

SENTENCIA N° cuarenta y dos/2017. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia homónima, a los doce días del mes de junio del año dos mil diecisiete, se constituye la Sala del Tribunal de Impugnación, conformada por los Sres. Jueces Dres. Fernando Zvilling, Alejandro Cabral y Héctor Rimaro, presididos por el primero de los nombrados, en el caso "L. D. A. S/ABUSO SEXUAL AGRAVADO" (LEG.31342/2014), seguido contra D. A. L., titular del DNI N°, argentino, divorciado, hijo de y, con domicilio en de la localidad de, los y, provincia de Neuquén.

ANTECEDENTES:

Por sentencia del día veinte de abril del año 2017, el Tribunal de Juicio, integrado en la ocasión por los Dres. Lucas Pablo J. YANCARELLI, María Antonieta E. GAGLIANO y Diego H. PIEDRABUENA, absolvió, por mayoría, a D. A. L., DNI, de las condiciones personales antes mencionadas, en relación al hecho por el que fuera juzgado y que fuera calificado como ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO por la relación entre víctima y acusado (encargado de la guarda) y haberse cometido contra una menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma, en calidad de autor, de conformidad a lo normado por los artículos 119, párrafos primero, segundo y cuarto inc. b) y f), y 45 del Código Penal, conforme la acusación de la que fuera objeto en este proceso.

A la audiencia de impugnación del art. 245 del Código Procesal Penal del día 29 de mayo del año 2017 comparecieron el Sr. Fiscal del Caso, Dr. Gustavo Mastracci, la Sra. Defensora de los Derechos del Niño, Dra. Marcela Robeda y el Sr. Defensor Oficial, Dr. Pedro Telleriarte.

Al hacer uso de la palabra, el Dr. Gustavo Mastracci sostuvo que interpuso la impugnación ordinaria, en razón de la absolución de L.. Que el voto mayoritario de los Dres. Piedrabuena y Gagliano absolvieron, en tanto que el Dr. Yancarelli, lo hizo por la duda. "Que la teoría de la fiscalía consistió en que L., en forma reiterada, en fechas inciertas, entre el año 2013 hasta noviembre de 2014, abusó de la menor A. P. F., de 12 años de edad en ese momento. Que los hechos tuvieron lugar en la vivienda ubicada en calle ... de ... de
.....
..., donde convivían, aprovechando los momentos en que estaban solos, o en la cama de la menor, consistiendo los hechos en tocamientos en los pechos y la zona genito-anal. Que la calificación consistió en abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la relación entre víctima y acusado (encargado de la guarda) y haberse cometido contra una menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma, en calidad de autor, de conformidad a lo normado por los artículos 119, párrafos primero, segundo y cuarto inc. b) y f), y 45 del Código Penal. Que si bien fue absuelto, en la parte resolutive se dice que se absuelve, pero no el motivo. Es un vicio formal, aunque menor. Que la sentencia no

cumple con un requisito esencial. Los tres Jueces coincidieron en la veracidad del relato de la menor, en que no se comprobaron indicios de fabulación o mendacidad en la menor. Sostiene que si no se pudo probar la responsabilidad, significa que sí se probó el hecho, por lo que hay un quiebre en el razonamiento. La sentencia es arbitraria ya que no contrastó el testimonio de la víctima con los elementos de cargo. Como por ejemplo, con M..... E..... F....., la testigo de mayor peso. La víctima dio cuenta de las personas a las que les contó sobre lo sucedido. Esto fue ratificado por cada uno de los testigos. Que existe una contradicción ya que se absolvió por ausencia de responsabilidad, cuando se dijo que no se había acreditado la materialidad. Que existe un problema de fundamentación omisiva. Se excluyó prueba esencial en la valoración probatoria. Que no se llevó a cabo un proceso de valoración integral. A su hermana F....., la víctima le dijo por teléfono, llorando, que L. la había manoseada. Que luego, en una conversación personal, le comentó que L. le había tocado las tetas. Hay dos oficiales de policía, Cháves y Vallejos. Dieron cuenta que la niña había sido abusada por su padrastro. Claudia Cháves dijo que recibió la denuncia de la propia víctima. Que la segunda vez que la abusó, fue cuando la tocó viviendo juntos. El primer episodio, anterior, fue confuso, por lo que no formó parte de la acusación. Que el acusado, en más de una oportunidad, le metía la mano por debajo de las prendas y que la madre no le creía. Se lo contó a una amiga, quien se lo contó a su padre, G.... Por Vallejos se conoce lo que

denunció G..., quien falleció. Indicó Vallejos que sabía que una niña era abusada por la pareja de la madre, quien le negó que esto sucediera. La madre de la niña, en juicio, dijo que efectivamente habló con G..., y que le comentó que no le creía. Declararon los profesionales Chávez, Ortiz y Cabezas. Dieron cuenta que la niña comentó de hechos de abuso sexual, no hay otra forma de entender lo que la niña les contó. Los profesionales dieron cuenta que la niña no pudo haber malinterpretado lo sucedido, lo que es distinto a lo que concluyeron los juzgadores. Que los Jueces dijeron que no ponían en duda la versión de la víctima, pero no valoraron que cuando dijo que le metía las manos por debajo de las prendas, hizo gestos que dan cuenta que le tocaba los senos. Esto se repitió en tres oportunidades más. En min 22,33 seg y en el 24.09. Es decir, existe además un lenguaje corporal que fue soslayado por los juzgadores. No se lo mencionó siquiera. Dijo el Dr. Piedrabuena que "el primer punto que se ve aquí, es que del relato de la víctima, principal y única fuente de información directa del hecho reprochado, no se detecta la descripción de conductas que inequívocamente puedan encuadrar en el tipo penal de abuso sexual", agregando luego que "con el grado de certeza que requiere una declaración de responsabilidad, sino que esto surge de una inferencia que se intenta que hagamos por parte de los acusadores cuando la niña dice haber sido tocada debajo de la remera". Luego, señaló que lo cierto es que el único que da por cierto que los tocamientos se produjeron en los senos de la niña (en las circunstancias de la

acusación admitida, según la cual, durante la noche, enoportunidad de que la niña se iba a acostar) es la fiscalía, pues ni la víctima, la fuente principal de información, ni ningún testigo así lo dijeron". Señaló también el fiscal que esto es sorprendente, ya que cómo puede afirmarse que no es inequívoco el gesto de la niña y lo que relató la hermana. Que en el mismo déficit incurre la Dra. Gagliano, dijo que "a partir de la percepción obtenida de la video reproducción de la Cámara Gesell de la niña, no se advierte a partir de su relato, -única prueba directa del hecho atribuido-, descripción alguna de conductas que inequívocamente traduzcan acciones susceptibles de ser encuadradas en abuso sexual, siendo la parte acusadora la que, supliendo dicha falencia, infiere y asigna connotación sexual a dichos que por sí solos no la tienen". Que le produce admiración ya que parece que los Jueces hubieran visto una audiencia de Gesell distinta. siempre contó lo mismo, así, a la hija de G..., quien se lo explicó a su padre. También la víctima lo contó a su hermana M... E... F..., y concurrió a la Comisaría a denunciar, frente a Cháves. Luego a Cabezas en diciembre de 2014, a la Lic. Chávez en Julio de 2015. A Carina Ortiz cuando llevó a cabo la pericia psicológica en octubre de 2015. Todo esto fue dejado de lado por los juzgadores. También dijeron que existe un déficit probatorio de la fiscalía, y que al descartar la posibilidad de una sobre-interpretación de la conducta. Tampoco consideraron la reacción de la niña al mudarse de su domicilio, consecuencia de los hechos de abuso sexual. Que la sentencia también señaló que

"del relato de la niña no surge que el hecho hubiere sido fuera de la vista de terceros". Y que "en este sentido, debo hacer notar que la niña nos dice que durante los supuestos de abusos había, al menos, dos personas más en la misma habitación y a escasa distancia, uno de ellos su hermano P... de once años de edad, en la cucheta de abajo, y su hermana M... de cinco años de edad, en la misma cucheta que ella". Pero, si la niña contó que los tocamientos se hacían en forma disimulada, estando L. parado al pie de la cama, introduciendo las manos por debajo de las prendas, cómo se entiende que la persona que se encuentra abajo pudiera ver qué pasaba arriba. Esto rompe con las reglas de la experiencia. También dice que es llamativo que el niño no haya visto algo de lo sucedido. Pero, a su vez, los Juzgadores dijeron que el relato de la niña es creíble. Por lo expuesto solicita se declare la nulidad de la sentencia.

En tanto la Sra. Defensora de los Derechos del Niño, la Dra. Robeda sostuvo que el recurso es admisible formalmente. Que la sentencia es arbitraria. Sostiene que no se han valorado debidamente los dichos de la niña. Que además el relato estuvo avalado por tres profesionales, la Lic. Chávez y Ortiz, y el Lic. Cabezas. El voto del Dr. Piedrabuena sostiene que no hay conductas que inequívocamente sean encuadrables en un tipo penal. M... E... F..., hermana mayor, fue quién contó que su hermana le dijo que L. le había "tocado las tetas". Que le metía las manos debajo de sus prendas, por lo que se lo contó a su amiga, y esta a su padre G..., quien falleció, por lo que no

contamos con su testimonio. Sin embargo, los agentes policiales dieron cuenta de lo que aquel denunció. Chávez dijo que estuvo frente a un relato circular, pero no guionado. Dado el estado emocional, se evaluó la posibilidad de retractación. Que existió cronología en el relato. Ortiz dijo que la niña fue coherente, ubicada en tiempo. Cabeza, a un mes de la denuncia habló de maltrato y abusos por parte de la pareja de la madre. Existe una fractura en el razonamiento lógico y la prueba fue analizada en forma sesgada. Los hechos existieron y tienen connotación sexual.

En la contestación de agravios, el Dr. Pedro Telleriarte alegó que no se advierte en el relato de los acusadores la existencia de absurdidad. Tampoco observa que los Jueces hayan omitido valorar prueba dirimente. Que la única fuente informativa es la cámara Gesell. Que la Dra. Gagliano dijo algo que omitieron los acusadores. Concretamente, que "sin dudar en absoluto de la menor presunta víctima en cuanto a la espontaneidad de su testimonio, lo cierto es a partir de la prueba producida, se advierte profusa injerencia perjudicial del Estado en sus diferentes estamentos,- Comisaría, Ministerio de Acción Social, etc.-, previa al relato brindado en Cámara Gesell siendo que era esa y no otra la ocasión en la que debía profundizarse el interrogatorio de modo tal que no quedaran dudas de los hechos referidos". Es decir, la Jueza señaló la posibilidad de contaminación del relato. De todos modos, los Jueces hicieron una interpretación distinta que los acusadores de los dichos de la menor respecto de la connotación sexual de los tocamientos. No dijeron

los acusadores por qué le dan a las caricias una connotación de tipo sexual. Si bien es cierto que se ha tenido en cuenta únicamente el testimonio de la menor en cámara Gesell y a partir de ahí se extrae toda la materia para alimentar este debate, no es menos que el Dr. Piedrabuena sostuvo que "la testigo policial que le tomó declaración a la niña al hacer la denuncia, refirió que esta le mencionó que una vecina la "vigilaba" desde la ventana cuando pasaban los abusos, y tampoco los acusadores realizaron las medidas necesarias para la determinación de la existencia de esta persona, así como tampoco, en su caso, para establecer la identidad de esta y producir su testimonio". Es decir, existió la posibilidad de contar con un testigo presencial, pero los acusadores no trajeron al testigo, pudiendo haberse contado con el relato de un tercero imparcial. Los abusos se habrían producido en presencia de sus hermanitos, detalle importante que señala la sentencia. Asimismo, esta circunstancia de la presencia de los hermanos fue correctamente valorada al sostener "en la misma habitación, y en la misma cama, resulta al menos un elemento a evaluar, ya que es llamativo que ninguno de ellos, en especial el hermano por la edad que tenía, haya referido en ninguna circunstancia a comportamientos inadecuados con connotación sexual por parte del acusado para con su hermana, teniendo en cuenta, que se dice que todos estos hechos (dos o tres) ocurrieron en presencia de ellos, y la valoración reprochable que se hace de estos". Los Jueces dijeron que la nena pudo haber dicho la verdad, pero por qué

con connotación sexual. Se basaron en su percepción de lo manifestado por la niña. Por ello, y tratándose de una interpretación diferente pero no absurda de la prueba, solicita se confirme la absolución.

Cedida la última palabra al acusado, hizo referencia a las fechas de los hechos, porque escuchó que lo acusan desde el año 2014, cuando en realidad viajó a Rincón en el año 2014. Que la madre siempre vivió sola con los chicos. Los chicos faltaban mucho a clases. La nena era muy rebelde, se escapó varias veces. La policía los trajo un par de veces. P... robó una bicicleta. Cuando el declarante se puso más rígido, empezó con estos problemas. Con su vecino tuvo problemas, discutió. Esta persona se drogaba y tomaba. Que siempre hablaba en plural, "lo vimos cuando manoseaba a la nena", "lo vimos cuando le pegaba". Es decir, él con otros más. Es imposible que suceda algo sin que alguien vea. A la hora de dormir siempre estaba la madre. La nena aparecía con piercing en el ombligo y la lengua. Con pantalones rotos y se le veían las piernas. Su gran enojo -de la nena- fue para el cumpleaños, porque la había castigado. Llegó a pensar, al igual que la madre, que la nena podría haber tenido una relación con algún chico. Sacaron a la nena de esa casa del vecino porque tomaban y se drogaban. Los acusó en un par de ocasiones porque no le daban de comer. Se puso más rígido. Le pegó un tirón de orejas. G... dice que veía cuando le pegaban y maltrataban. Muchos otros testigos podrían haber aparecido. Que no querían que vieran los Simpsons, porque se ríen de los evangelistas, se tiran gases. El problema fue por ser

severo y rígido. Jamás haría daño a una criatura. Tiene personas a cargo. De hacer lo que lo acusan, perjudicaría a mucha gente.

Como consecuencia del sorteo practicado, corresponde que debe expedirse en primer término el Dr. Fernando Zvilling, luego el Dr. Alejandro Cabral y finalmente el Dr. Héctor Rimaro.

Cumplido el proceso deliberativo que emerge de los arts. 246 y 193 -de aplicación supletoria- del Código Procesal Penal, se ponen a consideración las siguientes cuestiones.

PRIMERA: ¿Es formalmente admisible la impugnación?.

El Dr. Fernando J. Zvilling, dijo:

Considerando que la impugnación fue interpuesta en tiempo y forma, por la parte legitimada subjetivamente y contra una decisión que es impugnabile desde el plano objetivo, señalando puntualmente cuáles serían los motivos de arbitrariedad y absurda valoración de la prueba, corresponde su tratamiento.

El Dr. Alejandro Cabral, expresó:

Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El Dr. Héctor Rimaro, manifestó:

Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

SEGUNDA: ¿Qué solución corresponde adoptar?.

El Dr. Fernando Zvilling dijo:

Luego de oídas las partes en la audiencia de impugnación, se adelanta que los agravios de la Fiscalía y Defensoría de los Derechos del Niño deben prosperar.

La sentencia absolutoria, por las razones expuestas por el Dr. Mastracci en la Audiencia de Impugnación, debe ser declarada nula, al incurrir en los alegados vicios de arbitrariedad en la valoración probatoria (art. 237 inc. 2do del código procesal penal).

Se ha sostenido que "La verificación de que toda decisión judicial se asiente en dichos estándares de motivación tiende al resguardo de las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso, lo que también ampara a las partes acusadoras (C.S.J.N., Fallos 308:1557, entre otros".

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 "C....., R..... G..... S/ INF. ART. 119 C.P. 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'" (Expte. Nro. 87 - año 2014), sostuvo el Tribunal Superior de Justicia que ". . . Como primer punto de análisis, cabe desentrañar qué exigencias debe reunir una sentencia para estar fundada. En palabras de la Alta Corte: "...para que

exista 'juicio' en el sentido constitucional del término es necesario que en el curso del proceso se hayan observado ciertas formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia (Fallos: 116:23; 119:284; 189:34, entre otros). Que en cuanto a esta última, debe reputarse que su motivación es una calidad o requisito de naturaleza esencial. Así lo estableció este tribunal cuando dijo en Fallos: 236:27 'que es evidente que a la condición de órganos de aplicación del derecho vigente, va entrañablemente unida la obligación que incumbe a los jueces de fundar sus sentencias'; y cuando agregó: 'en definitiva, la exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios, señalada por la jurisprudencia y la doctrina unánimes sobre la materia, reconoce raíz constitucional y tiene, como contenido concreto, el imperativo de que la decisión se conforme a la ley y a los principios propios de la doctrina y de jurisprudencia vinculados con la especie a decidir (confr. También Fallos: 235:113; 240:160; 272:172 y muchos otros)...".

Y que "... 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)...".

Como sostuviera al comienzo del voto, 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.). Lo indicado precedentemente impone la obligación de repasar los argumentos de la sentencia de absolución, y las pruebas más importantes producidas en juicio, para explicar por qué razón se arriba a esta conclusión. Como se explicará, los vicios recaen tanto sobre el erróneo valor intrínseco otorgado a ciertas pruebas, al no reflejar fielmente lo que los testigos sostuvieron en la audiencia, como así también por omisión en la valoración conjunta de los elementos de convicción, sin consideración alguna de las razones por las cuales las declaraciones y conclusiones de los profesionales en psicología no fueron consideradas.

Corresponde analizar en cómo fueron valoradas las manifestaciones de la menor A. P. F. - supuesta víctima de los abusos sexuales- por los votos mayoritarios, ya que la conclusión a la que arribaran los Magistrados condicionó el valor convictivo del resto de las pruebas.

Para mayor claridad, llevaré a cabo un proceso de reconstrucción argumentativa del voto del Dr. Diego Piedrabuena, quien señaló que *" . . . lo primero que se analiza en estos casos es la declaración de la propia víctima que, como las partes lo han dicho con distintos matices, es la fuente principal de información. . . "*, para luego dar cuenta de lo que la menor habría

declarado en Cámara Gesell. Concretamente que ". . . fue "tocada" por la pareja de su madre, D. L., y describió las circunstancias y modalidad en que esto ocurrió, explicando que ello pasó, en la habitación que compartía con sus hermanos, de noche, en oportunidad que estaba en la cama cucheta de arriba, mientras el acusado, "simulaba" que había ido a hablar su hermano P... que estaba en la cucheta de abajo, procediendo a pararse al lado de la cama, y metiendo las manos por debajo de su remera, frente a lo cual, la niña decidió intercambiar lugar con su hermana menor (que dormía en la misma cama), como una forma de protegerse, y no obstante, dijo que el acusado, por debajo de las sabanas le habría tocado las piernas, habiendo ocurrido esta situación en dos o tres oportunidades . . .".

De allí concluye que, según la fiscalía, el abuso sexual consistiría en ". . . los tocamientos por debajo de la remera y las caricias en las piernas. . .", y que ". . . El primer punto que se ve aquí, es que de relato de la víctima, principal y única fuente de información directa del hecho reprochado, no se detecta la descripción de conductas que inequívocamente puedan encuadrar en el tipo penal de abuso sexual, con el grado de certeza que requiere una declaración de responsabilidad, sino que esto surge de una inferencia que se intenta que hagamos por parte de los acusadores cuando la niña dice haber sido tocada debajo de la remera. . .".

Luego de señalar que ". . . esta interpretación pretendida por los acusadores, según la cual, el tocamiento por debajo de la remera habría sido sobre

una zona pudenda no resulta ser la única posible . . .", concluyó que ". . . Lo cierto es que el único que da por cierto que los tocamientos se produjeron en los senos de la niña (en las circunstancias de la acusación admitida, según la cual, durante la noche, en oportunidad de que la niña se iba a acostar) es la fiscalía, pues ni la víctima, la fuente principal de información, ni ningún testigo así lo dijeron. . . ."

En concreto, el Sr. Juez entendió que las maniobras de tocamiento por debajo de la remera en los senos de la menor no encuentran ningún tipo de respaldo probatorio, sino que serían el producto de un error de la fiscalía. Error éste que sería consecuencia de un déficit probatorio de la acusación, al no haber formulado las preguntas tendientes a acreditar "inequívocamente" que las conductas sean constitutivas de abuso sexual, "descartando la posibilidad de una sobre-interpretación de conductas vividas en el sentido de darles un valor diferente al que realmente tuvieron los hechos que pudieron haber existido".

Por ello, concluyó el Dr. Piedrabuena que " . . . tengo total convencimiento en la veracidad del relato de la niña, pero debo de decir que no surgen de este, conductas que inequívocamente puedan encuadrarse en un abuso sexual, ya que tal conclusión surge de una interpretación subjetiva que se pretende que se haga, basada en la mera convicción interna de los acusadores, y que no tiene sustento probatorio alguno, ni siquiera en el relato de la víctima. . . ."

Más allá de las posibles contradicciones en la argumentación, al afirmar el Magistrado que creía en el relato de la niña, para luego hablar de una posible sobre-interpretación de lo vivido, lo cierto es que de la declaración de la menor en Cámara Gesell surgen hechos que "inequívocamente" encuadrarían en el tipo penal de abuso sexual por el que fuera acusado.

Una de estas conductas consiste en los tocamientos -más de una vez- por debajo de la ropa a los que hiciera referencia la menor, lo que denota conductas que difícilmente podrían ser consideradas como inocuas o que pudieran obedecer a una "sobre-interpretación". A ese tipo de tocamientos, que si bien la sentencia los tuvo por acreditados, sin embargo les adscribió una connotación no sexual, o al menos, no inequívoca.

Pero lo que permite despejar cualquier tipo de posible malinterpretación de la conducta del sujeto activo, es un dato que fue aportado por la menor en la Cámara Gesell, y que no fue considerado -es más, fue expresamente descartado- en el voto al afirmar que " . . . el único que da por cierto que los tocamientos se produjeron en los senos de la niña . . . es la fiscalía, pues ni la víctima, la fuente principal de información, ni ningún testigo así lo dijeron. . . ".

Este dato, señalado por la Fiscalía en la audiencia de impugnación, se trata concretamente de la existencia de tocamientos por debajo de la remera de la menor y en los senos. Lo que sucede, tal lo señalado por el Ministerio Público, es que la sentencia obvió el lenguaje gestual de la menor que acompañara el relato verbal de las situaciones denunciadas. En el relato

verbal hizo expresa referencia a los tocamientos por debajo de la remera, que, como ya señalara, indicarían la connotación sexual de las conductas, pero a su vez, la menor acompañó dicho relato de gestos inequívocos de tocamientos en la zona de los senos. Esto surge con toda claridad a partir del min. 13.50 de la filmación de la Cámara Gesell. Dijo la joven: *"Me tocaba cuando estábamos en la casa..en la noche nos íbamos a acostar ... me empezó a meter la mano por debajo de la remera"* (min. 22.35). Luego de explicar cómo llevaba a cabo esas conductas para no ser visto por sus hermanos, reiteró que le *"metía la mano por debajo de la remera"*, tocándose la joven la zona de los senos.

Es decir, la principal fuente de información - directa- fue objeto de valoración, pero omitiendo los juzgadores datos significativos que hacen variar sustancialmente su valor y el contexto probatorio en su conjunto.

A su vez, el voto dirimente de la Dra. Gagliano, luego de señalar que el voto disidente del Dr. Yancarelli *"no aborda en profundidad el análisis de todo el plexo probatorio producido en debate y sobre el cual corresponde expedirse"*, concluyó, incurriendo en el mismo error que el Sr. Juez del primer voto, que *"no se advierte a partir de su relato, -única prueba directa del hecho atribuido-, descripción alguna de conductas que inequívocamente traduzcan acciones susceptibles de ser encuadradas en abuso sexual, siendo la parte acusadora la que, supliendo dicha falencia, infiere y asigna connotación sexual a dichos que por sí solos no la tienen"*.

En el específico punto objeto de análisis, la fundamentación omisiva en el voto de la Dra. Gagliano también surge patente al indicar que ". . . por su parte la hermana mayor M... E... F... alude que según le habría contado su hermana, L. le habría tocado los senos, cuestión nunca referida por la niña. . . ". Es decir, tampoco valoró los acreditados -y verbalizados- tocamientos por debajo de la ropa, acompañados de los gestos e indicaciones no verbales sobre los lugares de producción (senos).

De allí concluyó que ". . . sin dudar en absoluto de la menor presunta víctima en cuanto a la espontaneidad de su testimonio, lo cierto es a partir de la prueba producida, se advierte profusa injerencia perjudicial del Estado en sus diferentes estamentos,- Comisaría, Ministerio de Acción Social, etc.-, previa al relato brindado en Cámara Gesell siendo que era esa y no otra la ocasión en la que debía profundizarse el interrogatorio de modo tal que no quedaran dudas de los hechos referidos. La menor durante el desarrollo de la Cámara Gesell llevada a cabo por la Licenciada CHÁVEZ, no especifica la modalidad precisa de los hechos que refiere, al punto tal que de su sola enunciación revela ausencia de características suficientes para un encuadre penal. . .".

Sobre este razonamiento no queda claro cuál es el perjuicio de la injerencia estatal, ya que aparentemente le asigna a esos órganos estatales la atribución de la connotación sexual a la conducta, cuando la menor, antes de esto había llevado a cabo medidas de auto protección, evitando quedar a solas con

el imputado, refugiándose en el lavadero, e incluso, pidiendo ayuda a sus vecinos para evitar, justamente, las conductas abusivas luego denunciadas formalmente.

A la vez, vuelve a señalar que la menor no especificó la modalidad precisa de los hechos y que "su sola enunciación revela *ausencia de características suficientes para un encuadre penal*", lo que, por las razones ya consignadas, no se corresponde con el relato brindado por la menor.

Respecto de la prueba no producida por la acusación existe, a mi entender, una confusión y varios equívocos: se pretende que la parte convoque a Juicio a testigos para "ver qué dicen", desconociendo que el actual sistema procesal prevé entrevistas previas de las partes con los testigos y que sus teorías fácticas serán acreditadas con aquellas pruebas relevantes que seleccionen (teoría probatoria) en apoyo de sus hipótesis. En principio, si una parte no ofreció una prueba, salvo que el contexto probatorio indique lo contrario, no se ve la razón por la cual debe cargarse como un déficit acusatorio no haber convocado a un testigo. No es el Juez, sino la parte quien lleva adelante sus estrategias. El Juez no conoce qué sucedió en la etapa de investigación, y mucho menos las razones por las cuales un fiscal no llevó a juicio a un testigo, en la medida en que esto no haya sido evidenciado justificadamente por la contra-parte, o surja de otros elementos de información.

Esto, si estamos a la valoración probatoria de la sentencia, en el caso habría jugado como una prueba "negativa" sobre la fuente probatoria principal -relato

de la víctima-. Es decir, restando peso probatorio a su relato dentro del contexto, al no encontrar un apoyo externo que "existiría" en la creencia de los juzgadores. Sin embargo, esta creencia aparece además como injustificada, ya que un rápido repaso de la declaración de la joven víctima y de la oficial de policía que hizo referencia a la testigo que "vigilaba" a la menor, da cuenta de la existencia de un malentendido.

Surge del resumen de la base probatoria de la sentencia (p. 28 y 29) que la testigo C... E... C... dijo que ". . . la niña le manifestó que había una vecina que la miraba por la ventana para ver qué pasaba. . . ". Y, ". . . preguntada por la defensa, la testigo dijo que no se trató de localizar a la vecina que refirió la niña en su declaración que "la vigilaba", explicando que era la oficial VALLEJOS quien estaba a cargo de las cuestiones penales, y no sabía si lo hizo. . . ".

Sin embargo, puede observarse en la filmación de la audiencia (min. 11.01.20) que la testigo C... dijo que la menor le comentó que ". . . ella también había hablado con una de las vecinas, que en ese momento me dijo mi vecina también me miraba por la ventana para ver si este señor le hacía algo. . . ".

Por eso, la posterior valoración de la prueba testimonial que llevara a cabo el Dr. Piedrabuena incurre en un equívoco. Sostuvo que ". . . la testigo policial que le tomó declaración a la niña al hacer la denuncia, refirió que esta le mencionó que una vecina

la "vigilaba" desde la ventana cuando pasaban los abusos, y tampoco los acusadores realizaron las medidas necesarias para la determinación de la existencia de esta persona, así como tampoco, en su caso, para establecer la identidad de esta y producir su testimonio. . .". (la cursiva me pertenece).

Y continúa: ". . . Debo destacar aquí, entonces, que lo cierto es que en este caso había testigos, y, sin embargo, los acusadores no se encargaron de producir esa prueba ni justificaron una imposibilidad para hacerlo, por lo cual, entiendo que para esos sucesos no puede ser suficiente el testimonio en solitario, ya que lo que se protege a través de estos lineamientos jurisprudenciales es la evitación de crear espacios de impunidad inaceptables por ausencia de pruebas, pero no es una forma de permitirle a los acusadores lograr condenas sin recolectar los elementos de prueba que existen y conocen, ya que si así fuera, estaríamos invirtiendo los principios de la carga de la prueba, y estaríamos exigiéndole al acusado que probará su inocencia, algo no solo inconstitucional, sino, en muchos casos, difícil o imposible. . .".

Sobre esto, dos cuestiones. La arbitrariedad surge al considerar erróneamente que la vecina "vigilaba" cuando pasaban los abusos, lo que luego lleva al Magistrado a cargar un error en el Ministerio Público Fiscal por no haber producido una prueba que respaldaría la versión de la víctima. De allí, concluye que el testimonio "en solitario" no es suficiente cuando existen pruebas respaldatorias no producidas. Además, tampoco queda claro por qué razón una "prueba"

no producida -de no considerarse el equívoco del Magistrado respecto de lo declarado por la testigo- transformaría un relato veraz -como lo afirmara el voto en p. 58-, en no creíble, conclusión ésta que aunque no explícita, es la razón fundamental de la absolución, pero las razones expuestas.

A su vez, el voto dirimente de la Dra. Gagliano incurre en un error similar. Sostuvo que ". . . la oficial policial que le recibiera la denuncia a la niña refirió la existencia de una vecina que "vigilaba" desde la ventana lo que ocurría en el domicilio de la menor, tampoco la parte acusadora arbitró ninguna medida tendiente a dar con la identidad y testimonio de dicha persona. . .". Debe advertirse que si bien no es exactamente lo mismo que afirmara el Juez del primer voto -es decir, cuando pasaban los abusos-, también atribuye una omisión probatoria a los acusadores.

Luego, concluye ". . . y repito sin hesitar acerca de la veracidad de la niña, ante la falta de connotación sexual de la enunciación que la misma hiciera de los hechos durante la realización de la Cámara Gesell y la falta de producción de prueba existente y conocida en forma previa por la parte acusadora; es dable concluir que existe un grado de duda razonable acerca de la existencia misma de los sucesos atribuidos a L., que solo debe ser considerada a su favor, por lo que habré de propiciar su absolución por beneficio de la duda. . .".

Lo expuesto pone en evidencia una contradicción insalvable. Si bien la Sra. Jueza no duda de la veracidad de lo afirmado por la niña, aunque entiende

que los hechos no tienen connotación sexual, luego concluye que la prueba existente y conocida por la acusación lleva a la duda sobre la existencia misma de los sucesos. Entonces, por qué razón se afirma que se cree en el relato de la niña, pero a su vez se concluye que el hecho de no producción de una prueba por la parte acusadora lleva a una duda sobre la existencia misma del hecho relatado?.

Del mismo modo, volviendo a la fundamentación del primer voto, se sostiene ". . . *En este sentido, debo hacer notar que la niña nos dice que durante los supuestos abusos había, al menos, dos personas más en la misma habitación y a escasa distancia, uno de ellos su hermano P... de once años de edad, en la cucheta de abajo, y su hermana M... de cinco años de edad, en la misma cucheta que ella. . . Si bien es entendible que, quizás, por la edad de la hermana menor, sea factible que no se percatare el hecho, la fiscalía tampoco ha demostrado esto, ni ha tendido a hacer demostraciones que apunten a ello. . .*".

Es decir, se cree en el relato de la menor, pero en cierto sentido se duda porque una hermana de 5 años de edad, que dormía con ella, debió percatarse de lo sucedido, aunque luego se relativiza esta inferencia ya que sería factible que no se percatara.

El mismo problema se ve reflejado en el voto de la Dra. Gagliano al indicar que ". . . *procede destacar que dicho déficit referido no se agota al interrogatorio efectuado durante la Cámara Gesell, sino a la existencia de prueba susceptible de haber sido producida por su conocimiento previo a la audiencia de*

delimitación de la acusación. Aquí debemos referirnos a las circunstancias fácticas indicadas por la propia niña en cuanto a que los hechos habrían ocurrido en un espacio físico en la que se encontraban presentes sus hermanos. Resulta al respecto llamativo que no se hubiere indagado al respecto. . .".

A las falencias señaladas se suma, por las razones indicadas al comienzo de la fundamentación de esta sentencia de impugnación *-relativo o nulo valor probatorio otorgado al relato de la víctima-*, la omisión del tratamiento en los votos mayoritarios de las declaraciones prestadas por los psicólogos Dina Chávez y Karina Ortiz. El análisis "integral" de las pruebas *-una vez determinado su valor individual-* seguramente habría otorgado un importante grado de aval al relato principal, ya que dieron cuenta de motivos justificados por los cuales el juzgador debió considerar esas opiniones expertas. Sobre el tema no profundizo ya que lo que aquí se analiza es la omisión de tratamiento de pruebas dirimentes. Sólo creo que es oportuno señalar, como lo sostuviera en "VALDEZ, ROBERTO MARCELO S/HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO", (MPFNQ 52587/2015), **que** los estándares de prueba deben ser entendidos, no simplemente en términos del grado de confianza del juzgador de los hechos, con independencia de si dicho grado de confianza es adecuado dadas las pruebas, sino en términos de lo que es *razonable* creer a la luz de las pruebas presentadas.

Finalmente, por lo atinente a los problemas de motivación aquí tratados, me permito señalar algunos breves pasajes de "Consideraciones de la prueba

judicial" (FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO, MADRID), en los que Michele Taruffo nos habla del principio de *plenitud de la motivación*, y concretamente a lo que denomina *justificación externa* de la premisa de hecho de la decisión, señalando que se refiere a "las razones por las que el juez ha reconstruido y fijado de un cierto modo los hechos de la causa: estas razones se refieren, básicamente, a las pruebas que el juez utilizó para decidir acerca de la verdad o falsedad de los hechos". ". . . el juez tiene que proporcionar argumentos racionales sobre cómo valoró las pruebas y acerca de las inferencias lógicas por medio de las cuales llegó a determinadas conclusiones sobre los hechos".

Y, continúa, "la segunda implicación del motivo de plenitud de la motivación con referencia a las pruebas es doble y puede formularse así: por un lado, es preciso que la justificación cubra también la *valoración* de las pruebas, porque es evidente que, por ejemplo, establecer si un testigo es creíble o no es creíble representa un punto central de la fijación probatoria de los hechos. Es por lo que el juez tiene que explicar por qué motivo consideró a aquel testigo creíble o no creíble. Asimismo, el juez tiene que explicar según qué inferencias entendió que cierto indicio llevaba a una determinada conclusión relativa a un hecho de la causa. Por otro lado, es necesario que el juez desarrolle su motivación no sólo con referencia a las pruebas que él mismo valoró positivamente y de las que -por tanto- se valió para fundamentar la decisión, sino también -y especialmente- con referencia a las que consideró no fiables, sobre todo si las

mismas eran contrarias a la reconstrucción de los hechos que llevó a cabo."

Por las razones señaladas, corresponde declarar la nulidad de la sentencia absolutoria, y en consecuencia, remitir a nuevo juzgamiento por parte de un Tribunal con una integración diferente (Arts. 98 y 247 del C.P.P.).

El Dr. Alejandro Cabral, expresó:

Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El Dr. Héctor Rimaro, manifestó:

Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

TERCERA: ¿Es procedente la imposición de costas?.

El Dr. Fernando Zvillingdijo:

En atención a la resolución del recurso, no deben imponerse costas (art. 268, segundo párrafo del CPP).

El Dr. Alejandro Cabral, expresó:

Por compartir los argumentos esgrimidos por el juez que emitió el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

El Dr. Héctor Rimaro, manifestó: Por compartir los argumentos vertidos en el primer voto, adhiero a sus conclusiones.

De conformidad con las posturas precedentemente expuestas, el Tribunal de Impugnación, por unanimidad,

RESUELVE:

- I. **DECLARAR ADMISIBLE DESDE EL PLANO FORMAL LA IMPUGNACIÓN** deducida por el Ministerio Público Fiscal y la Defensoría de los Derechos del Niño (arts. 233 y 237 del CPP).-
- II. **HACER LUGAR A DICHAS IMPUGNACIONES** y en razón de ello, **DECLARAR LA NULIDAD** de la Sentencia defecha 20 de abril de 2013, en cuanto absolviera a D. A. L., DNI, dictada por el Colegio de Jueces (Arts. 98 y 247 del C.P.P.).
- III. **REENVIAR** al Colegio de Jueces para que, con una nueva integración, se lleve a cabo un nuevo Juicio.-
- IV. **SIN COSTAS PROCESALES** a la parte recurrente (Art. 268, a *contrario sensu*, del C.P.P.N.);
- V. **DEJAR CONSTANCIA** que el Dr. Hector Rimaro no refrenda la presente por encontrarse en uso de licencia, sin perjuicio de haber participado de la correspondiente deliberación.
- VI. Regístrese y notifíquese mediante copia a los correos electrónicos de las partes y en forma personal al condenado. Cúmplase.

REG. DE SENTENCIA N° 42/2017 T° IV