corroboradas con prueba independiente dos días después al ser revisado por el pediatra”.

De la cita y la visualización del soporte digital que registra el relato del galeno, se advierte que la sentencia no se ajusta al sentido de lo declarado, según las constancias registradas del debate, ya que lo que el profesional sí descartó es que hayan existido ciertos tipos de lesiones que le hicieran presumir que el niño hubiera sido víctima de

otro tipo de conductas. Concretamente, explicó que al examinar la zona anal “no vio nada contundente como para certificar que estaba ante una situación de violación, no había ni lastimaduras en la piel, no había rasguños... no había fisuras, que es lo que uno busca en caso de presumir que se haya cometido una violación concreta... se veía una leve irritación alrededor del ano, pero no /// era un signo como para determinar concretamente que esto era provocado por nada en especial...” (videograbación del debate, archivo 20140428-095627, a partir del minuto 12).

En definitiva, resulta relevante que, como el propio Tribunal ha admitido, el médico constató el enrojecimiento de la zona anal del niño, lo cual es conteste con la acción que, según el relato del pequeño, habría ejercido sobre él su padre (le rascaba la cola y le hacía doler). Corresponde aclarar que tales conductas, así precisadas por el niño y congruentes con las constataciones médicas referidas, podrían configurar una modalidad de abuso sexual simple, por lo que ningún sentido tiene sostener que el médico habría “descartado signos exteriores de abuso sexual”, lo que claramente sí hizo respecto de otro tipo de lesiones (compatibles con penetración) que nada tenían que ver con este caso.

Pero ese no es el único relato cuyo sentido es tergiversado por el juzgador al valorarlo en la sentencia.

El fallo sigue diciendo: “Agregaremos, para mayor abundamiento, que la licenciada M. Julieta García Pinasco, quien asiste psicológicamente al menor J., expresó en un informe -fs. 6- emitido el 18 de mayo de 2010 que el niño le narró en la tercer sesión que su padre le ‘rasca la cola’, repitiéndolo de manera regular como necesitando descarga. Menciona que el niño se mostraba angustiado, ansioso e hiperactivo, temiendo que su padre aparezca. Sin embargo, la profesional no logra vincular que dicha angustia, ansiedad y temor sean consecuencia de un abuso sexual sufrido por el niño de parte de su padre. No es un dato menor que en su declaración testimonial, la licenciada García Pinasco señaló que el niño amaba a su padre, pero que no podía hablar sobre él.

“Consideramos que el hecho de que el menor no hable del padre ha acotado notablemente el conocimiento de la causa por la que aquél no quiere, aún hoy, estar con su padre. Las hipótesis son innumerables, y claramente esto beneficia al imputado en razón de la presunción de su inocencia.

“Entonces, si las expresiones ‘me rasca la cola’ y ‘me hace doler’ no llevan unívocamente a concluir que se está haciendo referencia a actos de contenido sexual,

esto se convertirá en un valladar para poder -en caso de que el hecho hubiera existido- definir como típico el suceso a juzgar”.

Nuevamente la visualización del registro digital del juicio permite constatar que la Lic. García Pinasco fue suficientemente clara -además de contundente- al explicar el quiebre que

///7. implicaron los hechos -aclaró que se refiere al “abuso”- en el niño, concretamente dijo que “lo eliminó de alguna manera de sus vínculos”, que fue a partir de ello que él no podía hablar de cómo era su padre antes de lo sucedido (“no puede hablar de su padre antes del hecho”), y la angustia que todo eso le había causado. Agregó, como dato relevante, que el niño quería cambiarse el nombre, en el sentido de quitarse el primer nombre propio, igual al de su progenitor, además de eliminar su apellido paterno (dijo que quería llamarse I.P., según la testigo), actitud que persistía hasta el momento del debate (conf. registro grabado de ese testimonio, archivos 20140428-103339 y su continuación en 20140428-105125).

A partir de lo expuesto, surge el desacierto de la valoración de la sentencia, que afirma que “la profesional no logra vincular que dicha angustia, ansiedad y temor sean consecuencia de un abuso sexual sufrido por el niño de parte de su padre”, cuando esa vinculación fue claramente establecida. Asimismo, tampoco pudo constatarse que la psicóloga dijera que el niño “amaba a su padre”, lo cual resulta por demás inverosímil, dado que una afirmación tal sería objetivamente contraria a todas las manifestaciones del niño -referidas y observadas en cámara Gesell- en relación con su progenitor.

Por último, ya fue explicado el alcance que le dio la profesional a la referencia de que el niño no pudiera hablar sobre su padre.

Por otra parte, este último punto se relaciona con otro aspecto, también mencionado en los tramos de la sentencia antes referidos y en los que siguen, como se verá a continuación, en cuanto al contenido del relato del niño, que según el tribunal habría “acotado notablemente el conocimiento de la causa por la que aquél no quiere, aún hoy, estar con su padre”.

Y en este aspecto, como se viene diciendo, la Cámara en lo Criminal soslayó el carácter traumático de las vivencias referidas por la psicóloga particular del niño -lo que echa por tierra la afirmación del a quo en cuanto a que “las hipótesis son innumerables”- y también lo explicado en idéntico sentido por la Lic. Valeria Cerdera Furlani en la audiencia de debate, además de los informes de ambas profesionales obrantes en el expediente, e incluso otros que fueron agregados a autos, provenientes de actuaciones

de la vecina provincia de Buenos Aires.

/// Concretamente, en cuanto al relato del niño, el juzgador agregó que “las dudas que se han generado al contrastar el testimonio -de por sí sumamente incompleto- del niño J. con la prueba producida, no logran superar el estado de incertidumbre.

“A lo antes señalado se le debe sumar el testimonio de M.P.L.G. (madre de la denunciante y, por ende, abuela de la presunta víctima) que relata que el niño al llegar a su casa, el día 7 de junio del año 2009, ‘estaba fastidioso’ y ella observó que ‘tenía la cola a la miseria... por lo que le puse hipoglos’, lo cierto es que en el debate el pediatra interviniente adujo haber revisado al menor el día lunes 8 de junio del año 2009 y ‘sólo haber encontrado un enrojecimiento’, es más fue categórico cuando manifestó que ‘se veía como una leve irritación... no era un signo para decir que era provocado por algo especial’ acotando que ‘el lugar se veía como apenas al alterado con relación al resto de la piel’ y que para la presencia de ese enrojecimiento ‘basta que haya otras enfermedades’.

“Asimismo, a partir del confronte entre esos testimonios puede seguirse que al derivar o sugerir el Dr. Curi Antún consultar a una psicóloga no fue producto de encontrarse frente a una situación de las características de la investigada en estos autos sino porque le pareció importante que el niño y la familia tuvieran contención, porque era una familia conmovida ante una situación de separación más la presencia de una madre y una abuela que ingresaron con la presunción de un abuso por parte del padre del menor. A lo que debe agregarse que el mencionado galeno expresó que al auscultar al niño ‘no observé ninguna reacción de alteración o que no se dejara examinar’. Es que todo lo expresado, reafirma a nuestro criterio que, aun de haber mediado algún tocamiento, no se trató de un hecho objetivamente abusivo”.

Luego de mencionar doctrina legal respecto de ciertas situaciones problemáticas, la sentencia agrega que “no es posible perder de vista que el imputado es el padre de la víctima, que el menor refirió ‘me rascaba la cola y me dolía’ por lo que estamos refiriendo a la zona anal y que hasta la propia abuela dijo haberle puesto crema en esa zona anal, no es posible sostener, en el caso, la presencia de los elementos objetivos y subjetivos necesarios para la configuración del delito en examen.

“De tal modo, entendemos que si bien la denuncia y su contexto no aparecen increíbles, las distintas circunstancias probatorias expresadas terminan por desmerecer la única prueba de cargo directa, esto es, la versión de la víctima y es entonces que la falta de

///8. certeza resulta infranqueable y así, la aplicación del rito en su art. 4º inoslayable,

esto es, habrá que hacer valer ese estado en favor del procesado”.

La extensión de la cita precedente se justifica en tanto demuestra que ese fue todo el razonamiento del juzgador; es decir, la Cámara no realizó ninguna otra valoración respecto del testimonio del niño, solo lo estimó incompleto, sin dar razones para tal aseveración. Se trata esta de una afirmación por demás arbitraria, teniendo en consideración que se trataba de un niño pequeño, por lo que lógicamente no era de esperarse que brindara demasiadas precisiones (tal como explicó la Lic. Cerdera Furlani en la audiencia, ante las preguntas que le efectuó la señora Defensora de Menores e Incapaces). También quedó debidamente comprobado -no solo en la audiencia, sino en la totalidad de los informes psicológicos que obran en autos- que no había nada que indicara que el niño fabuló al contar que su padre le rascaba la cola y le hacía doler, y que por eso no quería verlo más, a la vez que se explicó que un niño de esa edad era imposible que pudiera sostener una mentira tal en el tiempo (Lic. García Pinasco), y que no se advertía que su relato en cámara Gesell hubiera sido influenciado por terceras personas (Lic. Cerdera Furlani), datos que fueron omitidos palmariamente en su análisis por los señores jueces, sin brindar razones para no merituarlos. A ello se suma que, a pesar de las exigencias de más precisiones, lo relatado por el niño se condijo perfectamente con las constataciones del examen médico, como ya se mencionó, todo lo cual demuestra la arbitrariedad de la sentencia.

Tampoco parece pertinente la referencia a la posibilidad de que otras enfermedades hayan causado la irritación que presentaba el niño, lo cual no fue comprobado en autos. Por otra parte, tampoco se advierte el supuesto paralelismo que intentó el a quo al introducir la circunstancia de que la abuela le haya colocado pomada al menor en la zona irritada, ya que ello solo indica la existencia del malestar alegado, que intentó paliar (y quizá, incluso, no podría descartarse que esa acción algo haya podido mejorar la zona antes de que el médico lo revisara), acción esa (poner pomada) que no puede asimilarse con la endilgada al progenitor (rascar y hacer doler).

Se advierte entonces que el juzgador analizó de modo parcial y arbitrario el plexo probatorio reunido en autos, lo cual se verifica, tal como supra se expuso, en la medida de lo revisable.

/// La existencia de la duda en el ánimo del juzgador, que por imperio constitucional y legal ha de favorecer al inculpado, también merece ser demostrada merced al razonamiento lógico y debidamente fundado, tarea que encuentro incumplida en el sub examine. ASÍ VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:

Adhiero a los fundamentos expuestos por la doctora Liliana Piccinini, por entender que es la respuesta adecuada a los planteos recursivos, conforme las constancias de autos.
MI VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Ricardo A. Apcarian dijo:

1. Adhiero hasta el subpunto 7.1. del voto de la doctora Liliana Piccinini.
2. Disiento con sus consideraciones y conclusión final, entendiendo que la sentencia absolutoria cuenta con fundamentos suficientes.
3. Fundamentos de la sentencia:

El juzgador ha arribado a un pronunciamiento absolutorio pues consideró que, en virtud de la carencia de precisiones provenientes del testimonio del niño -dijo que su papá le rascaba la cola y le dolía- y la imposibilidad del resto del material cargoso para ubicarlas en un contexto que permitiera sostener la existencia de dos abusos sexuales, no podría concluirse

-aun cuando el niño hubiera vivenciado tales conductas- que se tratara de tocamientos con contenido sexual.

En este sentido, expresó que podría tratarse de actos como rascar la cola ante la coloración en la zona anal o hasta algún tipo de maltrato del imputado -golpes con la mano abierta-, circunstancia no imputada ni investigada en autos.

Así, continuó el sentenciante, las “expresiones ‘me rasca la cola’ y ‘me hace doler’ no llevan unívocamente a concluir que se está haciendo referencia a actos de contenido sexual, esto se convertirá en un valladar para poder -en caso de que el hecho hubiera existido- definir como típico el suceso a juzgar”.

En este orden de ideas, no acuerdo con las consideraciones de quienes me preceden en la votación en cuanto a que el juzgador no ha seguido un orden lógico-jurídico legal para dictar su resolución.

Ocurre que, a mi entender, el a quo desarrolló dos clases de objeciones al reproche formulado, uno desde el punto de vista de la propia existencia de los hechos reprochados -de

///9. los hechos en sí mismos- y otra vinculada con la significación delictiva que podrían tener estos. Tal última cuestión nos introduce en una problemática probatoria más compleja, conforme la cual sería necesario un grado de detalle y explicación contextual importante en tal materialidad para concluir que esa modalidad de tocamiento es una agresión sexual.

Algo de esto fue señalado por el propio imputado cuando, en su ampliación de declaración indagatoria de fs. 234, dijo que “niega el hecho que se le atribuye porque el declarante nunca le tocó la cola a su hijo como se lo acusa”.

Es que, en concordancia con lo dicho por el sentenciante en su cita de doctrina legal -STJRNS2 Se. 140/12 “Fiscal de Cámara”-, por tratarse del caso de una apreciación realizada por un niño de entre dos y tres años al momento de los hechos, que cuando declaró mediante cámara Gesell (aquí con cuatro años de edad) solo refirió que su padre le rascaba la cola y le hacía doler (es lo único que dijo), este es evidentemente problemático en su conceptualización, más aún cuando la abuela del niño dijo haber constatado una paspadura o irritación previa, lo que la llevó a colocarle una pomada en dicha zona.

Entonces, acreditado el hecho histórico reprochado -el padre le rascó la cola al niño y le hizo doler-, este no tiene connotaciones o detalles de apariencia en sí mismo para sostener que se trató de una conducta propia de un abuso sexual, ni tampoco hay pruebas indiciarias que permitan recrear un contexto que le dé tal sentido.

La problemática que quiero poner de resalto es del todo evidente, en tanto la acusación agrega entre paréntesis una modalidad de tocamiento “con toda la mano en forma innecesaria”, que intenta ser indicadora del abuso en tratamiento, pero que en ningún aspecto es comprobable, pues ninguna prueba permite sostenerla.

De tal modo, esta es una disyuntiva que no puede dilucidarse en el expediente “más allá de toda duda razonable”, conforme el estándar de prueba exigido por este Superior Tribunal de Justicia y demuestra la logicidad de lo sostenido por la Cámara en el sentido de que, aun teniendo por acreditados los dichos del niño -esto es, repito, que el padre le rascaba la cola y le hacía doler-, no podría ser considerado un delito.

Ocurre que el doctor Curi Antún, médico pediatra, que revisó una sola vez al niño producto de una consulta que le hicieron la madre y la abuela, quienes lo acompañaron en la visita, solo constató, según dijo en el debate, una “leve irritación” alrededor del ano, sin poder

/// decir nada especial en relación con ello, ante la carencia de evidencias concretas, por lo que le resultaba imposible señalar un origen específico de esto (señaló que podría ser que el propio niño se rascara), tratándose de una piel apenas enrojecida.

Asimismo, la abuela del niño debió tocarle la cola al niño para ponerle una pomada, pues se encontraba paspado en dicho lugar o con una irritación cutánea similar.

Tal como se dijo en el precedente mencionado, que es la doctrina legal que a mi

entender rige el caso, es “... cierto que este Cuerpo en anterior integración consideró, con cita de Tenca (Delitos Sexuales, pág. 23), que ‘... [s]i el acto es objetivamente obsceno (tocamiento de partes pudendas), el abuso deshonesto ha de quedar consumado...’ (ver Se. 111/05 STJRNSP), pero entiendo que tal postura no puede ser seguida en términos absolutos, pues deben admitirse supuestos en que la equivocidad de lo ocurrido tampoco pueda ser superada por el lugar del cuerpo que se toca, sino, v.gr., por el modo en que esto ocurre, lo que nos remite al propio precedente citado que continuaba: ‘Entonces, la significación sexual otorgada a los hechos imputados... respecto de la víctima menor de doce años de edad es una cuestión de hecho y prueba que resolvió el a quo valorando todas las particulares circunstancias que se acreditaron [...]’.

“‘La evaluación de la «conducta» del imputado supone una apreciación judicial mediante la cual -como en autos- el juez sentenciante considera todas las particulares circunstancias que se acreditaron, sobre lo que no es posible elaborar una pauta general y objetiva que permita conceptualizar para todos los casos cuándo debe suponerse que una acción configura el tipo penal de abuso sexual (art. 119, 1er. párrafo, C.P.). La imposibilidad de establecer este criterio general -ya que es absurdo sentar a priori cuál es el conjunto de circunstancias, su grado, reiteración o número, de manera de conformar una regla de derecho aplicable siempre a otros supuestos- permite categorizar la cuestión como «de hecho» [...].

“‘De tal modo, la valoración del «fin libidinoso que guíe al agente será útil para la resolución de aquellos casos límite, en que la acción ejecutada es dudosa en cuanto a su verdadero alcance y significación sexual, y que puede importar un inocente acto expresivo de un sano afecto o una abusiva acción impúdica, según sea el propósito y el contenido que a la misma le otorgue su autor» (Oscar A. Estrella, op. cit. [De los delitos sexuales, Ed. Hammurabi, 1ª ed.], pág 41)...’”.

///10. En el caso examinado, atento a las razones expuestas -en concordancia con el juzgador-, se entiende que la simple expresión de un niño tan pequeño en el sentido de que su padre le rascaba la cola y le hacía doler, sin otra mención circunstanciada sobre el modo en que ocurrieron los tocamientos, impide considerar al acto como abusivo.

Destaco que aquí hay una porción de la materialidad reprochada que no puede ser acreditada y que tampoco surge de prueba alguna, consistente en un rascar o tocar “con toda la mano en forma innecesaria”.

Y este impedimento no puede ser superado por las pruebas que las partes recurrentes

dicen omitidas o erróneamente valoradas, pues ninguna permite recrear una objetividad de mayor detalle que permita suponer una acción impúdica, en tanto todas hacen hincapié en los efectos que lo ocurrido tuvo en la subjetividad del niño -angustia, estrés, rechazo al padre, etc.-, lo que -como es evidente- es de importante análisis, pero no suficiente para superar aquel cometido.

No se trata de exigirle al niño un nivel de precisión que no podría alcanzar, pues tal vez ni siquiera pudo percibir en detalle lo que el padre estaba haciendo -sí sentirlo-, pero esta dificultad no puede soslayar que es a la acusación a quien le corresponde la carga de la prueba y que este tipo de delitos no requieren un grado de convicción inferior a otros para poder arribar a una sentencia de condena.

Incluso se observa que esta dificultad probatoria se patentiza a lo largo del expediente y por otras cuestiones, sobre las que no puedo tener una lectura ingenua, siendo la primera y principal que ya el 9 de junio de 2009, en la vecina ciudad de Carmen de Patagones de la provincia de Buenos Aires, la madre de la víctima había denunciado al imputado puesto que su hijo se había negado a ir con él, cuando este lo quería retirar de la casa de la abuela materna, diciendo que era porque “le rascaba la cola” (ver fs. 79 y vta.), y que luego de la producción de ciertas medidas de prueba por hechos ocurridos en tal territorio se resolvió su archivo en una decisión confirmada por el Fiscal General Adjunto el 13 de mayo de 2010.

Anoto que la denuncia que motiva las actuaciones tramitadas en este expediente es del día 18 de dicho mes y año, ahora con el argumento -no señalado en la imputación formulada casi un año antes- de que habrían ocurrido similares hechos abusivos, pero en la ciudad de Viedma y en el balneario El Cóndor.

/// Esta nueva localización se intentó establecer denodadamente, tal lo que resulta de la declaración del menor en cámara Gesell, pero, conforme lo que surge de esta, dicho detalle (elemental para establecer la competencia de los tribunales locales y un hecho distinto del analizado) ha sido ocasión de dichos y contradichos del niño ante las preguntas que le dirigió la entrevistadora pues, mientras a lo largo de la casi totalidad negó reiteradamente haber ido incluso a dicho balneario con su padre -dijo que había ido una vez con F., un amigo-, al final sostuvo luego del minuto 45- que sí había ido a una casa con él, donde le había rascado la cola.

Ahora bien, como cualquier otro análisis testimonial -y la declaración del menor en cámara Gesell es un testimonio especial-, cuanto menos debe destacarse la contradicción en los dichos, dado que también es evidente que la entrevistadora insistió

en relacionar dicha casa con la que tenía un juego de pool (ver minuto 44.36, aproximadamente) y el menor negó haber ido, tras lo cual dijo que se lo contó su mamá (ver minuto 45.11), para luego desdecirse y expresar que esta no se lo había contado (ver minuto 45.35).

Fue el propio imputado quien en su ampliación de declaración indagatoria admitió haber ido con el niño a una casa del balneario, pero “entre la navidad del año 2008 y año nuevo del 2009”, lo que no guarda relación alguna con lo ocurrido seis meses después y que dio origen a la investigación llevada adelante en la ciudad de Carmen de Patagones, en donde tampoco se menciona dicha circunstancia.

Asimismo, la mención del menor a otros hechos ocurridos en la ciudad de Viedma aparece desprovista de todo contexto útil que permita situarlos ahí.

Pongo en evidencia que -por regla ampliamente general- en los delitos contra la integridad sexual, como el que nos ocupa, es esencial para la prueba de lo ocurrido, en ausencia de otra que permita representar directamente los abusos, el análisis de los dichos de la víctima, que es quien refiere lo que le sucedió.

Entonces, a partir de tal limitación, siempre se extrae el máximo rendimiento posible a tales dichos, de su coherencia, su cohesión, su nivel de detalle, etc., a partir de los cuales se analiza el marco indiciario contextual que le da sentido y permite corroborarlo o no.

En ocasiones, tal marco probatorio está acompañando de los informes médico-forenses que permiten constatar en el cuerpo de la víctima los daños resultantes de las agresiones referidas y de los informes psicológicos que dan cuenta de la credibilidad de los propios //11. dichos de aquella, de sus aptitudes intelectuales para referir lo ocurrido, de la existencia de un estrés postraumático y su etiología, etc.

Ahora bien, en este caso, tal elemental regla de análisis que -ante la falta de testimonios que den cuenta de lo ocurrido- tiene como fuente probatoria ineludible los dichos de la víctima, ni siquiera puede ser aplicada al sub examine en un sentido cargoso, en tanto ya fueron referidas las características inquisitivas de la entrevista en cámara Gesell en que se produjeron sus dichos, las contradicciones en que incurrió y la ausencia de detalle de lo relatado, y esta orfandad probatoria esencial de ningún modo puede ser suplida por los dichos de los abuelos del niño o su madre, que nada vieron del hecho en sí, o por las múltiples declaraciones o informes de las psicólogas que atendieron al niño, o por quien llevó adelante la entrevista mencionada, en tanto estas sí ponen de manifiesto lo que el niño interpretó de lo ocurrido, lo que no permite soslayar la equivocidad de ello incluso

para él.

Por lo expuesto, en un caso de prueba sumamente difícil por las razones dadas, descarto la configuración de un supuesto de absurdidad en la valoración que ha hecho el sentenciante, tanto de la de cargo como de la de descargo.

Por el contrario -en síntesis-, considero en el caso que la declaración del niño -de muy corta edad- no brinda un contexto de detalle que permita suponer que la conducta del padre pueda ser tachada de abusiva, e incluso incurre en dichos y contradichos en extremos fundamentales para el reproche. Asimismo, la prueba que se dice omitida no permite suplir tal carencia probatoria, al punto de permitir superar la presunción de inocencia con que el imputado concurre a proceso.

Asimismo destaco que, atento las limitaciones expuestas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Sandoval”, para la retrocesión de las causas en los casos en que esto es posible, sin violentar el principio non bis in ídem, no podría agregarse otra prueba que la ya ofrecida para producir en el nuevo debate, con lo que el juicio encontraría similares obstáculos para la acreditación de la hipótesis de cargo. **ASÍ VOTO.**

A la misma cuestión el señor Juez doctor Sergio M. Barotto dijo:

Teniendo en consideración los votos emitidos por mis colegas preopinantes, manifiesto mi adhesión al criterio expresado por el doctor Ricardo Apcarian y a los fundamentos expuestos en su voto.

/// Concuero así con las deficiencias apuntadas respecto de ambas piezas recursivas, en tanto ninguna de ellas logra presentar una crítica concreta y razonada de la decisión impugnada, en particular en lo que atañe a la demostración de que los tocamientos que se le reprochan al imputado configuren objetivamente un accionar impúdico.

Con respecto a este punto, considero relevante destacar que, ante la inexistencia de otras personas que hayan podido presenciar y dar testimonio sobre los hechos denunciados, las falencias en la acreditación de las conductas endilgadas al causante parten en gran medida de las particularidades que presenta la supuesta víctima de autos y de las condiciones en que fue recabado su relato. Así, por un lado, la corta edad del niño supuestamente víctima del accionar de su padre (que habría tenido en ese momento alrededor de tres años y al contar lo sucedido en cámara Gesell tenía cuatro años) necesariamente condicionó el nivel de detalle de su declaración, por su escasa capacidad para describir y secuenciar lo que habría podido ocurrirle objetivamente y las naturales limitaciones en cuanto al conocimiento sobre el lenguaje como modo de expresión. Esto

último se relaciona a su vez con otra cuestión, relativa al tipo de entrevista llevado a cabo al momento de recibir su declaración testimonial, cuyas características también incidieron en la falta de exactitud del contenido del relato resultante y su consecuente escasa utilidad para la investigación.

Es importante señalar que, si bien los niños y niñas tienen el derecho, de jerarquía constitucional, a ser oídos y a que se tengan en cuenta sus opiniones en los procesos que tengan como objeto asuntos que pudieran afectarlos, también debe atenderse de modo preponderante a su interés superior (arts. 12 y 3 CDN), que en determinados casos puede indicar que no deban ser interrogados o al menos no lo sean bajo ciertas condiciones.

Sobre esos aspectos resultan de utilidad 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), que establecen entre sus principios el siguiente: “Derecho a la participación. Con sujeción al derecho procesal nacional, todo niño tiene derecho a expresar libremente y en sus propias palabras sus creencias, opiniones y pareceres sobre cualquier asunto, y a aportar su contribución, especialmente a las decisiones que le afecten, incluidas las adoptadas en el marco de cualquier proceso judicial, y a que esos puntos de vista sean tomados en consideración, según sus aptitudes, su edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad” (capítulo III, principio

///12. 8.d). También contemplan, en cuanto al trato que deben recibir los niños, que “todas las interacciones... deberán realizarse de forma adaptada al niño, en un ambiente adecuado a sus necesidades especiales y según sus aptitudes, su edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad. Además, deberán llevarse a cabo en un idioma que el niño hable y entienda” (directriz 14). Asimismo, las directrices enfatizan: “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” (directriz 18).

En relación con el caso que nos ocupa, se advierte que la ausencia de un relato inteligible no solo tuvo su origen en la corta edad del niño supuestamente víctima -y su consecuente dificultad para aportar detalles sobre sus vivencias, más cuando no habrían

sido demasiado recientes al momento de declarar, aspecto que tampoco queda claro según sus dichos-, sino que a ello se sumaron -para hacer menos comprensible el contenido de lo declarado- ciertas características de la conducción de la entrevista, que condicionaron enormemente el modo en que se desarrolló el relato. En efecto, este, lejos de resultar espontáneo -como habría sido aconsejable, en atención a la edad del niño-, consistió más bien en una serie de respuestas que el pequeño iba dando ante la insistencia de su interlocutora, quien además introducía datos que no habían sido mencionados por aquel. Por ejemplo, fue la psicóloga quien en la cámara Gesell hizo referencia a la existencia de un juego de pool en la casa del balneario, sin que él lo haya mencionado; además el niño negó varias veces haber concurrido a esa vivienda y luego, ante la insistencia, contradujo esta información al final de la entrevista (a partir del minuto 45), mostrando desgano al responder, y finalizó diciendo que quería jugar (en ese momento), lo que dio término al insistente interrogatorio de su interlocutora.

Es importante recordar que “[e]l lenguaje infantil, en especial en niño(a)s pequeños, resulta bastante escueto, incluyendo poca información de manera espontánea y utilizando un vocabulario bastante básico. Debemos tener en cuenta que, en ocasiones, el significado que le otorgan los niño(a)s a las palabras no es el mismo que el manejado por adultos, por lo cual es

/// importante indagar el significado que ellos le atribuyen a sus palabras (¿qué quieres decir con daño?). En este mismo sentido el entrevistador debe estar atento a no introducir vocabulario no presente en el niño(a), sugestionando de este modo sus respuestas.

“Hay respuestas en que el niño(a) no se encuentra en condiciones de entregar, como solicitar la fecha de un acontecimiento cuando aún no maneja los conceptos de tiempo de una manera consensual. Aproximadamente a los cinco años pueden comprender los conceptos de antes y después, la hora del día puede ser internalizada cerca de los siete años, mientras que la capacidad de situar los eventos de acuerdo a fechas no se desarrolla sino hasta aproximadamente los 9 años. Por lo tanto, con el propósito de situar adecuadamente los eventos, resulta más efectivo buscar hitos significativos en la vida del niño(a) (‘fue justo después de vacaciones de verano’) (Poole y Lamb, 1998 en Cantón y Cortés, 2000).

“Un fenómeno muy relevante tiene relación con la deseabilidad social de los niño(a)s y su repliegue a las figuras de autoridad, por lo cual las preguntas coercitivas y a repetición pueden llevarlo a pensar que no ha contestado en el sentido correcto,

introduciendo modificaciones en su discurso no concordantes con la realidad” (Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio, Documento de Trabajo Interinstitucional del Ministerio Público Fiscalía Nacional- de Chile, en conjunto con los Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones, el Servicio Médico Legal, el Ministerio de Justicia y el Servicio Nacional de Menores, Chile, 2008,págs. 72/73).

Sobre tales aspectos resulta pertinente agregar que se ha estimado que uno de los factores “que influye en la valoración del testimonio infantil se focaliza en determinar a qué edad el niño adquiere la capacidad para comunicar lo que ha percibido por medio de alguno de sus sentidos.

“Se considera que el menor, al comenzar el segundo año de vida, ingresa en el período de desarrollo del lenguaje, adquiriendo durante el transcurso de los tres años la capacidad suficiente para construir oraciones.

“Cabe destacar que algunos psicólogos sostienen que existe una íntima vinculación entre la memoria infantil y las habilidades lingüísticas, afirmando que los niños son incapaces de recordar los hechos ocurridos en la edad más temprana porque en esa época carecen de la aptitud para expresarlos mediante palabras. En consecuencia, estiman estos profesionales que

///13. los menores son incapaces de acceder a sus recuerdos si antes no adquirieron el uso del lenguaje.

“Sin embargo... diversos autores señalan que los niños pueden válidamente expresarse a través de otros medios como son los juegos y los dibujos.

“[... E]n la actualidad, la investigación científica basada en la experiencia empírica, propia de la rama de la psicología, avala la capacidad en los niños que ya han cumplido cierta edad -dos o tres años, según los casos- de recordar hechos recientes y proporcionar un testimonio acertado y exacto siempre que se les permita relatar lo sucedido con sus propias palabras (...). Sin embargo, los mismos autores que sostienen la plena aptitud y capacidad de los niños para ser testigos, también resaltan que conforme a las conclusiones alcanzadas modernamente, el niño puede ser confundido - al igual que los adultos, pero éstos en menor medida- por el uso de preguntas sugestivas o tendenciosas (especialmente los más pequeños).

“Es decir que, conforme a lo expuesto, si la persona que recepta la declaración trata de forzar la memoria de cualquier testigo puede proceder a ‘rellenar’ las lagunas de aquellos acontecimientos no percibidos o no recordados, encontrándose los menores en una situación de mayor exposición a sufrir la sugestión del entrevistador que las

personas que ya son adultas.

“En este sentido y en relación con el testimonio en general, esto es incluyendo a personas mayores, importantes estudios han determinado que en la recepción de declaraciones que efectuaban los encargados de investigar un hecho delictivo se cometían distintos tipos de errores que incidían en la exactitud de la declaración, tales como: secuencia inapropiada de preguntas, introducción de información no proporcionada por el testigo, formulación excesiva de interrogantes orientados a respuestas cortas (sí o no), y frecuentes interrupciones en las descripciones que efectúan los deponentes. Se estima que estas últimas, traen como consecuencia negativa una reducción en la habilidad del testigo para concentrarse en el proceso de recuperación de los recuerdos, resultando -en consecuencia- una información más vaga o más imprecisa” (Inés Lucero, *El testimonio de niños en el proceso penal*, 1ª edición, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011, pág. 44/47).

La extensión de la cita precedente se justifica ya que permite corroborar que en el caso analizado ha confluído la mayor parte de los aspectos negativos señalados, dado que, aun

/// suponiendo que el niño hubiera tenido algún recuerdo real sobre lo relatado, el modo de llevar adelante el interrogatorio para acceder a su contenido terminó por desvirtuarlo y tornarlo escaso y contradictorio.

Por último, en relación con las limitaciones directamente relacionadas con el período evolutivo en el que se encuentran los niños de esa edad, las circunstancias particulares de cada caso deben ser ponderadas al momento de decidir si resultará necesario o no recibirles declaración testimonial, teniendo en consideración no solamente la potencial utilidad del relato para la investigación del caso, sino también, fundamentalmente, los eventuales efectos negativos que tal diligencia podría tener sobre los menores de edad (revictimización).

En este sentido, es conveniente recordar que, según 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, pág. 47/48; disponible en http://www.unicef.org/argentina/spanish/proteccion_Guia_buenas_practicas_web.pdf), se sugiere la realización de un encuentro previo a la entrevista, entre cuyos objetivos se encuentra -en lo que aquí interesa- la realización de una evaluación general del niño o niña, que permita conocer, entre otros aspectos, su habilidad y disposición para hablar

en una entrevista formal ante una entrevistadora y específicamente su capacidad para contestar preguntas abiertas o si resultara necesario un abordaje especial; el nivel de desarrollo cognitivo, social y emocional; su nivel de lenguaje y el entendimiento de conceptos relevantes para la investigación forense como el tiempo y la edad. Incluso se sugiere en ese momento determinar la conveniencia o no de llevar adelante la entrevista de declaración testimonial, teniendo en cuenta si el niño o niña está o no en condiciones de participar de ella, evitándose así que llegue a dicha instancia si hubiese mostrado señales claras de no estar preparado/a para enfrentar esa situación.

Realizadas las consideraciones precedentes, reitero entonces mi adhesión al voto emitido por el doctor Ricardo Aparian. **ASÍ VOTO.**

A la misma cuestión la señora Jueza subrogante doctora Sandra E. Filipuzzi de Vázquez dijo:

Puesta en la tarea de dirimir, en función del orden de votación, la disidencia provocada entre los magistrados preopinantes, e ingresando en su análisis a la luz de las constancias de la

///14. causa, entendiéndome relevada de efectuar el recuento de los antecedentes que enmarcan el caso de autos por encontrarse relatados en el primer voto, comparto los argumentos desarrollados por la doctora Piccinini.

Atento a los términos de los agravios efectuados por los recurrentes, la cuestión debatida consiste en determinar si la sentencia absolutoria en crisis cumple con el requisito procesal y constitucional de la debida motivación. Esto es, si cuenta con la serie de razones adecuadas que dieron sustento a la conclusión conforme las exigencias normativas del caso.

Y es en el abordaje de este cometido, atendiendo tanto a las argumentaciones expuestas en el primero de los votos como a las que formula la disidencia, que arribo -como adelanté- a una coincidencia mayor con el análisis del voto al que adhiero.

Es que, a mi entender, el sentenciante, pese a diferenciar las cuestiones a tratar del modo clásico y general en que lo hace para dar cuenta del reproche -separando por un lado la acreditación de la materialidad del hecho acusado y su autoría y, por otro, la calificación que entonces corresponde-, no termina de distinguir correctamente el tratamiento de una y de otra.

De tal modo, considero que no se resuelve de manera motivada si en definitiva el juzgador tuvo o no por acreditados los hechos imputados al señor G. y, consecuentemente, si estos eran subsumibles o englobados en algún tipo penal.

En tal sentido, advierto esta ambivalencia en las siguientes consideraciones efectuadas por el sentenciante, siempre referidas a la primera cuestión propuesta a la discusión. Así, a fs. 726 vta. el juzgador dice: “Puestos a resolver, no podemos dejar de señalar que resulta en principio como único medio de prueba directo el testimonio de la víctima, el que debe, necesariamente rodeárselo de prueba independiente -también directa o indiciaria-. De otro modo no lograríamos dar por tierra con el principio de inocencia del imputado [...] En este sentido, encontramos que la versión del niño se encuentra carente de muchas precisiones y sin el respaldo de suficiente entidad cargosa con los restantes elementos de prueba de autos”. Y concluye, a fs. 727, que entonces “... si el niño adujo en fecha 7 de junio que a partir de ese día no quería irse con su padre porque le tocaba la cola y le hacía doler, estas expresiones no aparecen corroboradas con prueba independiente...”.

Por ende, hasta aquí, la materialidad reprochada no se tendría por acreditada.

/// Empero, posteriormente, luego del desarrollo de una serie de observaciones, sigue diciendo que “si las expresiones ‘me rasca la cola’ y ‘me hace doler’ no llevan unívocamente a concluir que se está haciendo referencia a actos de contenido sexual, esto se convertirá en un valladar para poder -en caso de que el hecho hubiera existido- definir como típico el suceso a juzgar”.

Continúa, después de valorar determinada prueba: “Bajo esa doctrina, y siempre que no es posible perder de vista que el imputado es el padre de la víctima, que el menor refirió ‘me rascaba la cola y me dolía’ por lo que estamos refiriendo a la zona anal... no es posible sostener, en el caso, la presencia de los elementos objetivos y subjetivos necesarios para la configuración del delito en examen.

“De tal modo, entendemos que si bien la denuncia y su contexto no aparecen como increíbles, las distintas circunstancias probatorias expresadas terminan por desmerecer la única prueba de cargo directa, esto es, la versión de la víctima y es entonces que la falta de certeza resulta infranqueable y así, la aplicación del rito en su art. 4º insoslayable, esto es, habrá que hacer valer ese estado a favor del procesado”.

Teniendo en cuenta las referencias efectuadas, reparo que en el desarrollo de la cuestión vinculada con la materialidad, esta aparece en algunas argumentaciones no demostrada, como así también se mezcla la ponderación de aspectos que el propio a quo menciona referidos a la tipicidad, tanto objetiva como subjetiva, por lo que no es posible determinar razonadamente si el juzgador tuvo o no por acreditada la materialidad -esto es, que el padre en un ámbito privado le rascaba la cola a su hijo haciéndole doler- o si

se entendió que, acreditada esta, era insuficiente para ser subsumible en un tipo penal vinculado con un delito contra la integridad sexual.

Entiendo que se trata de una confusión -o al menos imprecisión en su desarrollo argumentativo- de indudable importancia. Tanto que responde a la tarea inicial que debe resolverse en la deliberación, o sea, decidir encadenada y secuencialmente las cuestiones que se proponen, siendo la materialidad del hecho reprochado la inicial, para luego continuar -en caso de ser necesario- con su calificación jurídica.

Asimismo, esta advertida carencia de claridad coloca en un plano de análisis de insoslayable relevancia, para un hecho de muy difícil comprobación -como son la mayoría de los que suceden en un ámbito de intimidad, sin testigos-, la serie de declaraciones expuestas

///15. por las licenciadas en psicología que escucharon al niño, las cuales, conforme las razones dadas por su ciencia y experticia, no dudaron en conceptuar aquel tocamiento -no sabemos si, finalmente, acreditado o no para el juzgador- como propio de un abuso sexual.

Dicha cuestión se avizora -bien puesto de manifiesto en el voto de la doctora Liliana Piccinini- cuando en la sentencia se concluye que la Lic. García Pinasco no había logrado relacionar la angustia detectada en el niño con una situación de abuso sexual, mientras que la profesional en el debate sí lo había hecho, a lo que se agrega lo sostenido en similar sentido por la profesional que lleva adelante la entrevista del menor en cámara Gesell.

Por tanto, si bien el juzgador no tiene la obligación de dar tratamiento a la totalidad de los medios de prueba propuestos por las partes para su análisis, sí lo debe hacer con aquellos esenciales y conducentes al objeto procesal y, entonces, no aparece razonable dejarlos de lado, cuando queda determinado que ni siquiera se tenía con claridad establecido si se encontraba bien dilucidada la primera cuestión, para poder pasar a la segunda, referida a su calificación.

Es que en la sentencia recurrida se coteja que los medios de prueba analizados se alejan de las situaciones en las cuales el elemento de cargo se compone únicamente en las manifestaciones del niño víctima, en tanto, contrariamente, lo vivido y relatado -como pudo- por este, cuyas consecuencias fueran observadas por las profesionales actuantes; la presencia de signos físicos que resultan compatibles con la acción ilícita que se imputa y los demás indicios concordantes obligaban a realizar un estudio detallado y pormenorizado de todos los elementos de prueba producidos, informes psicológicos y

testimoniales, si bien valorándoselos con severidad y rigor crítico, mas no descartarlos sin un análisis profundo de cada situación, arribando a un resultado de acuerdo al mérito que aquellos vertieran a partir de su precisa y definida consideración.

Pues no sería contraria a las reglas de la sana crítica la sentencia que tuviera, al verificar los hechos en estudio a partir de los dichos del menor -como es lógico en sucesos sin presencia de terceros-, integrados también a los presupuestos de la imputación los resultados de los informes profesionales que señalaron como conclusión indicadores psicológicos de la existencia de esos abusos y descartando fabulación o confusión en el relato del niño víctima.

/// De ahí que, en casos de esta naturaleza que -reitero- generalmente aparecen cometidos en sitios apartados de la presencia de terceros, en ámbitos de absoluta intimidad, se torna difícil la recolección de testimonios. Y así, adquiere particular importancia la versión de la víctima y las personas que toman conocimiento de lo acontecido a través suyo (profesionales especializados en la temática), máxime cuando precisamente la víctima se trata de un pequeño de corta edad, a quien se le debe garantizar la tutela judicial efectiva de sus derechos fundamentales (conf. CDN, piso mínimo para resguardar los derechos humanos de la niñez y adolescencia, y norma imperativa y plenamente operativa como derecho interno, art. 75 inc. 22 C.Nac.).

En consecuencia, en tanto asumo y comparto la doctrina que entiende que en los delitos contra la libertad sexual debe tenerse un criterio más amplio en torno a la valoración de la prueba, sopesando hasta el más mínimo indicio, para que no queden impunes, dado que por lo general se cometen en la intimidad fuera de la vista de otras personas, no puedo sino coincidir en que el fallo en crisis contiene varias deficiencias en la motivación, en especial en el análisis y ponderación de los medios probatorios producidos en autos, lo que lo convierte en un caso típico de selección arbitraria del material probatorio que afecta el principio de razón suficiente e imposibilita recalar en la decisión absolutoria atacada -en tanto la duda a favor del imputado no ha sido demostrada conforme las exigencias del art. 200 C.Prov.-, de modo que resulta arbitrario y ello lo invalida como acto jurisdiccional. MI VOTO.

A la segunda cuestión la señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini dijo:

De lo expresado al tratar la primera cuestión surge que el fallo impugnado, ciertamente, presenta diversas deficiencias en la motivación, particularmente en lo que atañe a la valoración de la prueba reunida en autos. La ausencia de razonamiento motivado que permita arribar a la conclusión absolutoria tiñe de arbitrariedad la obra y la invalida

como acto jurisdiccional. En definitiva, la falta de la debida fundamentación de la sentencia impone su anulación y reenvío para que otro Tribunal pondere la totalidad de la prueba que se produzca en un nuevo debate, aplicando la sana crítica racional, tal como lo mandan los arts. 200 y 139 inc. 14 tercer párrafo de la Constitución Provincial. En tal sentido no tiene acogimiento el pedido de la querrela relacionado con el dictado de sentencia condenatoria por parte de este Cuerpo.

///16. Resulta pertinente destacar, a todo evento, que la realización de un nuevo debate, además de garantizar el derecho a recurrir y a obtener una revisión amplia de lo que eventualmente se decida (conf. arts. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCyP), no vulnera en modo alguno la prohibición de doble juzgamiento o ne bis in ídem. Esto último, en virtud de que la decisión que se anula, además de no ser válida por afectar garantías constitucionales (en particular el debido proceso y la debida motivación que debe tener toda sentencia), tampoco se encontraba firme, requisito ineludible según surge de la normativa convencional de jerarquía constitucional que rige el punto (arts. 8.4 CADH y 14.7 PIDCyP), lo cual ha sido debidamente establecido en la doctrina legal de este Cuerpo (conf. STJRNS2 Se. 161/13). Tampoco se advierte, ni se ha intentado demostrar con argumento alguno, que el reenvío pueda afectar la razonabilidad de la duración del presente proceso.

Por las razones dadas, propongo al Acuerdo hacer lugar a los recursos interpuestos, anular la sentencia impugnada y el debate que la precedió, y reenviar el expediente al Tribunal de origen para que, con distinta integración, continúe con el trámite (art. 441 C.P.P.) y dicte nueva sentencia. Asimismo, propicio imponer las costas al imputado, y regular los honorarios profesionales del letrado patrocinante de la querellante, doctor Manuel Maza, en un 30% de la suma que asigne la sentencia de Cámara, y los del doctor Raúl José Cámpora, defensor particular, en un 25% estimado de la misma manera (art. 15 L.A.). MI VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:

Adhiero a la solución propuesta por la magistrada ponente y VOTO EN IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Ricardo A. Apcarian dijo:

Por lo expuesto al tratar la primera cuestión, considero que la sentencia cuenta con fundamentos suficientes para su decisión absolutoria en orden a lo exigido por el art. 200 de la Constitución Provincial, por lo que los recursos de casación en tratamiento, en los que se invocan similares agravios -de ahí que han podido ser analizados de modo

conjunto- no pueden prosperar.

En razón de ello, propongo al Acuerdo rechazar los remedios intentados, con costas a la querrela recurrente, y regular los honorarios del doctor Raúl José Cámpora, defensor particular de J.R.G., en el 30% de lo fijado en la instancia de origen, y los del

/// letrado patrocinante de la querellante, doctor Manuel Maza, en un 25% de la suma asignada en la sentencia de Cámara (art. 15 L.A.). ASÍ VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Sergio M. Barotto dijo:

En razón de lo señalado al tratar la primera cuestión, adhiero a la solución propuesta por el doctor Ricardo Apcarian en el sentido de rechazar los recursos de casación analizados, con costas y con la fijación de honorarios por él establecida. MI VOTO.

A la misma cuestión la señora Jueza subrogante doctora Sandra E. Filipuzzi de Vázquez dijo:

En atención a lo expresado al tratar la primera cuestión, adhiero a la solución que propicia la doctora Liliana L. Piccinini en cuanto a la procedencia de los recursos interpuestos, la nulidad de la sentencia impugnada y del debate que la precediera, y el reenvío del expediente al Tribunal de origen para que, con nueva integración, dé cumplimiento al trámite dispuesto en el art. 441 del código ritual y oportunamente dicte una nueva sentencia, pues considero que dicha decisión es la respuesta apropiada a las propuestas recursivas en conformidad con las constancias de la causa. También adhiero a la imposición de costas y la regulación de honorarios propiciada. MI VOTO.

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA
POR MAYORÍA RESUELVE:

Primero: Hacer lugar a los recursos de casación deducidos a fs. 758/778 y 779/781 vta. de las presentes actuaciones por la parte querellante, con el patrocinio letrado del doctor Manuel Maza, y por el señor Fiscal de Cámara subrogante doctor Fabricio Brogna, respectivamente.

Segundo: Anular la Sentencia N° 28/14 de la Sala A de la Cámara en lo Criminal de Viedma, así como el debate precedente, y reenviar la causa al Tribunal de origen con el fin de que, con distinta integración, dicte nuevo pronunciamiento (art. 441 C.P.P.).

Tercero: Imponer las costas al imputado y regular los honorarios profesionales del letrado patrocinante de la querellante, doctor Manuel Maza, en un 30% de la suma que asigne la sentencia de Cámara, y los del doctor Raúl José Cámpora, defensor particular, en un 25% estimado de la misma manera (art. 15 L.A.).

Cuarto: Registrar, notificar y oportunamente devolver los autos.

///17. Déjase constancia de que el doctor Enrique J. Mansilla no suscribe la presente, no obstante haber participado del Acuerdo, por encontrarse en comisión de servicios.

ANTE MÍ:

Firmantes:

PICCININI - APCARIAN (en disidencia) - BAROTTO (en disidencia) - FILIPUZZI
DE VÁZQUEZ (subrogante)
ARIZCUREN Secretario STJ

PROTOCOLIZACIÓN:

Tomo: 3

Sentencia: 108

Folios N°: 425/441

Secretaría N°: 2