

ACUERDO N° 8/2016: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los seis (6) días del mes de junio del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores **ALFREDO ELOSÚ LARUMBE y MARÍA SOLEDAD GENNARI**, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, **Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA**, para dictar sentencia en los autos caratulados "**M., S. L. F. S/INFRACCION ART. 119 C.P.**" (**LEGAJO MPFNQ 20.609 AÑO 2014**).

ANTECEDENTES: I.- Que por sentencia Nro. 11/2016, emitida por el Tribunal de Impugnación, integrado en la ocasión por los Dres. Florencia Martini, Héctor Dedominichi y Andrés Repetto, se resolvió, en lo que aquí interesa: "**...II.- HACER LUGAR** a la impugnación ordinaria deducida, por constatarse los agravios, revocando la sentencia impugnada, y **ABSOLVIENDO** en consecuencia a S. L. F. M., DNI, de demás constancias personales ya indicadas por no haberse superado el estándar de duda razonable (art. 8 del CPP) conforme lo previsto por el art. 246 último párrafo. III.- Sin COSTAS...".

En contra de tal resolución, dedujo impugnación extraordinaria la señora M. R. y el señor C. A. J., en su carácter de parte querellante, con el patrocinio letrado del Dr. Daniel Adrián Tur.

Los recurrentes sostienen que la sentencia cuestionada carece de adecuada fundamentación, en virtud de los desvíos lógicos del tribunal sentenciador en la valoración probatoria, lo que la torna arbitraria. Así,

entienden que la Dra. Florencia Martini, al revisar la sentencia del Tribunal de Juicio, se limitó a señalar que los votos de los Dres. Piana y Rodríguez Gómez fueron fundados de manera deficiente, lo cual es -en su opinión- una afirmación que se aparta de las constancias de la causa, toda vez que de ellos surge que se hizo un análisis integral de toda la prueba rendida en juicio, lo que omitió efectuar tanto la sentencia del Tribunal de Impugnación cuestionada, así como el voto en minoría del Dr. Varessio.

Afirman que dicha pieza procesal se detiene en sólo una parte de la prueba y omite su consideración integral, y que se efectúa una valoración parcial de la misma. En tal sentido, específicamente en la mención a los horarios del Sr. M. y la imposibilidad de que el hecho haya ocurrido como se describe, habiéndose acreditado que el imputado y la menor S. J. coincidieron en una oportunidad durante abril del 2012 en el colegio al que la niña asistía, lo que condice con lo relatado por la niña en Cámara Gesell, quien señala que fue una única oportunidad.

Refiere que lo que termina de evidenciar la arbitrariedad a la hora de revisar la sentencia del tribunal de juicio, es que el voto del Dr. Varessio, al cual adscribe el Tribunal de Impugnación, omite hacer consideración alguna sobre el resto de las pruebas recibidas en juicio. En el debate oral se acreditaron los síntomas conductuales que el episodio abusivo le dejó a la niña, recordando que el voto del Dr. Piana no sólo recoge el contenido de cada una de las declaraciones de

familiares directos de S. (quienes presenciaron sus cambios de conducta), sino que también de todos los profesionales que pudieron advertir en ella síntomas de abuso sexual.

Cita el precedente dictado por esta Sala, mediante Acuerdo Nro. 191/13 "D. A. P. S/ABUSO SEXUAL" (Expte. Nro. 174/2013), y solicita se declare la nulidad de la sentencia del Tribunal de Impugnación y se ordene el reenvío de estos actuados para que, con una nueva integración, se dicte un nuevo fallo ajustado a derecho.

Hizo reserva del caso federal.

II.- Por aplicación de lo dispuesto en los arts. 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas posiciones sobre la materia debatida (cfr. acta de audiencia de fs. 100/101).

a) El Dr. Daniel Adrián Tur comenzó su alocución manifestando que el recurso de control extraordinario interpuesto, se dirigió contra la sentencia del Tribunal de Impugnación que, haciendo uso de la excepcional potestad de ejercer competencia positiva en esa instancia, por el artículo 246 del C.P.P.N., revocó el fallo del tribunal de juicio, y absolvió al imputado M.. Refirió que el gravamen tuvo que ver con esa revocación, y que aún subsiste.

Argumentó que la sentencia es arbitraria porque existió una fundamentación aparente en el fallo del Tribunal de Impugnación, en atención a que no analizó toda la prueba producida en el debate, y la que sí analizó, se lo hizo de manera equivocada. Entiende que la

Magistrada ponente se apartó manifiestamente del derecho aplicable, porque no siguió las prescripciones del artículo 21 del Código Procesal Penal que manda a cualquier magistrado que realiza un fallo a analizar toda la prueba producida en el juicio; sino por el contrario, para fundar su voto se remitió a sostener los argumentos del voto de la minoría en la sentencia del tribunal de juicio.

Aclaró que ése voto, haciendo lugar al planteo efectuado por la defensa, y tomando como base los argumentos del voto de la minoría del tribunal de juicio, planteó inconsistencias en el relato de la niña víctima como fundamento de la absolución: una externa -vinculada con que el hecho materialmente nunca podría haberse cometido- y otras dos internas -referidas a que la niña primero cuenta que el hecho ocurrió cuando tenía 8 años, y luego aclara que fue a los 11 años, y que por un lado dijo que fue por arriba de su prenda íntima y, en otra entrevista, que fue por debajo de su prenda íntima-.

Entiende que las mismas fueron deficientemente valoradas: respecto de la primera, por cuanto lo que se denunció fue la comisión de *un solo hecho de abuso sexual*, y que durante el debate se probó que durante el mes de abril del año 2012 alumna y profesor coincidieron un día en la clase de educación física, ergo, la inconsistencia temporal no es tal, sino por el contrario, se reafirma. Y con relación a las fisuras internas en el relato de S., explica que las cinco profesionales que atendieron a S. durante el proceso de develamiento dieron cuenta en forma

circunstanciada y detallada de por qué la niña primero dijo que el hecho abusivo había ocurrido cuando tenía 8 años y por qué después dijo que en realidad había ocurrido en abril del año 2012, cuando tenía 11 años, y que el autor había sido el profesor de educación física "S.". No hay aquí una 'fisura' en el relato, sino más bien, una respuesta de la niña en el proceso de develamiento. Y que es por esos mismos motivos, que en una primera oportunidad refirió que el tocamiento fue por sobre su bombacha, y luego, en Cámara Gesell, que lo fue por debajo de esa prenda íntima.

Agregó que otro motivo por el cual debe declararse la nulidad de la resolución atacada, consiste que en el fallo del Tribunal de Impugnación, al hacer uso de la potestad excepcional de ejercer competencia positiva y, por lo tanto, absolver al imputado, omitió dar cumplimiento a la manda del artículo 21 del Código Procesal Penal, que prevé que los jueces deberán formar su convicción de la valoración de toda la prueba producida, explicando con argumentos de carácter objetivo su decisión.

Efectúa reserva de recurrir por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por el remedio federal previsto en el art. 14 de la Ley 48.

b) Resuelta la incidencia planteada por la Defensa, en cuanto a no permitir emitir opinión sobre el fondo del asunto ni al Ministerio Público Fiscal ni a la Defensoría de los Derechos del Niño, en virtud de no haber presentado esas partes recurso alguno en contra de la decisión, la Fiscalía, en ejercicio del control de la

legalidad en virtud del art. 120 de la Constitución Nacional, se pronunció por la admisibilidad del recurso impetrado, desde el plano estrictamente formal.

c) El Dr. Ricardo Mendaña, por su parte, comenzó su alocución indicando que no le asiste razón al acusador privado por cuanto no existe arbitrariedad en el pronunciamiento apelado, ni tampoco ausencia de motivación o motivación aparente, ni mucho menos prescindencia del tratamiento integral de la prueba.

Argumentó que este caso presenta una nota singular que estaría dada por la decisión de la Fiscalía y de las Querellas de hacer una imputación con indeterminación de las acciones, ya que ambas aluden a un posible abuso sexual que habría ocurrido en el mes de abril del año 2012, en fecha indeterminada. Sin embargo, en juicio la Defensa logró acreditar en forma contundente que el único día en que alumna y profesor coincidieron, fue el día 23 de abril del año 2012, en la última hora de clases, entre las 11.45 y el final de la jornada escolar matutina.

Estima que más allá de aquellos aspectos vinculados con la credibilidad de la presunta víctima, hay que ver si realmente esos dichos guardan correspondencia con datos objetivos de la realidad que quedaron establecidos en juicio, como ser el de la fecha determinada. Y fue en ese contexto de fecha cierta que el voto de la minoría planteó que no sólo había inconsistencias internas sino también había otras de orden externo, ya referenciadas.

Recuerda que la niña, en Cámara Gesell, aludió a que cuando terminó la clase fueron al recreo, lo que implica para la Defensa un primer problema, toda vez que cuando es la última hora, no hay más recreos. Además, la menor refirió que durante los recreos, en esa época, se escuchaba música por los parlantes de la escuela, pero, como no hubo otro recreo -por la circunstancia antes referenciada- no había música. Ello fue recogido por el voto del Dr. Varessio y no fue contestado, por lo menos en los términos en que, en su opinión, debe ser contestada una afirmación tan categórica.

Pone de resalto que esa parte, en ocasión de acudir vía impugnación ordinaria al Tribunal de Impugnación, se quejó por falta de motivación del voto de la mayoría, sobre dos pilares: 1) que las afirmaciones y argumentos del voto de la minoría sólo tuvieron como respuesta afirmaciones genéricas, casi dogmáticas, por parte de la mayoría; 2) que el voto dirimente carecía de motivación específica sobre los reparos que había planteado Varessio al iniciar la votación. Existía prueba objetiva que era incompatible con las afirmaciones de la querrela, y refiere que hubo un error estratégico por parte de los acusadores, quienes intentaron fortalecer la imputación sólo sobre la base de la credibilidad de la presunta afectada.

Por otro lado pone de realce que el Dr. Varessio sí hizo referencia integral de toda la prueba al emitir su voto, y que fue el confronte crítico de toda esa prueba con la declaración de la víctima, lo que lo llevó a concluir que no surgían elementos sustanciales

que corroboraran la versión de las partes acusadoras. Lo mismo aconteció con el voto de la Dra. Martini. Sendos votos son fundados y constituyen una derivación de las circunstancias del caso y del derecho vigente, y efectúan un análisis donde no niegan ciertos aspectos que hacen a la credibilidad del testimonio, pero valoran que ello no es suficiente, en virtud de las inconsistencias externas e internas del relato de la niña. La querella pone el énfasis en la credibilidad; la Defensa estima que la prueba objetiva está de su lado, y por otra parte, en caso de duda, de la presunción de inocencia se deriva la obligación que tienen los acusadores de acreditar más allá de toda duda razonable la imputación que esgrimen, lo que en este caso no ha ocurrido.

Cita jurisprudencia. Solicita se rechace la instancia de control extraordinario deducida por la querella particular, 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: El Dr. Alfredo Elosú Larumbe y la Dra. María Soledad Gennari.

Cumplido el procedimiento previsto en el art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes **CUESTIONES**: 1°) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2°) ¿Es procedente la misma?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión** el **Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE** dijo:

a) El escrito fue presentado en término, por parte legitimada para ello, ante la Oficina Judicial correspondiente, y se impugna una sentencia definitiva.

b) Además, el remedio intentado resulta autosuficiente, porque de su lectura se hace posible conocer cómo se configura -a juicio del recurrente- el motivo de impugnación extraordinaria aducido y la solución final que propone.

En tales condiciones, la impugnación extraordinaria presentada debe ser declarada procedente, desde un estricto punto de vista formal. Tal es mi voto.

La **Dra. María Soledad GENNARI** dijo: adhiero al voto que antecede, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Mi voto.

A la **segunda cuestión**, el **Dr. Alfredo ELOSÚ LARUMBE** dijo:

Contra la sentencia Nro. 11/2016, la Parte Querellante, representada por el Dr. Daniel Adrián Tur, dedujo impugnación extraordinaria, en función de lo normado por el artículo 248 inciso 2 del Ritual.

El agravio se orientó a cuestionar la sentencia del a quo que, según sostiene, sería nula por incurrir en arbitrariedad manifiesta, y desconocimiento de pruebas decisivas para la solución del caso, por cuanto no se efectuó un análisis integral de la prueba rendida en juicio, específicamente en torno a: 1) los horarios del imputado y la imposibilidad alegada por la Defensa de que el hecho haya ocurrido como se describe,

habiéndose acreditado que el imputado y la menor S. J. coincidieron en una oportunidad durante abril del 2012 en el colegio al que la menor asistía, lo que condice con lo relatado por la niña; 2) si el hecho sucedió cuando la menor concurría a tercero o sexto grado; 3) si el tocamiento fue por encima o por debajo de sus prendas íntimas. Bajo la óptica de la parte querellante, en el juicio oral se acreditaron los síntomas conductuales que el episodio abusivo le dejó a la niña, y que las "inconsistencias" señaladas por el voto de la minoría y que recoge la Magistrada del Tribunal de Impugnación, fueron debidamente aclaradas con los testimonios tanto de los familiares directos de S. así como de las profesionales que la asistieron y que pudieron advertir en ella síntomas compatibles con la situación de abuso sexual por ella referenciada.

Es preciso recordar que: *"...una 'sentencia que no traduce una apreciación crítica y fundada de los elementos relevantes de la litis, satisface sólo en forma aparente la necesidad de ser derivación razonada del derecho vigente con adecuada referencia a los hechos de la causa y debe ser descalificada en su carácter de acto judicial' (CSJN, B.622.XX; V.201.XXI; S-462XX19)..."* (Cafferata Nores, José I. (compilador). "Eficacia del sistema penal y garantías procesales ¿contradicción o equilibrio? Ed. Mediterránea, pág. 70).

a) A mi modo de ver, la sentencia examinada no satisface los requisitos de fundamentación exigidos por imperativo constitucional y legal (art. 18 de la C.N.; art. 246, en función del art. 193, tercer párrafo,

del C.P.P.N.). La enunciación precedente conlleva la obligación de repasar los argumentos de la sentencia de condena y la de absolución.

a.1) Así, debe repararse que la víctima en todo momento acusó al imputado por la comisión de un solo hecho de abuso sexual (conforme se desprende de la Cámara Gesell -exhibida el primer día del debate, video identificado como 03-08-15 LEG 20.609 M. S. (Sala 1) 2-2, especialmente en los minutos '1.05.03, '1.10.01, '1.12.20, '1.18.53 y '1.29.06-), lo que se compadece con los términos de las declaraciones vertidas en juicio por su madre, la señora M. R. -sobre su declaración, se ahondará más adelante-.

En cuanto a su versión, el voto mayoritario, tras analizar la totalidad de las declaraciones producidas en juicio, consideró categórico su testimonio, por cuanto describió, sin hesitación, la oportunidad y modalidad del ataque sexual sufrido, testimonio que fue reforzado con las declaraciones de las profesionales en psicología que asistieron a la menor, desde el momento del develamiento a la actualidad.

Se valoraron en tal sentido los testimonios de las cinco psicólogas que tuvieron intervención en esta causa, tal el caso de la Lic. Zulema Díaz, quien dio cuenta de la credibilidad del relato de la menor, no encontrando indicadores de fabulación ni quiebres, percibiendo un relato claro, coherente, con logicidad, sin alteraciones cognitivas, considerando secuencia y progresividad del suceso, y en el que nada fue indicativo de fabulación o recreación de situaciones, evidenciando

angustia permanente al relatar lo sucedido y existiendo consonancia entre lo relatado con lo vivido por la niña, quien a pesar del retraimiento evidenciado en la entrevista -lo que se patentó, v. gr., en que prefería que le preguntaran-, logra poner en palabras la situación vivida. Esto refiere que es normal en este tipo de escenarios y que el temor, el repliegue o huida, son reacciones comunes ante este tipo de experiencias.

La Lic. Karina Ortiz puso de resalto que la evitación del espacio escolar se relacionaba con el hecho de haberse convertido, en la percepción de S., en un lugar peligroso y amenazante, pudiendo constatar en la niña un cuadro de tristeza e irritabilidad, orientado a lo depresivo, con aislamiento.

A ello se suma lo referido por la psicóloga que actualmente asiste a la niña, Lic. Mariela Geldres, quien da cuenta del bloqueo emocional que le generó la situación traumática vivida, advirtiendo un trastorno post traumático claro, muy notorio, con regresión, inmadurez, comportamientos agresivos, ataques de pánico, evidenciando un profundo sentimiento interno. También reafirma la inexistencia de factores de fabulación ni influencia de sus padres en el relato.

En juicio, la Lic. Errecart Doba -que fue la primera que asistió a S. luego del develamiento efectuado a su madre-, relata cómo la niña no podía salir de su casa, que tuvo que concurrir hasta su domicilio para entrevistarla, que luego logró entablar un diálogo y establecer empatía, ayudándola con la regularización del sueño y la alimentación, y tras haber mantenido varias

sesiones ya en su consultorio, la menor le relató que en sexto grado, luego de la clase de educación física, el profesor le tocó la vagina. Refiere haberse encontrado con una paciente con un gran shock postraumático, con negativas a salir de su casa, con temor a evitar a su profesor. También da cuenta de que no advirtió presencia de indicadores de fabulación ni de abuso intrafamiliar.

Y estas coincidencias son puestas de resalto en la pieza sentencial junto con lo manifestado por la Lic. María Julieta Katcoff -asistente social del Servicio de atención telefónica del Hospital Regional Neuquén, para víctimas de abuso sexual infantil y maltrato- quien dio cuenta de que los comportamientos evidenciados por S. eran compatibles con posibles situaciones de abuso.

a.2) Por el contrario, como pusimos de resalto en los párrafos anteriores, el Tribunal de Impugnación, en voto unánime, se pronunció por la absolución por el principio de la duda (fs. 154/vta.).

Para llegar a esa conclusión, y tras acoger la postura de la Defensa, hacen referencia a que *"...La especificación de día y hora del evento fue introducido por el Sr. Defensor y producida prueba en el debate (...) se pudo establecer que alumna y profesor sólo coincidieron en la clase del día 23 de abril de 2012 que se dictó en la última hora de la jornada, a partir de las 11.45. Sin embargo la Fiscalía en su alegato de clausura continuó sosteniendo genéricamente la imputación en el mes de abril sin refutar en base a prueba producida en juicio, la especificación temporal acreditada (...)"*. En otro tramo de la sentencia, se menciona que esta cuestión

fue "...analizada pormenorizadamente..." por el voto de la minoría, y que el voto disidente no alcanzó a refutar las "...inconsistencias y fisuras del relato de la menor, contrastadas con las circunstancias de tiempo y lugar señaladas, como así las inconsistencias internas (impersistencias del relato) limitándose a realizar una descripción minuciosa de los testimonios producidos en el juicio sin conectarlas valorativamente a fin de rebatir la postura fijada en el primer voto...". Y que el voto dirimente "...lejos de sortear las lagunas argumentales del voto disidente, se limita a realizar afirmaciones dogmáticas, y repitiendo el modelo del segundo voto, describe las testimoniales sin conectarlas valorativamente...". Por ello entienden que se "...constatan los agravios [de] la Defensa en lo que respecta a ausencia de motivación de los votos disidente y dirimente como así en la insuficiente prueba de cargo a efectos de acreditar -más allá de toda duda razonable- la participación del imputado...". Y que "...no resulta suficiente este único testimonio [el de la víctima] para fundar una sentencia de condena con la certeza que exige la destrucción de la presunción de inocencia que ampara al imputado en todo proceso penal(...)."

a. 3) En efecto, el Tribunal de Impugnación dictó la absolución por el estado de duda.

A este respecto, se ha establecido, en posición que comparto, que: "...el estado de duda no puede resposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de la racional y objetiva valoración de las constancias del proceso (ver C.S.J.N., 'Rivarola, Juan

Antonio s/abuso deshonesto', causa n° 28.105, rta. el 24/03/92, T. 315, p. 495). (...) El proceso penal se configura como una contienda entre hipótesis en competencia que el juez tiene la tarea de dirimir. Este debe decidir ensayando todas las hipótesis, aceptando la acusatoria sólo si se encuentra probada y desechándola por imperio del *favor rei* no sólo si resulta desmedida, sino también si no son desmentidas todas las hipótesis en competencia con ella (conf. Luigi Ferrajoli. Derecho y razón. Madrid, 2000, pág. 129 y sgtes)...” (C.N.C.P., Sala I, “Alarcón, Marcial”, rta. el 23/02/2007, Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal, Dir. Miguel A. Almeyra, del 30/08/2007, págs. 42/46).

Así las cosas, en el *sub lite* hay dos hipótesis en pugna: a) la de S. J., que denunció al imputado como autor del abuso sexual, y b) la de este último, que niega que tal acontecimiento haya sucedido.

En los delitos contra la integridad sexual debe recordarse que esta Alzada ha tenido oportunidad de expedirse, al sostener que: “(...) *la declaración de la víctima, sobre todo cuando se trata de delitos cometidos en la intimidad, puede integrar la prueba de cargo suficiente para desvirtuar el estado de presunción de inocencia. Ello así pues, de otra manera, se crearían espacios de impunidad inaceptables (cfs. Ac. N° 1/98 'Torres'). Lo dicho precedentemente, obviamente, no supone que simplemente base con la existencia de tales dichos; antes bien será necesario su análisis profundo, su cotejo con información científica que permita establecer su fiabilidad y la existencia de otros*

elementos de corroboración periférica (...)" (Acuerdo n° 14/2012, "L., M. S. S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR HABER SIDO EL ENCARGADO DE [LA] GUARDA", rto. el 19/04/2012); en tanto: "*(...) si [bien] se ha admitido la posibilidad de fundar una sentencia condenatoria a partir de los dichos de la víctima* (cfr. R.I. N° 6 - T° I - año 1998, f° 20/24, reiterado a su vez en R.I. n° 72/99, 92/02 y 100/02, entre muchos otros), una sencilla argumentación 'a fortiori' conduciría a la plena facultad del tribunal de juicio de restarle su valor acriminador cuando en ella se advierten serias fisuras capaces de generar dudas en los propios judicantes (...)" (Acuerdo n° 40/2011, "G., F. D. S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL", rto. el 23/06/2011; Acuerdo n° 01/2012, "L., A. N. S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE", rto. el 01/03/2012; "P., N. D. A. S/ABUSO SEXUAL", rto. el 20/12/2013).

Al amparo de esta doctrina, un razonamiento a *fortiori* lleva a concluir como imprescindibles la ponderación de esta prueba de cargo (me refiero al análisis de las expresiones de la menor obtenidas mediante Cámara Gesell y los estudios psicológicos atinentes a su valoración).

Así, en la entrevista mencionada, la niña relató que "...[le] pasó algo en la escuela con el profesor de educación física que se llama S. M..." ('1.04.58 del video identificado como 03-08-15 LEG 20609 M. S. (Sala 1) 2-2)... "...fue en sexto grado..." ('1.05.30) "...me pidió que lo acompañara a llevar el tarro de las pelotas al depósito

de educación física que está al lado de los baños..." ('1.05.58) (...) "...es difícil de contar para mí porque soy medio tímida..." ('1.06.25) (...) "...cuando iba a salir del depósito cerró la puerta, me llevó a una esquina y ahí empezó"... ('1.09.10) (...) "...antes de salir me agarró y me dijo que no le dijera nada a nadie. Salí de ahí asustada, me fui al baño, donde estuve un rato (...) y después me fui con mis compañeras..." ('1.09.30) "...pasó una sola vez..." ('1.10.01) "...yo quise olvidarlo pero siempre lo tuve acá [en el video se observa que la niña se toca la garganta y el pecho], lo tuve acá como dos meses..." ('1.10.29) (...) "...me tocó la vagina..." ('1.12.20), (...) "...me bajó el pantalón de jogging para tocarme..." ('1.13.09) (...) "...fue en abril..." ('1.18.53) (...) "...nunca me había pasado algo así... y no conté por vergüenza y yo pensé que si no lo contaba a nadie, en algún momento me lo iba a olvidar..." ('1.21.09) (...) "...con una mano me tocaba y con la otra me agarraba..." ('1.27.01) (...) "...me tocó por debajo de la bombacha, lo que pasa es que no me animaba a decirlo, y por eso le dije lo contrario a mi psicóloga; a ella le dije que había sido por arriba de la bombacha..." ('1.29.06). Finaliza su relato manifestando que "...si esto [por la Cámara Gesell] le hubiese pasado unos meses atrás, no hubiese podido hablar... éste es un año nuevo, y si bien me costó, ahora pude..." ('1.29.25).

Por su parte, como se puede observar en la videofilmación del testimonio vertido en el debate por M. R., madre de la niña, (03-08-15 LEG 20609 M. S. (Sala 1) 1-2), principia indicando que aproximadamente a fines de abril, principios de mayo del año 2012 comenzaron los

comportamientos agresivos de S., recordando particularmente que un día domingo se orinó encima dos veces, durante la noche, y que no quiso concurrir más al colegio. Se encerraba en su habitación, trababa las puertas para impedir su ingreso. Comenzó a sospechar, por su experiencia como persona adulta, que algo le podría haber ocurrido a su hija. Y cuando finalmente la niña pudo contar lo que le sucedió, primero "...nos dijo que fue en tercer grado...", lo que le pareció extraño a la madre ya que "...las actitudes de la nena habían empezado ese año 2012, no años atrás..." ('48.58 en adelante), para luego confesarle que en realidad había sido ese año y que había sido "...el profe S..." ('50.37), desconociendo de quién se trataba.

La Lic. Errecart Doba refirió que en el espacio terapéutico se encontró con una niña cursando un shock postraumático, ya que la niña le indicó que el imputado le tocó la vagina, le tapó la boca, que cuando pudo forcejeó, se zafó y que antes de salir de esa sala, el profesor la amenazó con que no contara a nadie sobre lo sucedido. Indica también que la menor se orinaba en la cama y que comenzó a tener trastornos en la alimentación. El shock postraumático le duró aproximadamente entre 3 y 6 meses. Los primeros tres meses los pasó sola y la madre concurrió a mediados de agosto de 2012 a la consulta, motivada en los cambios abruptos de comportamientos de S.. Respecto del hecho puntual, indicó que S. manifestó que el tocamiento fue sobre la ropa y que fue después del viaje por Semana Santa que efectuó con su familia.

Del testimonio de Zulema Díaz, surge, como se adelantara más arriba, que S. efectuó un relato claro, coherente, respetando la secuencia de la progresividad del hecho, encontrándose con un relato donde se veía marcado el antes, el durante y el después, siendo claro y lógico, y ubicado dentro de un contexto amplio, luego de lo cual lo va reduciendo hasta dar precisiones directas y particulares del hecho, describiendo con mucho detalle el hecho en sí y de la escena en general. Aclara determinados puntos de la personalidad de la menor y de las motivaciones que la niña tuvo para actuar como actuó, dando particular importancia a la aclaración que S. efectuó en la entrevista en cuanto que ella pensó que si no contaba lo que le había sucedido, se iba "a pasar solo". Destaca también la consistencia en su relato, con consonancia también desde lo gestual, posicional, en cómo relata el episodio vivido, pudiendo, incluso, hacer un boceto del lugar del hecho. En el minuto '1.34.23 relata que la niña tiene un modo de ser de su personalidad de tipo evitativo, negador, del tipo "me escondo para que hagamos de cuenta que esto no pasó". Describe el tipo de vínculo o el tipo de interacción con el sindicato como autor, no le agrega ni le quita nada, es ajustado a su recuerdo, no observó signos de fabulación y efectuó un relato de tipo senso-perceptivo, detectándose un relato emocional con angustia, con presencia de retraimiento (puesto de resalto, por ejemplo, en el hecho de tragar antes de expresar algo que la angustia), primero evitando contarle y prefiriendo, en su lugar, ser preguntada, actitudes que la profesional entrevistadora califica de

normales para este tipo de escenarios. Si bien en lo intelectual-cognitivo la menor funciona muy bien, observa que sus reacciones o modo de operar son más bien de una niña mucho más chica y en sus aspectos emocionales era de una niña mucho menor (ejemplifica con los berrinches que hacía para no ir a la escuela), sin dar explicaciones racionales de lo que siente, como sí sería esperable en una niña de su edad cronológica. Por su estructura de personalidad, en vez de actuar y defenderse de una manera diferente, como sería lo esperable para una preadolescente, se replegaba y se negaba aún más, se encaprichaba y se encerraba en su silencio.

En otro tramo de su declaración, la Lic. Díaz da cuenta de la sorpresa que le ocasionó a la víctima lo ocurrido, ya que no se lo esperaba, porque era algo habitual para los niños y niñas que asistían a las clases de educación física acompañar al profesor al depósito de materiales. Afirma que cada niña y niño reacciona de maneras diferentes ante episodios de esta naturaleza, y en este caso, por las características personales y familiares mencionadas, probablemente hayan alentado a que para S. la mejor defensa fuera el repliegue y que cuando hay sentimientos de temor, la actitud permanente es la huida, no el ataque, como lo que podría suceder con una chica un poco más grande. Precisa que la menor justamente lo que hace es aislarse, replegarse en su casa, dejar de ir a la escuela y de relacionarse con su entorno.

Por último reafirma que en la versión de la S. no existen contradicciones, y que eventualmente, la

única contradicción estaría dada en su personalidad (tiene determinada edad cronológica pero actúa como una niña más pequeña). Le resta importancia al hecho de que a su psicóloga clínica -la Lic. Geldres- no le haya brindado los detalles específicos que a ella sí le dio, ya que entiende que la función de esa profesional es diferente de su función en el ámbito judicial, donde son necesarias las precisiones y especificaciones a los fines legales.

Y todo esto, a su vez fue avalado por la psicóloga que al día de la fecha asiste a la menor, Mariela Geldres, quien es conteste en afirmar que la niña se refirió a un solo hecho de abuso sexual, relatando que el tocamiento fue en la vagina y que como es una niña muy introvertida y sumisa, que aparenta tener 7 años y no 13, le costó contar lo sucedido, en virtud de su "...sobrepotección familiar, no lo podía dimensionar..." ('12.09, video 04-08-15 LEG 20609 M. S. Día 2 (Sala 1) 5-5)

En mi opinión, la sentencia examinada es arbitraria, por fundamentación omisiva, desde que el *a quo* prescindió de prueba dirimente que se colectó en el juicio. Me refiero, en especial, a las que se mencionaran en los párrafos anteriores, esto es, la declaración de la propia víctima junto con aquellas prestadas por todas las profesionales de la psicología que intervinieron durante el proceso de develamiento y su exposición en el ámbito judicial, y que continúan haciéndolo en la actualidad -en el caso de Geldres-, así como la de su madre.

Cada una de ellas se expidió -por sus propios argumentos- por la veracidad de los dichos de la niña y por la existencia de una sintomatología acorde con el padecimiento de este tipo de delitos, coincidiendo también en el hecho de que la menor no presentaba signos de fabulación ni de mendacidad, y que -tomando la expresión utilizada por el Dr. Varessio, y que fuera también receptada por el voto ponente del A quo- las "inconsistencias" en realidad obedecían más bien a la estructura de personalidad de la niña, que a contradicciones del relato en sí y que pudieran llegar a tornarlo falaz o inexacto.

El Cuerpo tuvo oportunidad de fijar criterio en un caso parcialmente análogo, afirmando que: "*(...) la opinión del perito no obliga al magistrado, quien es libre para aceptar o rechazar total o parcialmente el dictamen. Pero para hacerlo debe fundamentar su aceptación o rechazo (...)*" (Confr. Cafferata Nores, José Ignacio, "La prueba en el proceso penal", Ed. Depalma, Bs. As., 1994, pág. 77) (...) (RI n° 07/98, "MUÑOZ, Fernando Ariel s/homicidio simple - Lesiones Leves Calificadas y Lesiones Leves, todos en Concurso Real entre sí", rta. el 13/02/1998). Pueden consultarse, en ese mismo sentido, los Acuerdos n° 12/2002, n° 14/06, así como también la R.I. n° 132/2007 y más recientemente en Acuerdo 25/2014 "C., R. A. S/INF. ART. 199 C.P. IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA", rto. el 14/11/2014.

En este caso, el Tribunal de Impugnación se apartó de la opinión de las expertas considerando que su parecer se contraponía con el resto de las pruebas

producidas en el debate, principalmente con las declaraciones testimoniales; sin embargo, una vez inmerso en tal cometido, omitió brindar argumentos serios para arribar a esa solución.

En rigor, si se comparte la aseveración de las psicólogas en lo relativo a que S. J. sufría una sintomatología acorde con el delito revelado, no hay elementos de juicio válidos, sana crítica mediante, para dudar de la materialidad del delito.

Empero lo dicho, y ante un hipotético escenario donde no tuviéramos el relato de la menor -lo que no sucede en autos-, ello no significa que el suceso que atacó la indemnidad sexual de la niña, no pueda acreditarse por otros medios.

Partamos de la siguiente base: el principio de libertad probatoria -que gobierna el sistema penal- implica que toda evidencia es idónea a los fines de comprobar los extremos fácticos de un suceso delictivo, así como su autoría y/o participación, siempre que cumpla con las reglas de admisibilidad y legitimidad, en cuyo caso no existirá límite para ponderarla conforme la sana crítica. De allí que la decisión dependerá, únicamente del peso probatorio que se le asigne al elemento a valorar en cada caso concreto.

Como vimos, el Tribunal de Impugnación concluyó que se pudo constatar la existencia de las inconsistencias internas y externas a raíz de la prueba analizada por el primer voto, *"...afectando las primeras la credibilidad del relato, y las segundas su verosimilitud en el caso concreto"*, razón por la cual no *"...resulta*

suficiente este único testimonio para fundar una sentencia de condena...".

Conforme se indicó en la sentencia condenatoria, al debate concurren diferentes profesionales quienes relataron en juicio los dichos que la menor, por su parte, exteriorizó en Cámara Gesell.

Todas las expertas coincidieron en que la víctima no presentaba signos de fabulación ni de mendacidad, por lo que no había razones válidas para dictar una absolución por la duda en lo atinente a la autoría. Esa prueba, junto con la declaración de la víctima a este respecto, debió ser tenida por dirimente, aun cuando algunos aspectos del relato de esta última pudieran resultar controversiales; deviniendo insustancial, por ejemplo, si el tocamiento se produjo por arriba o por debajo de su prenda íntima, al igual que la alegada imposibilidad de ocurrencia del hecho denunciado, toda vez que la precisión efectuada por la Defensa en cuanto a la fecha en que el hecho habría acontecido, más que derribarla, abona la tesis de la parte acusadora, toda vez que siempre y en todas las oportunidades que la niña fue entrevistada, hizo referencia al acaecimiento de un solo hecho de abuso sexual. Ello no era determinante para excluir la perpetración del delito y la respectiva atribución de autoría. Tampoco lo era el hecho de que en una primera oportunidad la menor refiriera que el evento habría acontecido cuando se encontraba cursando tercer grado, para luego aclarar que en realidad había sido en sexto, ya que las profesionales aclararon en juicio que ello se

debió a la estructura de personalidad de S., mas que a mendacidad. Y tampoco, reitero, era determinante para arribar a la decisión tomada, el hecho de que el tocamiento hubiera sido por arriba o por debajo de sus prendas de vestir, o por debajo de la bombacha, puesto que la niña es conteste en afirmar que la agresión sexual existió, independientemente del modo de comisión -el que, a los efectos de la acreditación del tipo penal de abuso sexual simple, es irrelevante-.

Así tal como lo afirma Sagües "La doctrina de la Corte, en este punto, incorpora al catálogo de las sentencias arbitrarias a aquellas que se dictan sin considerar constancias o pruebas disponibles que asuman la condición de decisivas o conducentes para la adecuada solución del caso, y cuya valoración puede ser significativa para alterar el resultado del pleito. Tal 'prescindencia' excede el área de las meras discrepancias entre los puntos de vistas de las partes y del juez. También padecen de dicho vicio las decisiones que eluden una adecuada fundamentación y se basan a la postre en el parecer del juzgador" (SAGÜES, Néstor P.- DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL - RECURSO EXTRAORDINARIO, Ed. Astrea, Tomo 2, Bs. As. 2013, pág. 258 y 168).

Y por ello estimo que en esta causa debe reafirmarse el criterio sostenido por este Cuerpo, en cuanto a que la sentencia del a quo, en tanto descreía del relato de la víctima, era dogmática, toda vez que "...los judicantes debieron dar argumentos, aunque sea mínimos, de por qué un acto inexistente (...), le generó un trauma claramente advertible en la esfera psíquica..."

(Acuerdo n° 40/2011, "G., F. D. S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL", rto. el 23/06/2011).

Pero tampoco esto puede llevar a descreer de todo lo relatado por S., pues aun conjeturando que ello hubiere sido un dato incorrecto dentro del contexto de sus manifestaciones, la total exclusión de valor probatorio a partir de esos detalles secundarios contraviene elementales reglas sobre la ponderación del testimonio.

Al respecto, esta Sala Penal ha tenido oportunidad de señalar en esta materia que "*(...) existen supuestos en que si bien el testimonio es completo y veraz, se advierte una grieta en un punto que revela un error voluntario o una falsedad, lo cual ha llevado tradicionalmente a descalificar todo lo declarado, esgrimiéndose la inveterada presunción de que quien miente en parte es factible que haya mentido en todo (...)* Este principio presuntivo en verdad encierra una ficción científicamente inverificable. Es extremista y no se compadece con la realidad (...) Esto nos lleva a firmar su inaplicabilidad, (...), debiendo contemplarlo tan solo como una reliquia histórica..." (cfr. Acuerdo n° 33/11, "Q., A. M. S/ROBO CON ARMAS", rta. el 08/06/11).

Así las cosas, concluyo que la hipótesis alternativa asumida por el a quo para dictar la absolución se basó en un examen parcial de la prueba reunida en el caso, por lo que la sentencia puesta en crisis debe ser nulificada (arts. 98 y 247, en función del art. 249, del C.P.P.N.), toda vez que no encuentro que los fundamentos brindados en el fallo recurrido

puedan ser útiles y suficientes para excusar a ese tribunal del deber ineludible de ponderar todas las pruebas trascendentes para resolver en derecho, en especial la atinente al relato de la víctima y a su fiabilidad desde un plano científico pericial en tanto posee una centralidad ineludible, lo que la deja dentro del estándar de arbitrariedad de sentencia, tal como lo ha entendido el Máximo Tribunal Nacional en casos de sustancial analogía al presente (C.S.J.N., Fallos: 287:463; 302:998; 303:434 y 655; 304:239 y 788; 320:2101 y 310:1038, entre muchos otros).

Creo así haber fundado las razones por las cuales, como ya anticipara, la impugnación extraordinaria deducida debe ser declarada **procedente**. Mi voto.

La **Dra. María Soledad GENNARI** dijo: comparto la solución dada en el voto que antecede. Mi voto.

A la **tercera cuestión**, el **Dr. Alfredo ELOSÚ LARUMBE** dijo: En mérito a la forma en que resolviera la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que se declare la nulidad, por falta de fundamentación, de la sentencia materia de impugnación (arts. 98 y 246, en función del art. 249 del C.P.P.N.). En consecuencia, debe remitirse el legajo a la Dirección de Impugnación para que, por su intermedio, la reenvíe al Tribunal de Impugnación, a fin de que, con una nueva integración, se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho. Tal es mi voto.

La **Dra. María Soledad GENNARI** dijo: comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto en relación a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la **cuarta cuestión**, el **Dra. Alfredo ELOSÚ LARUMBE** dijo: sin imposición de costas en la instancia (artículo 268 segundo párrafo, última parte, del C.P.P.N.). Mi voto.

La **Dra. María Soledad GENNARI** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo,

SE RESUELVE:

I.- HACER LUGAR a la impugnación extraordinaria interpuesta por la señora M. R. y el Sr. C. A. J., en su carácter de parte querellante, con el patrocinio letrado del Dr. Daniel Adrián Tur;

II.- DECLARAR LA NULIDAD de la sentencia Nro. 11/2016 (fs. 137/155), dictada por el Tribunal de Impugnación en fecha 25/02/2016 (arts. 98, 247 en función del art. 249 del C.P.P.N.).

III.- REENVIAR el legajo a la Dirección de Impugnación para que, por su intermedio, la reenvíe al Tribunal de Impugnación, a fin de que, con una nueva integración y previa audiencia designada al efecto, dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho.

IV.- SIN IMPOSICIÓN DE COSTAS en la instancia (art. 268, segundo párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.)

V.- Notifíquese, regístrese y remítase a la Dirección de Impugnación a los fines pertinentes.

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

ALFREDO ELOSÚ LARUMBE
Vocal

MARIA SOLEDAD GENNARI
Vocal

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA
Secretario