

**ACUERDO N° 1/2015:** En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los dieciocho (18) días del mes de febrero del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores **LELIA GRACIELA MARTÍNEZ y ANTONIO G. LABATE**, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, **Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA**, para dictar sentencia en los autos caratulados "**G. E. A. S/ ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE POR EL VÍNCULO 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'**" Expte. Nro. 113 - año 2014 del Registro de la mencionada Secretaría.

**ANTECEDENTES:** **I.-** Que por sentencia N° 114/2014, dictada el día 21 de octubre de 2014, por la Sala del Tribunal de Impugnación integrada por los señores Jueces Dres. Alfredo Elosú Larumbe, Andrés Repetto y Mario Rodríguez Gómez, se resolvió, en lo que aquí interesa: "...1.- Declarar inadmisibile la impugnación presentada por la querella (art. 240 del C.P.P. y C.). 2.- Declarar admisible la impugnación presentada por la defensa (arts. 233, 236 y 242 del C.P.P.) 3.- REVOCAR la sentencia dictada por la ex Cámara en lo Criminal n° 2 en el caso 'G., E. A. s/ abuso sexual' n° 4/2013 (art. 246 del C.P.P. y C.). 4.- ABSOLVER a E. A. G. ... por el delito que fue condenado en la sentencia revocada y citada en el punto tres de esta parte resolutive (art. 246 última parte del C.P.P. y C.)" (fs. 384/391).

Cabe aclarar, que la Defensa había recurrido la sentencia n° 42/2013, dictada por la Ex Cámara en lo Criminal Segunda de esta ciudad el día 21 de noviembre de 2013, que condenaba a E. A. G., como autor del delito de abuso sexual simple agravado por el vínculo previsto en los arts. 119 1er. Párrafo y 4to. párrafo inc. B del Código Penal, a la pena de tres

años de prisión de cumplimiento efectivo... con costas (art. 492 del CPrPyC) (fs. 307/343 vta.).

En contra de tal resolución, dedujeron impugnación extraordinaria el señor Fiscal Jefe, Dr. Rómulo A. Patti a fs. 392/397 y la Dra. Mónica Viviana Amicone, Defensora de los Derechos de los Niños y Adolescentes N° 2 y la Dra. Marcela Robeda, Defensora Adjunta a fs. 399/406.

El Dr. Patti, a través de su escrito, expresó que la sentencia del Tribunal de Impugnación que recurre, resulta arbitraria en los términos establecidos por la C.S.J.N., como causal de procedencia del recurso extraordinario federal estipulado en el art. 14 de la ley 48, que configura el motivo previsto en el art. 248 inc. 2 del C.P.P..

En sus agravios expone que la sentencia es nula y arbitraria, por incurrir en contradicción y violación de las reglas de la sana crítica racional (arts. 18, 17 y 28 C.N. y art. 248 inc. 2 C.P.P.. Afirma que se absolvió al imputado por el beneficio de la duda y sin valorar prueba colectada en la causa.

Sostiene que el Tribunal de Impugnación no contó, al momento de resolver con video grabación ni las actas completas de lo dicho por los testigos en el debate, solo se cuenta con fragmentos que fueron contemplados en la sentencia luego del Juicio. Que el informe médico pericial de la Dra. Robato se incorporó por lectura con anuencia de la defensa y al momento de proyectarse la hora de juego diagnóstica de la niña, se contó con la presencia de la Lic. Díaz, quien explicó que era lo esperable en una niña de tan solo tres años de edad, motivo por el cual no se puede arribar a las afirmaciones que concluye el Dr. Rodríguez Gómez, en el sentido que existieron contradicciones en las apreciaciones profesionales que difieren de los testimonios aportados de personas ajenas que dan cuanta que hubo en la niña

una inducción a mentir y acusar a su hermano, que fueron el fundamento lógico para acreditar los hechos denunciados que dieron origen a la sentencia condenatoria.

Precisa que pese a la calificación legal del hecho determinada por la Cámara de Juicio, no se pone en dudas el padecimiento sufrido por la víctima.

Que el Tribunal de Impugnación valora erróneamente toda la prueba aportada en el debate, partiendo de la base de la retractación de la niña sin ir más allá del análisis de la situación familiar y absuelven al imputado porque suponen que la niña fue inducida a mentir y como consecuencia desvirtúan el valor probatorio de los demás elementos colectados; incluso el relato de la niña bajo la modalidad de Hora de juego diagnóstica, descreen de su palabra y de las apreciaciones profesionales (Lic. Díaz) que especifica que no existía en su decir influencia de terceros. Además dio más peso a la palabra de los adultos (P. A., S. G., L. y G. V.), que a la víctima.

Finalmente sostiene que: "... para los Jueces de la Ex Cámara Criminal II las periciales y las testimoniales fueron contundentes al momento de sentenciar despejándose la 'duda razonable' sobre el imputado, ya que lo colectado en el mismo debate probaba su autoría y su responsabilidad penal por abuso sexual simple agravado por el vínculo..." (fs. 397).

La Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescentes, sostiene en su escrito de fs. 399/406, que su recurso aloja en el art. 248 inc. 2 del C.P.P., por arbitrariedad de sentencia en los términos establecidos por la C.S.J.N..

Afirma, que el Tribunal de Impugnación al valorar la prueba colectada y la producida en el debate, se apartó de los principios de la sana crítica racional y reglas de la lógica, al momento de hacer jugar el principio 'in dubio pro reo', al

considerar que la misma se ha visto lesionada toda vez que acaece una flagrante violación al derecho de defensa porque la ex Cámara no ha considerado la teoría de la defensa: inducción a mentir y acusar a su hermano de conductas abusivas por manifiesta enemistad con otra de sus hermanas. Falsedad que se logró acreditar por dichos de personas ajenas al conflicto y diferentes interpretaciones y críticas de las pruebas periciales (fs. 400).

También cuestiona las apreciaciones del Tribunal de Impugnación con relación a supuestos déficit formales de su presentación y afirma que "El recurso casatorio fue interpuesto... bajo los recaudos del anterior Código en vulneración a lo prescripto en los arts. 363 y 369 inc. 3 del CPP y C, por incurrir al momento de la calificación legal en violación a las reglas de la sana crítica racional al analizar toda la prueba colectada en el debate y en la etapa de instrucción, siendo importante señalar que de ese material no quedó video grabación como también que el sistema anterior habilitaba a incorporar por lectura el informe pericial que había efectuado la Dra. Clara Robato (fs. 400 vta.).

Que en los argumentos utilizados para declarar la inadmisibilidad del recurso se sostiene que existe una franca contradicción con lo establecido por el art. 240 del CPP y C, que da cuenta que habilita a la querrela en el caso que se fije una pena inferior a la mitad que la requerida y en el caso de ser una sentencia condenatoria sólo al imputado. Claramente el legislador contempló estos supuestos en el que se vislumbra un grave vicio capaz de provocar la nulidad de lo resuelto por la afectación a una garantía constitucional toda vez que se incumple con lo dispuesto por el artículo 55 de la Ley Orgánica de la Justicia Penal" (fs. 401). En su apoyo cita lo resuelto por este Tribunal en autos "Tobares, Angel..." expte. 31/2014.

En cuanto a los fundamentos de los agravios, se pronuncia en el mismo sentido que lo hace la Fiscalía (fs. 401vta./ 406 y 393/397).

Ambos presentantes hacen reserva del caso federal.

**II.-** Por aplicación de lo dispuesto en el art. 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas argumentaciones sobre la materia debatida (cfr. acta de audiencia de fs. 413/414).

En tal sentido la **Dra. Finochietti**, reiteró los fundamentos expresados en el escrito de fs. 392/397 y sostuvo que la arbitrariedad surge básicamente del primer voto de la resolución del Tribunal de Impugnación, que con el argumento del propio relato de la víctima desecha los dichos de otros testigos que dan una versión contraria. Esto de ninguna manera puede ser tenido en cuenta, por lo que se debe admitir el recurso y declararse la nulidad de la sentencia. Aclaró que las profesionales intervinientes expresaron que la niña, por su corta edad, no podría ser inducida a brindar un relato mendaz. Destacó además que las profesionales convocadas al juicio afirmaron que tales expresiones fueron espontáneas y que la niña (de tan solo tres años) siquiera podía darle algún contenido sexual a lo que ella misma describió como "cosquillas" que no le gustaban. Consecuentemente, la inferencia de los magistrados de que la menor declaró influenciada por una persona adulta no se corresponde con las constancias agregadas a la causa. Afirmó que la declaración testifical sobre la cual se extrae esa aseveración no resultó dada por un testigo imparcial. Por último, expresa que las lesiones corporales observadas en la zona vaginal de la niña mal podrían deberse, como sostiene el decisorio, a una supuesta falta de higiene o urticaria; y que es la primera vez que escucha una conclusión semejante.

Por su parte **la Dra. Robeda**, también reiteró los agravios y fundamentos expuestos en su escrito de fs. 399/406. Agregó que no se cree del relato de la niña y le dan más relevancia a los dichos de los mayores. Que el informe de la Dra. Robato se incorporó por lectura al debate con la anuencia de todas las partes y las lesiones que la nombrada atribuye al imputado por digitalización, el Tribunal de Impugnación considera, insólitamente que ello es consecuencias de la falta de higiene de la que habla la testigo L., sin otro fundamento. Sostuvo que es fundamental que se declare la nulidad de la sentencia y que se confirme la que ya estaba dictada.

Finalmente dijo que la declaración de inadmisibilidad formal por parte del Tribunal de Impugnación, también es nula porque esta causa viene del proceso anterior, se había interpuesto un recurso de casación que era admisible y ahora se dijo lo contrario.

A su turno el **Dr. De Reyes Balboa**, solicitó que se declare la inadmisibilidad formal de la impugnación del recurso de la Fiscalía, porque la norma del art. 241 del C.P.P., dice que no tiene legitimación activa que puede impugnar cuando haya solicitado una pena mayor a tres años y la Fiscalía había solicitado la aplicación de exactamente la pena de tres años de prisión. Con lo cual no tiene recurso. Con costas. Respecto del recurso de la querrela, y conforme lo tiene dicho la C.S.J.N., como sostiene la arbitrariedad de la sentencia, era necesario poner en evidencia que la recurrida tiene este defecto, que es arbitraria, pero no lo han demostrado. No se explica suficientemente las pretendidas deficiencias lógicas o pretendidos agravios normativos. Afirmó que en el caso, solo se trata de una valoración distinta de la que hace el Tribunal de Impugnación y corrige la sentencia del tribunal de juicio.

Solicitó la inadmisibilidad de los recursos de los acusadores.  
Con costas.

En este contexto, la causa queda en condiciones de ser resuelta.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Antonio G. Labate y Dra. Lelia Graciela Martínez.

Cumplido el procedimiento previsto en el art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

**CUESTIONES:** 1°) ¿Son formalmente admisibles las impugnaciones extraordinarias interpuestas?; 2°) ¿Es procedente cada una de las mismas?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

**VOTACIÓN:** A la **primera cuestión** el **Dr. ANTONIO G. LABATE**, dijo:

a) Los escritos fueron presentados en término, por parte legitimada para ello, ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, revistiendo el mismo el carácter de sentencia definitiva (arts. 239, 242, primer párrafo, y 248 del C.P.P.N.).

b) Además, las impugnaciones resultan autosuficientes porque de sus lecturas se hace posible conocer cómo se configuran -a juicio de los recurrentes- los motivos de impugnación extraordinaria aducidos y la solución final que proponen.

c) Sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, hay efectuar dos consideraciones. Por una parte atento que la Defensa afirmó la falta de legitimación de la Fiscalía porque habría pedido la pena de tres años de prisión para el imputado y que el artículo 241 del C.P.P.N., en el caso no le concede recurso.

Pero tal solicitud no puede tener favorable acogida si del acta de debate, surge evidente que la Fiscalía al momento

del alegato final solicitó la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas (cfrme. fs. 300 vta.) y que si bien dicha parte no había recurrido la sentencia de condena, al dictarse la absolución por parte del Tribunal de Impugnación, si se encuentra legitimada en los términos del art. 241 del ritual local.

Por otra parte, en lo que respecta al recurso de la Querrela, hay que considerar que la sentencia ahora en crisis, fue cuestionada tanto por la Fiscalía como por la Defensoría de los Derechos del Niño n° 2 de esta ciudad, en particular a esta última en dicha resolución se declaró inadmisibile el recurso de casación por ella presentado, donde se agraviaba por la calificación legal que se le dio al hecho juzgado.

En este punto, solo hay que decir que si bien la sentencia recurrida no trató los agravios de la Defensoría de los Derechos del niño, y tratándose de una causa que se inició y sentenció con el proceso anterior al del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia Ley 2784, donde la parte sí tenía recurso en contra de la sentencia dictada por la ex Cámara en lo Criminal II local, solo corresponde mencionar que este Tribunal ya ha resuelto situaciones como la presente, en el sentido de declarar la nulidad de la resolución que resuelve la inadmisibilidad formal del recurso por el que estaba legitimada de recurrir en casación, al resolver la impugnación ordinaria con el nuevo código de rito.

En tal sentido y si bien en un recurso presentado por la Fiscalía, hemos resuelto, in re "Dr. Terán Santiago s/ impugnación extraordinaria E/A. 'Tobares, Angel Miguel...'" (expte. N° 31/2014), del registro de esta Sala, que: "...el Tribunal de Impugnación, al pronunciarse del modo en que lo hizo, no resolvió la cuestión litigiosa que había sido llevada originalmente a



conocimiento de esta Sala (conforme al anterior sistema), actividad que luego fue traspasada al Tribunal de Impugnación luego de producirse la reforma procesal penal”.

“Dicha negativa a ingresar *al thema decidendi* bajo una supuesta carencia de legitimación de la parte recurrente (la que no solo estaba asignada en ley sino que además era consecuente con diligencias anteriores practicadas por la Sala que le dieron plena intervención durante el curso del juicio casatorio) no solo colisiona con lo establecido en la Ley Orgánica de la Justicia Penal, sino también con pacífica normativa de nuestro Máximo Tribunal Nacional en cuanto a que si bien las nuevas normas procesales se aplican inmediatamente a las causas en trámite, ello lo es siempre que no se prive de validez a los actos procesales ya cumplidos ni se deje sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes anteriores (C.S.J.N., Fallos: 232:32; 302:263; 314:280 y 329:5586, entre muchos otros)....”.

Consecuentemente, sin perjuicio de que ello bastaría para declarar la nulidad de la sentencia del Tribunal de Impugnación, por no haber dado respuesta a los agravios de la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescentes n° 2 de esta ciudad, por lo que se dirá infra, se procederá a realizar el análisis de la sentencia en crisis, teniendo presente además que los agravios de la Fiscalía y de la Querrela son coincidentes, en cuanto a la materialidad del hecho y autoría del imputado.

Por consiguiente, entiendo que corresponde declarar la admisibilidad formal de las ambas impugnaciones presentadas.

La **Dra. LELIA GRACILA MARTINEZ** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Mi voto.

A la **segunda cuestión** el **Dr. ANTONIO G. LABATE**, dijo:

1) En la presente impugnación extraordinaria la Fiscalía y la Defensoría de los Derechos del Niño plantearon por la segunda hipótesis del artículo 248 del C.P.P.N., un supuesto de "arbitrariedad de sentencia".

Tal como hemos señalado en precedentes anteriores, este segundo andarivel recursivo tiene por objeto someter a la instancia local aspectos vinculados a cuestiones federales que luego podrían articularse ante el Máximo Tribunal Nacional por vía del Recurso Extraordinario Federal.

Con ello, no sólo se asegura el planteo tempestivo de los agravios de pretensa naturaleza federal, sino también la indelegable intervención del tribunal superior de la causa, exigencias que no sólo derivan de la propia ley, sino también de copiosa jurisprudencia del Máximo Tribunal Nacional (cfr. IMAZ, Esteban y REY, Ricardo. EL RECURSO EXTRAORDINARIO, 2° Ed., Nerva, Bs. As., págs. 219, 223 y ss.).

Por su fin y naturaleza se sabe que el recurso extraordinario federal referenciado en el artículo 248 del C.P.P.N. es excepcional y de aplicación restrictiva, por la gravedad de la función que, por esa vía pudiera cumplir luego la Corte en cualquiera de los tres supuestos establecidos en la Ley 48.

Corresponde entonces a ésta Sala examinar si tal como pretende la presentante con su actividad recursiva, corresponde declarar la nulidad de dicho decisorio por haber incurrido los Magistrados en arbitrariedad.

2) En cuanto al agravio de la parte recurrente, se destaca que la Fiscalía a través del escrito de impugnación extraordinaria, que ratifica la Dra. Finocchietti, en la audiencia del art. 245 del ritual local, se plantea la arbitrariedad por falta de fundamentación normativa y por

prescindir de pruebas decisivas contradiciendo las constancias de autos. Concretamente del primer voto de la sentencia de la Sala del Tribunal de Impugnación, se infiere que la menor declaró influenciada por una persona adulta y para llegar a tal aserto se basó en los dichos de un testigo no imparcial, y específicamente en los dichos del imputado. Que no se puede arribar a las afirmaciones que realiza el Dr. Rodríguez Gómez, en el sentido que existieron contradicciones en las apreciaciones profesionales que difieren de los testimonios aportados de personas ajenas que dan cuenta que hubo en la niña una inducción a mentir y acusar a su hermano, que fueron el fundamento lógico para acreditar los hechos denunciados que dieron origen a la sentencia condenatoria.

Agrega que absuelven al imputado porque suponen que la niña ha sido inducida a mentir y como consecuencia le quintan valor probatorio a los demás elementos colectados, incluso al relato de la niña bajo la Cámara Gesell y de las apreciaciones profesionales que especifica que no existía en su decir influencia de terceros.

**3)** Es precisamente al analizar el voto que liderara la sentencia recurrida, donde se advierte que efectivamente existe arbitrariedad en la valoración de la prueba a través de la sana crítica racional.

Recordemos que la sana crítica racional ignora toda regla que establezca las condiciones por la que un hecho, circunstancia o calidad determinados deben tenerse por verificados y comprende además la valoración del conjunto de la prueba incorporado al conocimiento (MAIER, Julio, DERECHO PROCESAL PENAL, Ed. Del Puerto, T. III, pág. 144 y 160).

En tal sentido, se advierte que el voto liderante del Tribunal de Impugnación que determina la absolución del imputado G., realiza una valoración parcial de la prueba de descargo del

imputado, en la que se apoya para acoger la postura de la Defensa, lo que conduce a la falta de fundamentación de la misma. Veamos.

Sostiene el voto mencionado a fs. 389 que: "Le asiste razón al Defensor, al citar al menos dos de los cinco relatos ajenos al conflicto que aseguran que la propia víctima negó haber sido abusada. Evidentemente el padre, el propio imputado y el hermano, están altamente comprometidos, jurídica y emocionalmente, pero las dos vecinas, que se encargaban de la guarda, no están condicionadas y dieron crédito al descargo de G. al asegurar que no la abusó (porque la propia niña lo negó), no la cuidaba y no se encargaba de su higiene".

Se recuerda que las partes (Fiscalía, Querrela y la Defensa) manifiestan que los dichos de los testigos, no se encuentran grabados en audio o video, están parcialmente esbozados en la sentencia de la Ex Cámara en lo Criminal II, que dictó la sentencia de condena, a los que hay que atenerse al no ser cuestionados y es con lo que se cuenta. De allí surgen los testimonios a analizar y que se produjeron en el debate.

En este sentido P. M. A., en lo pertinente dijo: "... En la casa vivía A., cuando ella iba, él no estaba, casi siempre, **de noche nada más**, ningún otro, A. estaba continuamente con la madre cuidándola...". "...Después que la hermanastra de A. le comentó, la nena en presencia de ella y de R., me lo dijo, así de la nada. **Me dijo que el hermano la había toqueteado nomás, de antes, cuando la bañaba y la cuidaba**, nunca me había dicho nada.. La nena dijo así 'El A. me tocó la cola' no dijo nada más, antes de ese día no me había dicho nada" (fs. 321/vta., las negrillas me pertenecen). "En ese tiempo, ya no estaba en la casa V. porque se había juntado, la mamá estaba en el hospital, y A., continuamente cuidándola; después se la dejaba al padre toda

lista, a eso de las seis de la tarde me iba [...] Recordó al ser preguntada por la Defensa, que después que se produjo el episodio donde la nena contó lo sucedido, estando presente L., le había dicho que era mentira porque las hermanas le habían dicho que lo dijera, eso fue después que pasó todo, había sido M.. Agregó que la niña le dijo al papá llorando, que la hermana dijera lo que había dicho..." (fs. 321vta.).

De los extractos de este testimonio se puede destacar que si bien se expone la supuesta imposición para que 'mintiera' o 'inventara' el hecho que se investiga, también surge que efectivamente, la testigo habría escuchado sobre las circunstancias de los hechos que se le atribuyen al imputado de boca de la propia niña, y el voto liderante de la sentencia del Tribunal de Impugnación valora solo esto último.

A ello se suma que la supuesta confesión de la mentira se habría producido en presencia del padre de la menor (V. G.), y de L. R.; el primero en su declaración en el debate dijo que **la negación de lo sucedido por parte de la menor, se produjo solo en su presencia**, sin que hubieran otras personas; "recordó que J. le dijo que A. no la había tocado, **estábamos los dos solos...**" (ver fs. 318 vta., quinto párrafo, las negrillas me pertenecen); versión que se contradice con los dichos de la testigo en análisis, y que la sentencia del Tribunal de Impugnación tampoco analiza.

Menos aún se meritúa que los dichos de la testigo mencionada, se contradicen con los imputado en cuanto a que concurriera a la noche a la casa; mientras la primera afirma que ello sucedía, el imputado lo niega, diciendo que nunca iba a dormir a la noche a la casa donde convivía con la víctima (ver fs. 308, tercer párrafo).

Sobre este último punto, también se contradicen los dichos del imputado con los de su propio hermano P. V. G. en cuanto a que el primero pernoctaba en la casa de su padre V. al momento de los hechos. Justamente V. al declarar en el juicio dijo: "En esa época, A. vivía en la casa con V. y C.. Andábamos juntos para todos lados, sino él estaba todo el tiempo con mi mamá, yo también pasaba hasta el hospital, hasta las once de la noche, volvíamos juntos a la casa, el papi acostado con la nena, le preparábamos una mamadera de leche, y después se la llevábamos, al otro día, los dos juntos, él para el hospital y yo a trabajar" (fs. 425, textual, párrafo cuarto).

Por su parte, y también en lo pertinente respecto del análisis que debe hacerse de los dichos de L. R., se destaca que: **"En cuanto al hecho, dijo, un domingo la veo a la nena a la tarde, la llevan con su padre, y de ahí sale que habían descubierto que la nena había sido abusada. Ahí es que trato de estar con la nena, a mi me negó que dijera eso, me lo dice, delante de M., el padre y de otras personas, M. una vecina, le digo a la nena, 'decíselo a tu papá', no me tocó cola. Al retirarme de la casa, y una vecina dice, esto, hizo una denuncia porque J. lo dijo. Llegó el sábado, se acerca S. G., con su marido a mi casa, ahí me dijo, si lo acompañaba al padre a un privado o un hospital, para ver que le había pasado a la nena, me denunciaban, me amenazó..."** (fs. 323 vta./324, lo destacado me pertenece).

Agrega: "Con relación a los varones, V. y A. no estaban en la casa, se la pasaban permanentemente en el hospital, los veía, venían de pasada... Además, V., el hermano, con su novia vivían cerca, venían cuando podían a dormir... La testigo afirmó que la niña, mil veces le dijo y le repitió que M. fue quien le dijo que dijera eso. Señala (a una pregunta de la Fiscalía) que

se encontraban presentes, M., M. una vecina y su papá, T., me lo repitió un montón de veces. Entre ella, G. y M. se ocuparon de la nena, cuando C. estuvo internada”.

Este testimonio, si bien expone que habría estado presente cuando la niña habría manifestado que la habían inducido a denunciar un hecho inexistente, expresa que lo fue en presencia de otras personas, entre ellos el padre de la niña; cuando éste dijo, se recuerda, que dicha manifestación la habría hecho solo con su presencia, cuestión que no analiza en modo alguno la sentencia puesta en crisis.

Por lo demás la testigo confirma que tomó conocimiento del hecho denunciado, y en contra de lo que dice el imputado, sostiene que concurría a pernoctar a la casa de su padre en el tiempo en que habrían ocurrido los hechos investigados.

Párrafo aparte merece la afirmación de la sentencia cuestionada en cuanto a que las testigos fueran desinteresadas en el hecho -lo cual permite al vocal del primer voto a admitir la duda alegada por la Defensa-, toda vez que ambas testigos manifiestan que cuidaban y aseaban a la menor, que tenían conocimiento de las diferencias entre los hermanos; y en particular, la testigo L. expresamente manifestó que S. G., quien a la fecha de la sentencia tenía la guarda de la menor, la habría amenazado, si no acompañaba a su padre a ver lo que habría sucedido con la menor. Dichas circunstancias, les quita el carácter de testimonios desinteresados o ajenos al conflicto, que la sentencia del Tribunal de impugnación les atribuye.

Del análisis de estos testimonios brindados en la audiencia de debate, que dieron origen a la sentencia de condena, surge a primera vista que si bien el voto liderante de la sentencia de la ex Cámara en lo Criminal II de esta ciudad, no

descarta expresamente la postura de la Defensa, en cuanto a que la menor habría sido inducida a mentir sobre los hechos juzgados, ello surge tácitamente de los fragmentos de todos los testimonios transcritos en la sentencia de fs. 307/343, más precisamente a fs. 317 vta./325 vta., en tanto las contradicciones que se producen de los dichos de los testigos analizados, no requerían mayor comentario, y menos aún generar duda alguna en el tribunal de juicio, que por otra parte, considera contundente la prueba de cargo que analiza a través de la sana crítica racional.

**4)** En lo que respecta al informe de la Dra. Robato, de fs. 25/26, corresponde decir que el mismo fue incorporado por lectura al debate en legal forma y con expreso pedido de la Defensa, que si bien había solicitado su comparecencia, desistió de la misma conforme surge del acta de debate de fs. 286 vta..

Por lo precedentemente expuesto, no se comparte, respetuosamente, la afirmación del voto liderante de la sentencia de la Sala del Tribunal de Impugnación de que dicho informe pierda fuerza probatoria, cuando con contundencia afirma que: "COLOCADA LA PACIENTE EN POSICIÓN DE PLEGARIA MAHOMETANA SE VISUALIZA LA MARGEN DEL ANO ENCONTRANDO EL ESFÍNTER ANAL EXTERNO PARCIALMENTE RELAJADO CON UNA LUZ DE APERTURA QUE NO CONDICE CON LOS PARÁMETROS DE NORMALIDAD. PRESENCIA DE PLIEGUES PERIANALES. SIN SECRECIONES AGREGADAS COMO TAMPOCO SIGNOS AGUDOS PRESENTES. COMPATIBLE CON CUADRO DE ABUSO SEXUAL CRÓNICO A TRAVES DE TRAUMA PENETRANTE COMO MANIOBRAS DE DIGITALIZACIÓN REITERADA. CATEGORÍA 4 DE LA CLASIFICACION DE MURAM..." (fs. 26). Ante la posibilidad de otras causas que podrían haber provocado las lesiones certificadas, como la falta de aseo o urticaria, citado por P. R. que destacó la falta de higiene en la ropa interior de la menor que fue valorado en la sentencia de condena y que ninguno de



estos interrogantes pudieran develarse en la audiencia de debate, por ausencia de la nombrada profesional.

Reiteramos, la Dra. Robato, fue citada al debate, no compareció e informó debidamente el motivo de su ausencia y fue la misma Defensa que desistió de que la nombrada rindiera testimonio en el juicio y que ese informe se incorporara por lectura, con lo cual, **en modo alguno se pueden achacar dudas al contundente informe de fs. 26/27**, que lleva a acreditar la materialidad del hecho por el que se condenó al imputado, valorando prueba legalmente incorporada al debate.

5) Por último, en cuanto al dictamen de la Lic. Zulema Díaz y la retractación referida por los testigos, hay que recordar, como se mencionó supra que los dichos de la menor respecto de los hechos investigados fueron expuestos en Cámara Gesell, que fue ampliamente valorado en la sentencia, a lo que se suma que se toma conocimiento de los mismos, por parte de las hermanas de la menor víctima, quienes también depusieron en Cámara Gesell, que no fueron cuestionadas, dando cuenta del hallazgo del estado de J., cuando procedieron a bañarla, situación que le informan a S. G. quien concurre al domicilio de su padre a requerirle que formule la denuncia pertinente.

Adviértase, que mal podría generarle dudas al vocal del primer voto de la sentencia de condena -al que adhieren en un todos los otros integrantes de la ex Cámara-, ante las contradicciones de los relatos y el interés que tenían en el caso de los testigos que la sentencia de la Sala del Tribunal de Impugnación valora para disponer la absolución por el beneficio de la duda, si la contundencia de la prueba de cargo lo llevaban a resolver de la forma en que se hizo, determinando la autoría y participación del imputado G. en el hecho juzgado, sin perjuicio de la calificación legal que corresponda.

6) Lo expuesto me lleva a concluir razonadamente que, el Tribunal de Impugnación en su valoración de la prueba que lo lleva a considerar la existencia de la duda para resolver el caso por parte del Tribunal de Juicio, omitió consideraciones realizadas por los testigos que analiza que en modo alguno deberían llevarlo a concluir como lo hace.

Ello determinó que al material probatorio que sí tuvo en cuenta el Tribunal de Juicio, le restó valor sin efectuar una crítica razonada a su respecto, es decir no apreció cada testimonio de modo individual y completo, ni éstos en su conjunto y conforme la manda del artículo 22 del rito local que dispone que: *"Los jueces formarán su convicción de la valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida, explicando con argumentos de carácter objetivo su decisión"*.

7) Por lo demás, el voto ponente del Tribunal de Impugnación hizo especial hincapié en la "retractación", supuestamente probada con dichos de testigos (cuyos relatos ya se vio que resultan contradictorios entre sí en cuanto a ese evento), sin reparar siquiera en su contexto y en la esencia que podría tener aquella afirmación contraria.

Tal como lo expresa reconocida bibliografía científica, "(...) A *posteriori* de la narración del hecho, no es infrecuente que la niña se desdiga de lo que denunció, es decir que asuma haber mentado. La retractación de aquello que sostuvo constituye uno de los momentos más complejos de las intervenciones judiciales, si bien quienes tienen práctica en estos temas saben que es esperable que esto ocurra. Las niñas no toleran fácilmente la evidencia de sus propias denuncias, que se concretan [...] su exposición como testigo y víctima de los hechos, más las revisiones de los profesionales que tienen a su cargo el análisis de lo sucedido: todo ello gesta un nuevo modelo de

*vergüenza socializada*, diferente de la ya conocida por ella, que se mantenía en el plano de lo psicológico personal, y en todo caso, familiar [...] La retractación cuenta con un componente social que no es evaluado por las niñas del mismo modo que por los adultos. Entonces, referirse a la retractación de las niñas, ya sea para suponer que primero mintieron, o bien para aceptar que dijeron la verdad y que ahora la falsean, arriesga a aplicar mensuras adultas a procesos psíquicos que corresponden a períodos etarios con otros niveles de desarrollo...” (cfr. Giberti, Eva - Dirección- Lamberti, Silvio; Viar; Juan Pablo y Yantorno, Noemí “Incesto Paterno-Filial. Una visión multidisciplinaria”, ed. Universidad, Bs. As., 1998, págs. 124 y ss).

Esto último es precisamente el déficit que encuentro en el razonamiento medular del fallo, pues asigna una fuerza probatoria a la supuesta expresión verbal de la menor víctima en sí misma, divorciada de todo su contexto, lo que lleva sin duda a una conclusión alejada de las reglas de la experiencia forense y científica, conforme lo más arriba explicado.

Creo así haber fundado las razones por las cuales la impugnación extraordinaria presentada por la Fiscalía debe ser declarada **procedente**. Mi voto.

La **Dra. LELIA GRACIELA MARTÍNEZ** dijo: Sobre esta segunda cuestión me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante. Así voto.

A la **tercera cuestión**, el **Dr. ANTONIO G. LABATE**, dijo: Atento la respuesta dada a la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que la impugnación extraordinaria interpuesta por el Ministerio Público Fiscal, sea receptada de manera favorable, declarando la nulidad de la sentencia n° 114/2014 (art. 98 del C.P.P.N), dictada por la Sala del Tribunal de Impugnación (fs. 384/391), disponiendo el reenvío del legajo a ese mismo Tribunal

para que, con una nueva integración, y, previa audiencia designada al efecto, dicte un nuevo fallo ajustado a derecho (arts. 193, último párrafo y 194, inc. 4 del C.P.P.N.). Mi voto.

La Dra. **LELIA GRACIELA MARTÍNEZ** dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la **cuarta cuestión**, el **Dr. ANTONIO G. LABATE**, dijo: corresponde eximir del pago de las costas procesales a la parte recurrente (art. 268, a contrario sensu, del C.P.P.N.). Mi voto.

La Dra. **LELIA GRACIELA MARTÍNEZ** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE**:

**I.- DECLARAR ADMISIBLE** desde el plano estrictamente formal la impugnación extraordinaria deducida, a fs. 392/397, por el Dr. Rómulo Alberto Patti en su carácter de Fiscal Jefe, y parcialmente admisible por las señoras Defensoras de los Derechos del Niño, Dras. Mónica Viviana Amicone y Marcela Fabiana Robeda, la impugnación extraordinaria interpuesta a fs. 399/406;

**II.- DECLARAR LA NULIDAD** de la Sentencia n° 114/2014 (fs. 384/391), dictada por la Sala del Tribunal de Impugnación (arts. 98, 247 en función del 249 del C.P.P.N.);

**III.- REENVIAR** el legajo al Tribunal de Impugnación para que, con una nueva integración, y, previa audiencia designada al efecto, dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho (arts. 193, último párrafo y 194, inc. 4 del C.P.P.N.);

**IV.- SIN COSTAS PROCESALES** a las partes recurrentes (art. 268, a contrario sensu, del C.P.P.N.);

**V.- Regístrese**, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. ANTONIO G. LABATE - Dra. LELIA GRACIELA MARTINEZ  
Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA - Secretario