

ACUERDO Nro. 2/2021: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los 27 días del mes de octubre del año dos mil veintiuno, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ), integrada en la ocasión por el señor Vocal **Dr. Alfredo Elosú Larumbe** y la señora Vocal **Dra. María Soledad Gennari**, junto al señor Presidente del TSJ, **Dr. Roberto Germán Busamia**; con la intervención del Secretario de la Secretaría Penal, **Dr. Andrés C. Triemstra**, para resolver en los autos caratulados: **"R.... S....., M..... A..... S/ABUSO SEXUAL"** (Legajo MPFNQ 107.136/2018).

ANTECEDENTES:

I.- El Tribunal de Juicio (integrado por la Dra. Ana del Valle Malvido y por los Dres. Cristian Piana y Lucas Yancarelli) absolvió por el beneficio de la duda al imputado **M..... A..... R..... S.....**, quien fue juzgado por el delito de Abuso Sexual gravemente ultrajante, agravado por la guarda y el vínculo, cometido en perjuicio de su hija "L.R.R." (art. 119, segundo y tercer párrafos, inc. b y 45 del CP).

Dicha decisión fue impugnada por todas las partes acusadoras: el Dr. Andrés Azar por el Ministerio Público Fiscal (en adelante MPF); la Dra. Mónica Palomba por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente (DDNyA), y el Dr. Javier Pino Muñoz, apoderado de la parte querellante, Sra. E... R....

El Tribunal de Impugnación (en adelante TI, conformado por la Dra. Florencia Martini y los Dres. Daniel Varessio y Andrés Repetto), confirmó el

pronunciamiento apelado por su Sentencia n° 31/21 de fecha 29/6/21.

Disconformes, esas mismas partes articularon las impugnaciones extraordinarias que corren agregadas a fs. 68/78 (MPF y la DDNyA) y fs. 84/108 (recurso del Dr. Pino), encauzadas por el segundo carril del artículo 248 del Rito local, cuyo detalle es el siguiente:

A.- Recurso conjunto del MPF y la DDNyA.

En su presentación común de fs. 68/78, cuestionan, en primer término, el modo en el que el TI analizó la exclusión de la pericia médica realizada por la Dra. Clara Robato así como sus anexos fotográficos, por entender que se limitaron a verificar si se desistió -o no- de ese testimonio, omitiendo brindar razones fundadas de por qué no se aceptó que la jefa del Cuerpo Médico Forense, Dra. Haydeé Fariña, incorporara ese informe.

Consideran que se debieron ponderar los estándares que rigen en la materia, y no dejar el caso sin una prueba fundamental, sobre todo cuando la cuestión imponía la mayor de las diligencias y medidas especiales para resguardar y garantizar el acceso a la justicia de la niña víctima.

Indican que los peritos de parte se manifestaron abiertamente en contra de la exclusión del anexo fotográfico, puesto que se verían imposibilitados de emitir una opinión fundada sin el respaldo de esa documental. Sin embargo, los jueces insistieron en ese punto, con lo cual los testimonios de los profesionales se vieron sumamente dificultados y la valoración

probatoria surgida de ellos fue privada de elementos de juicio muy relevantes para confrontar las opiniones de las expertas e ilustrar la materialidad de los hechos.

Para los impugnantes, las explicaciones de la sentencia de grado hacia las conclusiones de los consultores médicos de la querrela y de la defensa, hablan por sí solas del absurdo de haber excluido las fotografías que extractó la Dra. Robato, al punto de dar cuenta -en ambos pronunciamientos- de una supuesta contestación por mail de una médica que corroboraría el criterio del perito de la defensa. Entonces si las opiniones de la Dra. Álvarez y del Dr. Delgado tenían, en palabras de la sentencia, divergencias sustanciales, solamente mediante un "acto de fe", sin fundamentos, los jueces podrían confrontar y valorar dichas opiniones, sin poder vislumbrar que el principal respaldo objetivo de las mismas no fue otro que las fotografías excluidas.

En segundo lugar, denuncian que el TI realizó un análisis incompleto, sesgado, descontextualizado y tergiversado de la prueba rendida en juicio, máxime frente a un caso como el de autos en el cual concurrían serios y dirimentes indicios sobre la materialidad del hecho investigado y la autoría del imputado R.... S.... que fueron indebidamente analizados.

Así, con relación a la *evidencia física*, indican que el TI confirmó el rechazo del ingreso de los informes y las fotografías del examen efectuado por la Dra. Robato, por lo que, ante ese cuadro de situación, era dable esperar que las opiniones de la Dra. Álvarez y del Dr. Delgado quedaran limitadas.

Sin embargo, dicen, no se tuvo reparo en permitir que el Dr. Delgado (perito de parte de la defensa) diera opiniones sobre otro examen médico al que ni asistió ni se documentó en fotos (el de la Dra. Antonietti), utilizando su opinión a favor de la confirmación de la absolución. Así, según la lógica del tribunal revisor, la Dra. Álvarez no podría aportar ninguna opinión válida a partir del examen de la historia clínica, constancias médicas y fotografías de los genitales de la niña, pero sí podía hacerlo el Dr. Delgado, a quien incluso se le permitió que incorporara la supuesta opinión de otra profesional -la Dra. Adams-, a la que habría entrevistado vía correo electrónico, y a quien obviamente no se pudo contraexaminar para mínimamente verificar la autenticidad de ese intercambio epistolar ni mucho menos los fundamentos de su opinión.

Bajo ese prisma, sostienen que fue arbitrario el modo en que se ignoró la evidencia que probó las lesiones de la niña, ya que las mismas y su relación causal entre ellas y el hecho pesquisado, estuvieron debidamente acreditadas, y en esto el *a quo* se limitó a decir que porque no se pudo incorporar la pericia médica, el extremo no había sido corroborado.

Refieren que contrariamente a lo consignado en la sentencia, hubo expertos médicos que revisaron a "L.R.R", y que dieron cuenta del hallazgo de evidencia en dicho tópico: por un lado, la Dra. Lupin -que extendió un certificado para evaluar posibles situaciones abusivas (a partir de la consulta efectuada por la madre de la niña, en marzo del año 2018, cuando comenzó a notar posibles

indicadores de niña sometida sexualmente)-, y por el otro, la Dra. Antonietti, que realizó un examen clínico y ginecológico de la menor, observó la zona vaginal y después del examen, dio intervención a la línea 102.

Agregan que tampoco se tuvo en cuenta lo que explicó la Dra. Álvarez (ex funcionaria de este Poder Judicial, con conocida experiencia en abusos sexuales infantiles), cuando sostuvo que de acuerdo a las fotografías que analizó, observó que el tamaño de esa membrana himeneal no se correspondía con la edad cronológica de la niña; que el desgarró era completo en hora 11, siendo muy probable que esa lesión fuera producida por un abuso sexual, descartando el traumatismo accidental. Asimismo, al contestar la opinión del Dr. Delgado en cuanto a que ese desgarró era una muesca congénita, dijo que las mismas no abarcan la totalidad de la membrana, y agregó que se veía muy bien, que era un desgarró cicatrizado porque faltaba un pedazo del himen. Consideró que el método utilizado por la Dra. Antonietti era el de estilo, y concluyó que en la fotografía era "super evidente" (según sus propias palabras) el desgarró y que no podía nunca confundirse con una muesca congénita.

Con relación al *relato de la niña*, resaltan que la autoría siempre le fue atribuida al imputado R... S...., pues fue concreta en afirmar, reiteradamente y ante las diferentes personas a las que le develó el suceso, que su papá la tocó, pudiendo brindar coordenadas temporo-espaciales conforme su desarrollo evolutivo, al referirse, por ejemplo, que el hecho sucedió un día

jueves (que era uno de los días en que la niña cumplía el régimen de comunicación con su progenitor), y que había sido en la cama del dormitorio de su padre. Todo ello manifestado por una niña que demostró saber distinguir la verdad de la mentira durante la entrevista cognitiva previa.

Explican que se cuestionaron algunas conclusiones de la Lic. Cid con respecto a la entrevista que mantuvo con "L.R.R."; y que si los jueces hubieran efectuado un análisis conjunto de toda la prueba rendida en juicio, las limitaciones de conocimiento propias de quien tomó esa entrevista, se podrían haber cubierto.

Todas esas críticas, que en la instancia anterior se argumentaron suficientemente, fueron rechazadas por el TI mediante el empleo de la siguiente falacia *ad hominem*: *"...No puedo dejar pasar por alto que esos mismos acusadores en la inmensa mayoría de los casos suelen dar absoluta credibilidad a las conclusiones a las que arriba esta misma psicóloga, la que ha hecho cientos de informes periciales todos los años (...) En el presente caso, en el que las conclusiones no son las que los acusadores esperan, las cuestionan..."*.

Que si se siguiera la lógica de los magistrados de la instancia anterior, debería confiarse ciegamente, sin ningún tipo de análisis crítico, en las conclusiones de los informes de una perito oficial, únicamente por su trayectoria, sin reparar en los fundamentos que brinde en cada caso.

Sumado a ello, el *a quo*, en lugar de sopesar y analizar la sentencia apelada a la luz de los agravios

concretos de los recurrentes, se limitó a reproducir extensos tramos de ese pronunciamiento, sin incorporar ninguna valoración propia. Luego de esas extensas transcripciones, resolvió, dogmáticamente, declarar improcedentes las críticas, concluyendo que el relato no había podido ser validado técnicamente, ya que la Lic. Cid fue la única psicóloga que interactuó con la niña en el marco de su declaración y su resultado fue concluyente.

Denuncian que se descartó sin más la opinión de la Lic. Padro, mediante el empleo de un *pseudo-argumento* de que no entrevistó personalmente a la niña.

Destacan que la Lic. Cid dijo varias cosas que debía tener presente el tribunal de juicio al momento de valorar la declaración de la niña, como ser que su atención iba a ser breve, que los recuerdos de una niña de esa edad iban a ser cuantitativamente diferentes a los de uno más grande, que era esperable que dijeran poco, y que se buscaba que pudiera explayarse en torno a qué le pasó, quién se lo hizo y dónde ocurrió.

Todas estas cuestiones, fueron también tenidas en cuenta por la Lic. Padro, cuando analizó lo que dijo "L.R.R." en su Cámara Gesell: explicó que desde la denuncia y hasta materializarse la entrevista, habían transcurrido 9 meses, siendo posible que desde la lógica de los adultos el relato fuera confuso, inconsistente o poco claro, pero no desde la lógica de la niña. Valoró su evocación como creíble, de acuerdo a su edad y su evolución en ese momento.

En este punto, los impugnantes recuerdan que el relato tuvo detalles específicos, pues en todo momento habló de la interacción de su padre y ella respecto de la situación abusiva; mencionó un anclaje temporal -el día jueves-; narró siempre y a todas las personas a las que les contó que había sido su papá el que le había tocado la cola y la vagina (se lo contó a su mamá, a la secretaria, a la directora del jardín y a su abuelo); se constataron cambios conductuales y de su estado emocional, dejando de tener conductas regresivas al cesar los contactos con el progenitor.

Explican que si esos indicios son analizados por separado podrían ser inespecíficos, pero en su conjunto y sumados a la prueba material, validaban una única hipótesis: la sostenida por las partes acusadoras.

Añaden que no se valoró el relato de la víctima con perspectiva de niñez y de género, obligación que viene impuesta por los estándares internacionales que rigen en la materia.

Otro motivo de crítica estriba en el modo en que infundadamente se descartó la incidencia de la *conflictividad entre la denunciante y el imputado*.

Refieren que el tribunal revisor dijo no comprender en qué consistía el agravio, pues en su visión en la sentencia de grado sí se había analizado cómo era la relación entre los padres antes que se efectuara la denuncia, y que tras concluir que era conflictiva, no le otorgaron ninguna significación en relación a la determinación de la materialidad y autoría del hecho juzgado. Que rechazó la queja diciendo que la cuestión

era irrelevante, por lo que consideró que nada había que resolver sobre el punto.

En opinión de los impugnantes, ese modo de resolver la cuestión constituye un caso de arbitrariedad por fundamentación omisiva, al no valorar la prueba a la luz de la relación entre los progenitores de "L.R.R." y en particular sobre el estado psicológico de la denunciante, razón por la cual lo vuelven a reproducir en esta instancia.

Que lo mismo ocurrió con respecto a la valoración de las pericias psicológicas de la denunciante y del imputado, pues el TI se limitó a sostener que *"nada tuvo que ver en la sentencia las referencias efectuadas por los jueces, ni ninguna influencia produjo el resultado de las pericias psicológicas de la denunciante en autos en la decisión adoptada..."*. Pero sin embargo, ello no se condice con las constancias de la causa, pues los propios sentenciantes sostuvieron que *"...tampoco resultaría absurdo pensar que sintiéndose tranquila la progenitora al no tener contacto la niña con su padre, transmitió ese bienestar o tranquilidad a su pequeña hija, con quien siguió conviviendo..."*, lo que pone en evidencia que la valoración del estado psicológico de la denunciante sí influyó en la absolución de R... S....., tomándose, incluso, como categórico el informe que a su respecto elaboró el Lic. D'Angelo, a pesar de que dicho profesional se encargó de aclarar que había sido confeccionado en forma parcial sobre los parámetros totales que aconsejan su producción en forma completa.

Afirman que no se cumplió con el deber de diligencia reforzada, que implica que los jueces deben agotar las posibilidades de realizar la interpretación de normas inferiores, conforme la Convención de Belem do Pará y la Convención de los Derechos del Niño, a fin de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino, en razón de que los hechos investigados constituyen actos de violencia sexual contra una mujer y niña (dos condiciones de vulnerabilidad especialmente reconocidas y protegidas por las Convenciones). En opinión de los impugnantes, la situación de impunidad genera responsabilidad del Estado por el incumplimiento de las obligaciones asumidas en la CADH, particularmente en el art. 19 sobre derechos del niño, máxime cuando, como en el caso, los jueces que intervinieron previamente, no agotaron la interpretación conforme las Convenciones al momento de fallar.

Citan jurisprudencia. Solicitan la anulación de ambos fallos (del TI y del Tribunal de Juicio) y formulan la reserva del caso federal.

B.- Recurso deducido por el querellante particular.

En un sentido coincidente con el documento recursivo ya señalado, el Dr. Pino Muñoz afirma a fs. 84/108 que la sentencia impugnada no cumple con el requisito de debida fundamentación, pues satisfizo sólo en forma aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente, al construir una sentencia sostenida sobre una extensa transcripción y reenvío a los párrafos del pronunciamiento de grado, sin

que haya existido valoración ni confrontación del mismo con los agravios expuestos por las partes acusadoras.

Desde su óptica, tal situación se constató en el tratamiento que se dio a los siguientes ítems: a) las entrevistas cognitivas y de Cámara Gesell; b) en el análisis de corroboración la materialidad del hecho; c) en la falta de control de convencionalidad y de constitucionalidad respecto del planteo del reemplazo de la Dra. Fariña por la Dra. Robato; d) a la declaración de la Dra. Antonietti; e) a la corroboración periférica y el contexto de violencia. También se agravia de la publicidad de la sentencia a una institución pública.

Dice que se omitió controlar el criterio de los jueces de grado, en cuanto a la debida corroboración del relato de la niña con el contexto probatorio producido durante el juicio, ya que si se hubiera analizado debidamente la fuente directa de información, a través de un control de la decisión jurisdiccional apelada, les hubiera evitado remitirse ciegamente a las conclusiones de la Lic. Cid, como lo hicieron los sentenciantes.

Explica que sus dichos fueron erróneamente valorados ya que no era esperable que una niña de 3 años y 7 meses (al momento de declarar en Cámara Gesell) brindara un relato preciso, circunstanciado y de manera exacta, dejándose de lado que ella ofreció una narración acorde a su desarrollo evolutivo, que incluyó detalles en torno a qué le pasó, cómo le pasó y quién se lo hizo.

Que el *a quo* nada dijo respecto a la falta de consignación por parte de la perito Cid si se encontraron

indicadores de fabulación patológica, o si la menor podía diferenciar entre fantasía o realidad, o bien si se observó algún indicador de intimidación para brindar una alegación falsa, máxime cuando al ser indagada la testigo sobre estas cuestiones, admitió que había salteado las etapas reglamentadas por el Protocolo de Actuación para llevar adelante la Cámara Gesell, con la simple explicación de que no pudo hacerlo, sin que tal circunstancia hubiera sido siquiera considerada por el tribunal revisor. Por el contrario, el TI se limitó a transcribir párrafos de la sentencia de grado, descartando también, infundadamente, las conclusiones de la Lic. Padro, quien había sido clara en sostener que el relato fue producto de una experiencia vivenciada, que era genuino y que no existió sugestión o guion introducido por un tercero.

Igual déficit argumentativo afirma que se dio en el tratamiento de la materialidad del hecho y su corroboración médica.

Al respecto, y tras dar cuenta de la circunstancia que sobrevino con el testimonio de la Dra. Robato, el TI simplemente concluyó que como la testigo había sido desistida, tal situación generó consecuencias imposibles de soslayar y que afectaron necesariamente la valoración de cualquier testimonio que pretendiera referirse a los informes médicos no incorporados al debate, pues los propios acusadores fueron los que, con su litigación, frustraron el ingreso de prueba dirimente para la solución del caso.

Aclaró que al tomar conocimiento del impedimento de la Dra. Robato durante la primera jornada de juicio, a medida que fue avanzando el debate y ante la certera imposibilidad de concurrencia de la profesional, propuso que su superior jerárquica, la Dra. Fariña, diera lectura de sus informes, ya que pertenecía a la misma estructura administrativa del Poder Judicial, y porque era una alternativa plausible en miras al principio de tutela judicial efectiva y el deber de diligencia reforzada; propuesta que fue rechazada por el tribunal de juicio, por entender que no se condecía con los principios establecidos en el sistema acusatorio y la regla del art. 182 del Rito, aclarando que ningún testigo iba a poder deponer en nada que tuviera relación con ese informe, ni tampoco se permitiría la exhibición del anexo fotográfico respectivo. Resuelta la incidencia, dice que todas las partes acusadoras formularon reserva de impugnación.

Sometida la cuestión a resolución el *a quo*, denuncia que no se la trató bajo el argumento de que el asunto había sido resuelto en audiencia, y que por lo tanto no era necesario volver a ingresar sobre ese punto en la sentencia, soslayando, bajo tal interpretación, la reserva de impugnación que se había formulado al respecto.

Afirma que la circunstancia de fuerza mayor que afectó a la Dra. Robato podía ser saneada por parte del Estado, y que debía asegurarse la prestación del servicio de justicia de manera regular y eficiente, teniendo en miras principio de tutela judicial efectiva,

evitando generar mayor violencia institucional. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura.

Cuestiona que tampoco se haya efectuado el test de constitucionalidad de la norma, ante la circunstancia extraordinaria que se produjo en el juicio, al transformarse ese artículo en un valladar para hacer justicia. Dice que la propia CSJN viene autorizando que ante una situación injusta, concreta y extraordinaria, en miras a no afianzar la impunidad, son los propios jueces los que pueden dejar sin efecto la ley para resolver el caso concreto. Que se peticionó la inconstitucionalidad de la norma, y el Tribunal de Impugnación no brindó ninguna respuesta al planteo, lo que generó un nuevo agravio.

Que fueron los propios magistrados de la instancia anterior los que estimaron dirimente la prueba ausente, por lo que debieron haberse preguntado si la norma era justa para resolver la situación extraordinaria descripta, si soportaba el test de convencionalidad o de constitucionalidad, y si existía alguna otra norma en la ley procesal penal que fuera más justa, real y acorde al sentido común para resolver estas circunstancias de la vida -citando por caso el art. 256 del Código Procesal Penal de la Nación según ley 27.063-.

En torno a la arbitraria valoración que hizo el TI de la evidencia médica, dice que se disminuyó el valor probatorio de las conclusiones de la Dra. Álvarez y se dio mayor valor epistemológico a las conclusiones del Dr. Delgado, a partir de lo cual concluyeron que no

existió prueba médica que avalara la teoría del caso de las partes acusadoras.

Remarca que nada dijeron sobre la actitud parcial que tomaron los sentenciantes al analizar ambos testimonios, sin sopesar que el Dr. Delgado no era ni pediatra, ni forense, ni experto en abuso sexual infantil. Nada dijeron en torno a la remisión que el testigo efectuó a las conclusiones de otra profesional (la Dra. Adams) ni que en su informe realizó comparaciones con niñas de 11, 12, 15 y 16 años de edad.

Por otro lado, disiente con el análisis que se efectuó respecto de la corroboración periférica del relato, porque en realidad el mismo se vio acreditado a través de los testimonios de F....., R....., A....., V..... e I.....-

Sostiene que la niña efectuó una narración espontánea, que coincidió, en diferentes espacios y contextos, ante las distintas personas a la que se lo develó, lo que, en opinión del impugnante, permitía válidamente sostener persistencia del relato. Sin embargo, sobre esta cuestión lució ausente un análisis por parte del tribunal revisor, pues se limitó a transcribir la sentencia de grado, sin brindar mayores explicaciones al respecto.

Igual ausencia de fundamentos considera que existió respecto del contexto de violencia psicológica del imputado hacia la denunciante, cuestión que tildaron de "irrelevante", pues para ellos lo importante era determinar si hubo o no evidencia sobre el abuso, y no si la denuncia era real o no.

En el último motivo de crítica, se queja de la falta de respuesta dada por el tribunal revisor, hacia el cuestionamiento dirigido a la sentencia de juicio que ordenó comunicar la absolución al Colegio de Abogados.

Al respecto, dice no comprender la notificación de la sentencia a una entidad que no fue parte del proceso, y en la que se dirimió un caso de suma reserva que involucraba a menores de edad víctimas de abusos sexuales, sin que tampoco hayan existido llamados de atención hacia los letrados particulares presentes en las audiencias, ni cuestionamientos que pudieran ser entendidos como faltas disciplinarias o éticas, por lo que solicita se revoque también ese punto de la sentencia del tribunal revisor.

Solicitó la anulación del fallo impugnado y formuló la reserva del caso federal.

II.- El día 20/9/2021 se llevó a cabo la audiencia ante esta instancia para la ampliación y refutación de argumentos. En ese acto estuvieron presentes: el señor Fiscal Jefe Dr. Rómulo Patti por el MPF; la Dra. Mónica Palomba por la DDNyA; el Dr. Pino Muñoz, apoderado de Sra. E... R....., parte querellante - también presente en la audiencia-; y el Dr. Palmieri, defensor de confianza del imputado R.... S.... (registro audiovisual de la audiencia mencionada y el acta de fs. 153/156).

Las partes acusadoras desarrollaron sus agravios de modo coincidente con los documentos impugnativos.

Posteriormente, al hacer uso de la palabra el Dr. Palmieri, se expidió en torno a la cuestión sustancial de los recursos incoados. En ese sentido, negó, con relación al testimonio de la Dra. Robato, que hubiese sido indebidamente excluido como lo alegaron las contrapartes, pues, desde su punto de vista, existían otras formas de incorporarlo sin tergiversar la letra de la ley y respetando las reglas del juicio justo.

Afirmó que la responsabilidad de que la profesional no hubiese sido escuchada, fue de las mismas partes acusadoras, al haber desistido de su testimonio; descartando que su dolencia médica hubiese constituido una circunstancia de fuerza mayor, sorpresiva o imprevisible, pues, conforme lo aclaró el médico tratante ante el TI, sus problemas de visión habrían comenzado a partir de abril del año 2019; razón por la cual valora como correcta la calificación que el a quo dio a ese desistimiento, ya que existían otras posibilidades de incorporar ese informe (como por ejemplo que declarara por Zoom, o que hubiese dado cuenta en audiencia de su imposibilidad de ver, y las partes, de común acuerdo, dado lectura de los informes).

A su modo de ver tampoco los recursos alcanzaron a demostrar, ni en la presentación escrita ni en la ampliación de fundamentos, cuál es la causal de arbitrariedad manifiesta en los términos del art. 248 inc. 2 del CPPN.

Se opuso a la tesis formulada por las acusadoras, en cuanto al modo en el que pretendían que el TI analizara la prueba producida en juicio, en el

entendimiento que su tarea no es realizar un "juicio del juicio" sino considerar las razones dadas por los sentenciantes, conforme los parámetros fijados en el precedente "Palavecino", y partir de ahí confirmar o revocar la sentencia de la instancia anterior.

Respecto de la alegada afectación a la debida diligencia reforzada, indicó que el error no estuvo en los jueces sino en los impugnantes, por el modo en cómo litigaron la prueba que para ellos era de suma importancia. Aseguró que ninguna responsabilidad, en ese punto, podía atribuirse a los jueces ni a la defensa.

Descartó que el resto de la prueba hubiese sido arbitrariamente valorada, y brindó razones por las cuales estimó que tampoco las acusadoras habían logrado acreditar tal supuesto excepcional. Con relación a las fotografías, sostuvo que era una regla central de la litigación que si no se permitía el ingreso de un informe, tampoco debía hacerlo su anexo fotográfico. Que a pesar de ello, y aplicando la regla de la debida diligencia que se dice ausente, el tribunal de juicio permitió a los peritos de parte que ingresaran los informes que habían elaborado en base a dicho anexo.

Explicó que el tribunal revisor, al analizar el testimonio de la Lic. Cid, dio razones de por qué consideró que sus conclusiones eran razonables, y que se había fundado tanto en su experticia como en la evidencia que había tenido a su vista, descartando la tacha de arbitrariedad propuesta por las contrapartes.

Por último, criticó la cita que se hicieron de diversos antecedentes jurisprudenciales, pues ninguna vinculación tenía con el caso.

Solicitó se declaren inadmisibles las impugnaciones extraordinarias, con el consiguiente afrente de las costas a las perdidosas.

Fijadas así las posiciones de todos los litigantes, el caso quedó en condiciones de ser resuelto.

Los integrantes de la Sala Penal pasaron a deliberar en sesión secreta y se constató la ausencia de opiniones plenamente coincidentes en la cuestión a decidir, por lo cual se convocó al señor Presidente del TSJ, Dr. Roberto Germán Busamia; quien previo a terciar en el asunto tuvo acceso pleno al contenido de las audiencias y a las demás constancias del legajo (artículo 4 del Reglamento de División en Salas del TSJ, actualizado por Acuerdo n° 5953, punto XIII).

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°) ¿Son procedentes las mismas?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

VOTACIÓN: A la *primera cuestión*, la **Dra. María Soledad Gennari**, dijo: los escritos que corren agregados a fs. 68/78 y 84/108 cumplen con los recaudos de legitimidad y tempestividad, a la vez que se dirigen en contra de un pronunciamiento que reviste el carácter de sentencia definitiva.

Por otro lado y con total abstracción de la cuestión de fondo, tales agravios resultan formalmente captables bajo la vía recursiva empleada (art. 248 inc. 2º CPPN).

En efecto: sin desconocer que los mismos remiten a cuestiones de hecho y prueba, de derecho común y procesal, ajenas, en principio, a la vía extraordinaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación; no es menos exacto que el reclamo de los apelantes se sustenta en supuestos de arbitrariedad fáctica y normativa que llevarían -siempre desde su punto de vista- a descalificar el fallo como acto jurisdiccional válido, aserto que fue acompañado del correspondiente desarrollo argumental y que no puede ser descartado *a priori* en esta fase de análisis.

Asimismo, concurren especiales circunstancias que deben ser ponderadas como un factor de flexibilización para la admisión formal de los recursos articulados, toda vez que se ventilan hechos constitutivos de violencia contra una persona que por su condición de niña y mujer, exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que los instrumentos internacionales reconocen a toda persona, lo que, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - en adelante, CorteIDH-, la vuelve particularmente vulnerable a la violencia (conf. "Caso González y otras ('Campo Algodonero) vs. México", sentencia del 16/11/2003, parr. 408; en el mismo sentido "Caso Veliz

Franco y otros vs. Guatemala", sentencia del 19/05/2014, parr. 134).

Por ello, voto por admitir formalmente los recursos de control extraordinarios presentados por las partes acusadoras, en el entendimiento que han superado los ápices formales inherentes a este tipo de impugnaciones y por tanto son admisibles desde este plano.

El **Dr. Alfredo Elosú Larumbe** dijo: coincido con el tratamiento y solución dada por la señora Vocal preopinante a esta primera cuestión. Mi voto.

El **Dr. Roberto Germán Busamia** dijo: Sin nada que terciar en esta primera cuestión, adhiero a los votos precedentes. Así voto.

A la **segunda cuestión**, la **Dra. María Soledad Gennari**, dijo: ambos recursos, por sus puntos de contacto, merecen una respuesta común.

Más allá de sus matices, todas las partes impugnantes denunciaron déficits argumentativos insalvables en la sentencia absolutoria. Y como elemento confluyente, afirman que al amparo de un excesivo rigor formal fueron privadas de introducir una prueba sustancial para el debate, pues no se permitió la incorporación del informe médico practicado a la niña "L.R.R." a través de la jefa del Gabinete Médico Forense (frente al impedimento de salud de la médica que lo concretó). Y explicaron también que tales censuras fueron llevadas a consideración del Tribunal de Impugnación, sin que existiera una actividad de control válidamente

produjeron en la zona del himen un desgarró completo en hora 11, habiéndose constatado además un himen complaciente..." (fs. 4vta).

Tras esa descripción, el tribunal de juicio anticipó que luego de producidas las evidencias durante las ocho jornadas de debate no se pudo superar el estado de duda a favor del imputado.

En pos de justificarlo, el voto de apertura de la Dra. Ana Malvido (que recibió la adhesión de los demás magistrados), detalló el tema debatido y las posiciones encontradas de las partes, adelantando que las evidencias producidas no permitieron determinar, más allá de toda duda razonable, la existencia del hecho y la autoría del imputado, fundamentalmente porque la declaración de la niña en Cámara Gesell presentó importantes déficits y el resto de las evidencias médicas no acreditaron las lesiones que la víctima presentaba, según la teoría fáctica de las acusadoras.

La primera cuestión que abordó la Magistrada fue la vinculada con la conflictividad previa que existía entre denunciante e imputado, circunstancia que tuvo por acreditada con los diferentes testigos que fueron aportados al juicio (detalle efectuado a fs. 6/11vta).

Descartó su incidencia en el hecho juzgado, argumentando que la tarea del tribunal era determinar la existencia material del delito y la autoría del encartado, más allá de ese aspecto puntual.

Sentado ello, anunció que ingresaría al análisis del testimonio que "L.R.R." brindó en Cámara Gesell, pues constituía "*...la principal y más importante*

prueba en esta clase de injustos contra la integridad sexual..." (fs. 12, segundo párrafo, in fine).

Puntualizó que en un primer momento la niña no pudo declarar porque la Lic. Dina Chavez determinó que no se encontraba en condiciones de hacerlo; y que sorteada dicha incapacidad, a partir de las conclusiones de la evaluación cognitiva realizada por la Lic. Cid, se la entrevistó en Cámara Gesell.

Al respecto, destacó que en el aspecto nuclear de la entrevista, la niña pudo decir cuántos años tenía; nombró amiguitos; supo identificar colores; que en forma espontánea, en el '1.30, dijo "mi papá me tocó la vagina y la cola"; con los muñecos señaló dónde estaba la vagina diciendo que era su parte privada; destacó que el lenguaje a veces resultó ininteligible; y que supo identificar la verdad de la mentira.

Cuestionó el modo en que los acusadores valoraron la declaración de la Lic. Cid, por entender que sus dichos habían sido sesgados, y que además efectuaron referencia a ciertos parámetros, como ser la persistencia del relato, sin que se hubiesen expuesto argumentos técnicos que avalaran dicha postura.

Luego de transcribir in extenso los dichos de la psicóloga (fs. 13/15), resaltó la conclusión de la profesional en cuanto a que no era posible determinar si lo dicho por la niña comprendía la evocación de un relato o si se incluyeron datos aportados con posterioridad, pues, por su edad, se encontraba en un período de transición a una memoria narrativa, no se podía ver la fuente en la que se adquirió ese conocimiento. Que los

niños preescolares son vulnerables a la contaminación del relato, razón por la cual había que ser cuidadoso con las preguntas que se le formularan, en atención a que el riesgo de sugestión era alto; sobre la calidad del relato, subrayó que si bien la niña pudo ofrecer el qué, el dónde y el quién, no se pudo establecer el contexto, toda vez que ni con la ayuda de los muñecos pudo realizar la interacción esperable. Agregó que la Lic. indicó que en esa época el padre también ejercía el cuidado de la niña y si ella tenía afecciones de salud, así como la madre miraba, también pudo hacerlo el padre, por lo que no le era posible inferir la intencionalidad del presunto agresor. Que la niña sólo respondía mi papá me tocó, sin que sea posible conocer el origen de esa información.

Tales circunstancias llevaron a la magistrada a afirmar que las partes acusadoras habían efectuado un análisis sesgado y parcializado de este testimonio, pues no refutaron ninguna de las conclusiones arribadas por la experta en punto a la validación del relato, circunscribiéndose a sostener que había sido persistente, pero sin tener en cuenta que la profesional había explicado que los indicadores puestos de resalto por esa misma parte -retramiento, juego de abrir y cerrar las piernas, dormir con la madre, sacarse la bombacha para ir a dormir- constituían síntomas inespecíficos de abuso sexual, agregando que *"...si bien los testigos temporalmente indicaron el cese de esas conductas cuando la niña dejó de ver a su padre, tampoco resultaría absurdo pensar que sintiéndose tranquila la progenitora al no tener contacto la niña con su padre, transmitió ese*

bienestar o tranquilidad a su pequeña hija, con quien siguió conviviendo..." (fs. 15/vta, penúltimo párrafo, in fine, de la sentencia absolutoria).

Tampoco compartió el reproche de la acusación en cuanto a que la experta no tuvo en cuenta la edad de la menor, pues sobre el punto, la psicóloga efectuó, desde su óptica, un profundo estudio del relato -al referirse al análisis fenomenológico del testimonio y los cinco aspectos que lo componen (competencia; fidelidad y constancia; recuerdo original; calidad del relato; identidad del agresor)- lo que le permitió concluir de la forma en que lo hizo.

Dijo que el análisis sesgado lo observó en la falta de refutación de un aspecto destacado por la testigo vinculado con el cuidado que hay que tener al hacer preguntas a un niño preescolar; apreciando que en el caso la madre no lo fue, a pesar de que era psicóloga, por la forma en que interrogó a su hija, la manera en que la expuso para que se lo contara a sus abuelos, resultándole llamativo incluso la forma en que la niña interrumpió una conversación telefónica que tenía su madre con su amiga Fabrizzini, para relatarle el hecho.

Otro aspecto que en opinión de los sentenciantes no fue debidamente refutado por los acusadores, fue el relativo a la imposibilidad de determinar el origen del relato -esto es, si respondió a una vivencia o si existieron elementos que lo contaminaron-; déficit que también alcanzó, en su visión, al contexto en que supuestamente ocurrieron los tocamientos.

Desechó las conclusiones de la Lic. Padro (perito de parte ofrecida por la querrela particular), aduciendo que su informe tuvo muy baja calidad en comparación con el elaborado por la Lic. Cid, y que careció de una explicación técnica suficiente, pues no dio razones idóneas para considerar el relato de la niña como creíble; destacando además su poca experticia en la materia y la falta de contacto con la menor (fs. 16 in fine, 17). En palabras de la sentencia: en la entrevista con la Lic. Cid "...fue LA ÚNICA (...) DONDE LA NIÑA PROPORCIONÓ SU VERSIÓN Y QUE PARADOJICAMENTE EL PEDIDO DE CONDENA DE LAS ACUSADORAS SE BASARON, POR LO MENOS EN ESTE PUNTO, SOBRE LOS DATOS PARCIALES DE LA LIC. PADRO" (fs. 17, segundo párrafo, enfatizado de ese modo en la pieza procesal bajo estudio).

Establecido ello, continuó con el análisis de la evidencia física. Subrayó el desistimiento del testimonio de la Dra. Robato, y las consecuencias que ello generó, en la imposibilidad de su incorporación al juicio.

Aseveró la inexistencia de evidencia médica que avalara la teoría del caso de las partes acusadoras: en primer lugar, porque el informe de la Dra. Robato no se incorporó al juicio; en segundo término, porque la Dra. Antonietti sólo observó un eritema (signo que calificó de hallazgo inespecífico), un himen complaciente (que dijo que podía ser algo anatómicamente normal), sin extraer fotografías de la zona; en tercer lugar, porque la Dra. Álvarez hizo apreciaciones generales y referencias a un informe que no fue incorporado al

proceso; y por último, porque "...de la extensa y minuciosa declaración del Dr. Delgado, de relevancia comparable superior con el resto de los peritos, que si bien hizo referencias a un informe inexistente (...) dejó claro los errores del informe de la Dra. Antonietti, no solo en relación a hablar de un himen complaciente (no es algo directamente relacionado con un abuso sexual) sino también criticó las técnicas utilizadas para revisar a la niña (...) usó terminología en desuso por la medicina moderna (...) y que Antonietti cometió un error básico, los niños pre púber tienen las mucosas genitales muy finitas, por eso es normal ver rosa, rosadita, etc., y supongamos que existió un eritema, es un hallazgo sin relación directa con el abuso sexual..." (fs. 19, 4to párrafo).

Dotó de mayor poder convictivo a las conclusiones del Dr. Delgado al sostener que la acusación no logró refutar su informe mediante argumentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encontraba reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o que el resto de los informes médicos tuvieran una mayor eficacia para provocar la convicción sobre la existencia de lesiones compatibles con un abuso sexual infantil.

A ello adunó que el testimonio de la Dra. Lupin ningún aporte efectuó en relación a la evidencia médica, pues a pesar de que había sido duramente cuestionada por las partes acusadoras, por haberse rehusado a revisar a la niña ante el requerimiento de la madre, indicó que su negativa había sido razonablemente justificada por la profesional, cuando explicó que las

sospechas de la madre eran otra forma que la denunciante empleaba para entorpecer el vínculo de Rojas Silva con su hija.

Estas premisas llevaron a la Magistrada a concluir: a) que la denuncia se realizó en un contexto de conflicto entre los padres; b) que el relato presentó "grandes y serios" déficits -fs. 20, último párrafo-, por no haberse podido determinar el origen de la información que brindó, el contexto de la develación, la modalidad del acto ni la intención del agresor, junto con la referencia efectuada por la experta en cuanto a la sugestionabilidad del relato; c) que los cambios conductuales constatados en la menor eran inespecíficos y no se relacionaban particularmente con un abuso sexual infantil; d) la evidencia médica no acreditó lesiones acordes con un ataque sexual; y e) la ausencia de indicadores de compatibilidad con un perfil de pedófilo en la personalidad del imputado.

A mi modo de ver, el temperamento absolutorio sólo fue posible merced a una consideración aislada de ciertos elementos, sin integrarlos o armonizarlos con el total de la prueba rendida; a la vez que obviaron las pautas bajo las cuales debía examinarse la prueba en casos como el del *sub lite*.

Como recientemente lo sostuvo esta Sala Penal "*...toda decisión judicial para ser válida requiere ser una derivación razonada del derecho y, en los casos en los que se alegue violencia contra la mujer, la interpretación que se efectúe tiene que ser compatible con lo establecido en las normas de superior jerarquía*

(artículos 5, 31 y 75 inciso 22 de la CN) y ajustarse a las circunstancias concretas del caso..." (R.I. n° 48/2021).

En primer término, advierto que no se tuvo en consideración el relato que la menor brindó en la Cámara Gesell. Me explico:

Conforme se estipula en la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN), los Estados partes garantizarán al niño el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten (art. 12.1), y se le dará en particular la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial (ídem, 12.2).

De ese modo, el derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la CDN. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que este artículo constituye uno de los cuatro principios generales de la CDN, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo, y a la consideración primordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que esta norma debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar los demás derechos.

Esta norma establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez. No basta simplemente con escucharlo, sino que sus manifestaciones se tomen en consideración seriamente.

En consonancia con tales postulados, la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, dispone, en su art. 2, que la CDN es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en toda decisión judicial que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Establece además que las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos, siendo los derechos y garantías establecidos en esa ley de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles; en el art. 3, establece qué debe entenderse por interés superior del niño y prescribe que debe respetarse el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta (inc. b). Por su parte, el art. 24 establece que tienen derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés (inc. a) y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo (inc. b); y en el art. 27, establece que los organismos del estado deberán garantizarles, en cualquier procedimiento judicial que los afecte, a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión (inc. b).

Llevados estos lineamientos al caso, observo que a pesar de que en la sentencia de juicio se subrayó que el testimonio de la menor constituía "la principal prueba" en este tipo de delitos (fs. 12, segundo párrafo), la única alusión a su relato se plasmó dos

párrafos después, cuando se precisó que la víctima "...a los 1.30 minutos de la entrevista dijo 'mi papá me tocó la vagina y la cola"; sin que tampoco hayan sido tomados sus dichos en consideración.

Considero que fue aparente y formal el análisis de sus manifestaciones, pues del visado de la Cámara Gesell (audiencia día 24/2/2021, a partir del '1.29.25 en adelante), surge que "L.R.R." no sólo dijo que su papá le tocó la cola y la vagina, sino que además describió que lo hizo con la mano, brindó detalles sobre el lugar donde el ataque habría ocurrido (dijo que fue en la casa de su papá, precisando más adelante que fue en su cama); especificó qué estaba haciendo (jugando a las escondidas con su prima); que en el lugar se encontraba la novia de su papá (Nati), sus primas y el perro Rocky; que era de noche, que pasó una sola vez ('1.39.49) y que su papá la tocó por debajo de la ropa ('1.43.32); también dijo que su papá fue quien le enseñó cuáles eran las partes del cuerpo y que la tocó el día jueves ('1.48.10 en adelante).

Como vimos, los jueces tuvieron por no acreditada la materialidad del hecho enrostrado a Rojas Silva en atención a que los dichos de la menor presentaban "serios déficits", fundando su opinión en la interpretación que la Lic. Cid efectuó del relato, al afirmar que el mismo había sido sugestionado (enfaticizó incluso la magistrada que la madre no había sido cuidadosa en el modo de interrogar a su hija, a pesar de que era psicóloga -fs. 16, primer párrafo-); sumado a que los cambios de conducta que dijo tener constatados eran

signos inespecíficos de abuso sexual infantil; y que la evidencia médica no había acreditado lesiones compatibles con un hecho de tales características.

Respecto de la posibilidad de sugestión, la psicóloga sostuvo que el proceso de develación no fue espontáneo porque se aportaron verbos a la niña al haberle preguntado "¿alguien te tocó?".

Sin embargo, y conforme se desprende de la descripción efectuada por la denunciante del momento del develamiento, su hija había llegado muy angustiada de la casa de su papá, se agarraba los pelos, lloraba, no había manera de consolarla; por lo que le propuso llevarla a bañar, para relajarla. En el momento que se disponía a bañarla, muy enojada, su hija le dijo "no" ('2.41.58), "yo me baño solita", "el cuerpo no se toca" ('2.42.14). A raíz de esa manifestación le preguntó si alguna vez alguien la había tocado ('2.42.20), respondiéndole la niña que sí, que su papá. Que agachó la mirada, y se puso a jugar con los juguetes, le preguntó dónde [la había tocado] ('2.42.34), señalándole la vagina y la teta ('2.42.40). Que le preguntó qué estaba haciendo, y ella le respondió que jugando ('2.42.49).

Si bien en la sentencia de grado este tramo del testimonio es evocado de ese modo (fs. 5/vta, decimosegunda oración), lució ausente una explicación fundada de por qué se optó por otorgar mayor preponderancia a la tesitura formulada por la Lic. Cid (de que el testimonio dejó de ser espontáneo por el modo en que la madre interrogó a la menor al emplear el verbo "tocar"), y descartar lo declarado por la propia

denunciante, pues, como se desprende del modo en que se desarrolló la conversación entre madre e hija, no es Romero quien introduce el verbo "tocar" en el diálogo, sino su hija.

La sentencia puso en duda la espontaneidad del relato de la menor con base en una expresión contenida en la declaración de la perito oficial, sugiriendo con ello la inducción del relato pero sin siquiera considerar lo expresado al respecto por la perito Padro, cuyo testimonio fue descartado bajo el argumento de que careció de la explicitación técnica que sí tuvo el informe de la Lic. Cid, al no haber dado razones suficientes para considerar el relato de la niña como creíble, sumado a su poca experticia en la materia y sobre todo porque no tuvo contacto con la niña.

Aquella escasa experiencia que los jueces sostienen contrasta -en aspecto no controvertido- en que dicha testigo dijo contar con 26 años de experiencia en su área profesional, a la vez que manifestó tener estudios de grado y de postgrado. Y si bien especificó que era la primera vez que hacía una pericia en el ámbito penal de mayores, participó en múltiples tareas de asesoramiento de abogados y colaboró con diversos colegas en la preparación de informes de este tipo. Refirió igualmente que su mayor experiencia se centra en el tratamiento de niños con abuso; todo lo cual da la pauta que esa supuesta "inexperiencia" bajo la cual se prescinde de su aporte no tiene apoyatura con las constancias documentadas del legajo.

Esta profesional destacó que el relato fue simple, escueto, conciso, propio de su edad; lo repitió a todos sus interlocutores (madre, abuelos, maestras de jardín y en la Cámara Gesell), "mi papá me tocó la cola y la vagina" refiere a que los recuerdos en niños preescolares se establecen a través de guiones, que constituyen una construcción simplificada de lo que ocurre en la habitualidad de ese niño. Que le impresionó como creíble, acorde con su edad y evolución psicológica, y que si bien desde la lógica de los adultos podría resultar inconsistente, no lo era desde la lógica del niño, quien pudo poner en palabras lo que le sucedió. No encontró indicadores de sugestionabilidad en la menor ni tampoco verbalización de palabras de adultos.

En este punto, no resulta ocioso destacar que ante el mito de que los niños y las niñas mienten, inventan, fantasean, o son inducidos, y que por lo tanto, sus dichos no son creíbles; ellos y ellas "(...) *no poseen las habilidades madurativas, cognitivas ni evolutivas que se requieren para inventar, fantasear, fabular, fabricar y sostener mentiras complejas de un modo creíble. Menos todavía podrían hacerlo ante profesionales de la salud mental entrenados para evaluarlos...*" pues "*...incluso los niños en edad preescolar pueden dar testimonios de sus experiencias personales con un grado sorprendente de certeza y veracidad, máxime si han involucrado su propio cuerpo...*" (informe elaborado por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Buenos Aires, Noviembre 2016 -revisada y actualizada en mayo 2017-, titulado "*Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes. Una*

guía para tomar acciones y proteger sus derechos" (<https://www.unicef.org/argentina/informes/abuso-sexual-contra-niños-niñas-y-adolescentes>), págs. 11/12).

Y que "En todos los casos, se deben tomar recaudos para proteger al niño o la niña. Esa protección implica, entre otras medidas, procurar que reciba contención y atención inmediatas, y dar intervención a la Justicia. Los NNyA no deben ser interrogados bajo ninguna circunstancia. Sólo se debe procurar la información mínima sobre el hecho que permita determinar qué pasó, cuándo, dónde y quién lo hizo..." (ídem, pág. 16); enfatizándose que "a partir de los 3 años, los relatos de los niños y las niñas podrían parecernos sin sentido debido al empleo de oraciones cortas e incompletas. Sin embargo, la experiencia de abuso sexual está siendo puesta en palabras de una manera concreta..." (pág. 17).

En este sentido, la niña en todo momento acusó al imputado por la comisión de un hecho de abuso sexual, lo que se compadece con los términos de las declaraciones vertidas en juicio tanto por su madre, como por Johana Fabrizzini, Jorge Romero así como por Verónica Ibarra y Marisa Voladez (secretaria y directora del Jardín Sueñitos, respectivamente). Sin embargo, el análisis de estas circunstancias lució ausente.

En lo que hace a la corroboración periférica del relato, que para los sentenciantes las partes acusadoras tampoco lograron acreditar, considero que no existió una valoración integral de los elementos de convicción producidos en el juicio.

En efecto, la denunciante precisó que cuando su hija dejó de tener contacto con el imputado, pudo contárselo a sus abuelos paternos, a su madrina (Fabrizzini), y a unas maestras del jardín de infantes al que asistía la niña (audiencia 23/2/2021, a partir del '12.40 en adelante).

Respecto de la primera, y si bien de la lectura de la sentencia parecería surgir que efectivamente Fabrizzini no pudo aportar elementos de corroboración periférica (en base a lo que se transcribió de su declaración a fs. 6/vta), del visado de la audiencia de juicio, surgió información que no fue ponderada por la sentencia, como ser que la niña le contó por teléfono que su papá le había tocado la cola y la vagina (ídem, '2.49.50); que se lo reveló el día 29/8/2018, precisando, a preguntas de la Defensa, que tenía presente con exactitud la fecha porque en la tele estaban pasando una noticia recordando el nacimiento del cantante Michael Jackson ('2.57.59). Manifestó que la denunciante sospechaba del padre de la nena porque era la única persona con la que "L.R.R." se quedaba sola.

Algo similar ocurrió con el testimonio de Jorge Romero. La sentencia nuevamente hizo foco en el tramo de su declaración en el que aludió a la relación entre su hija y el imputado (fs. 7, segundo párrafo); pero omitió plasmar lo que también declaró respecto del abuso sexual denunciado: esto es, que en agosto del año 2018, en circunstancias de encontrarse jugando en la plaza con su nieta, ella comenzó a acordarse de su papá y le contó que él le había tocado la cola y la vagina,

siendo esa la única vez en la que hizo referencia al evento; que ya estaba al tanto de la situación porque su hija Eimi le había contado. Describió que su nieta era una niña alegre, despierta, y que cada vez que regresaba de la casa del padre, volvía retraída, se enojaba con su mamá, y no quería estar con él.

Llama la atención el hecho de que los jueces/as hayan pasado por alto las declaraciones de la secretaria y directora del jardín de infantes al que asistía la víctima (Verónica Ibarra y Marisa Voladez, respectivamente), quienes fueron contestes en afirmar que la niña, en una fecha contemporánea a los develamientos efectuados a su abuelo y a su madrina, les contó lo que le sucedió, precisando Ibarra que la víctima dijo que el imputado la había tocado después de bañarla, en la habitación de su padre; coincidiendo ambas en destacar el cambio rotundo de conducta que percibieron en la menor, luego de que cesara el contacto con su progenitor, describiendo que llegaba contenta al jardín, saludaba a todos, y que antes era muy introvertida, no hablaba y siempre estaba con la mano en la boca.

Otro déficit de fundamentación aprecio cuando se sostuvo que no habían sido suficientemente acreditadas las lesiones que la víctima habría sufrido conforme a la teoría del caso de las partes acusadoras.

Entiendo que dicha afirmación fue posible merced a una consideración fragmentaria y aislada de los testimonios de los profesionales médicos que declararon en juicio, incurriéndose en omisiones y falencias respecto a la verificación de hechos conducentes para la

decisión del caso, lo que impidió una visión en conjunto de la prueba, que descalifica el fallo.

Para ello estimo necesario repasar, brevemente, sus declaraciones.

La Dra. Antonietti -que actualmente integra la plantilla de peritos infanto-juveniles del Gabinete Médico Forense, y que al momento de revisar a la víctima trabajaba en consultorio particular- precisó que al realizar el examen genital vaginal le llamó la atención un eritema (toda la zona colorada, con mayor enrojecimiento en hora 9, sobre el introito, en la parte interior de la vulva), así como el himen -que describió como complaciente- que se abría más de lo normal. Que frente a esos hallazgos y lo que la madre le había relatado, realizó una interconsulta con el personal de la línea 102, indicándole la Lic. Gatti que le realice la serología y que dé aviso a la Defensoría de los Derechos del Niño, lo que realizó a continuación. Afirmó recordar claramente ambas lesiones, y que el himen no fue medido ni fotografiado porque no es una práctica habitual en consultorio; que a ojo desnudo las lesiones observadas podrían categorizarse dentro de la escala 2 de Muram, pero que de haberse podido contar con fotografías, esa zona eritomatosa podría haber venido acompañada de una muesca o de un desgarro, encuadrables en categoría 3. Esa observación también podría haber provocado una modificación en la hora de la lesión con respecto a la visionada a ojo desnudo.

El Dr. Delgado, por su parte, explicó que para elaborar su informe, utilizó el confeccionado por la

Dra. Robato, su anexo fotográfico, la denuncia y la historia clínica de la menor. Cuestionó la metodología empleada por la Dra. Antonietti, al no haber extraído fotografías en el examen y por emplear terminología en desuso (como ser la alusión a "himen complaciente") y fundamentalmente porque no tuvo en cuenta que era normal que los niños prepúberes tuvieran las mucosas genitales muy finas y de un color rosado un poco más fuerte; que en realidad lo que la niña tenía, en hora 11, era una muesca congénita y no un desgarró. Y sostuvo que como un caso de abuso sexual infantil se construye a partir del testimonio del niño, de los dichos de testigos, de las fotos y/o filmaciones, y del resultado de los exámenes practicados, como en el caso de autos no hubo testimonio directo del niño ('18.37, video 2, audiencia día 3/3/2021, reiterado en el minuto '19.13), el examen físico fue normal y no existieron otros testigos, concluyó en la inexistencia de un abuso sexual.

Por último, la Dra. Álvarez, a quien también se le suministró la misma documentación que al Dr. Delgado y el informe realizado por él, indicó que el diámetro de orificio himeneal estaba muy aumentado, no siendo compatible con la edad cronológica de la niña, evidenciando un desgarró completo en hora 11, que abarcaba toda la superficie de la membrana -que ya estaba cicatrizada-, y que podía categorizarse en la escala 3 de Muram. Descartó que fuera una muesca congénita como lo había propuesto Delgado, porque faltaba una parte de la membrana himeneal y explicó que un abuso sexual podía no dejar lesiones visibles. Coincidió en que el término

"himen complaciente" no se utiliza más para describir la elasticidad de la membrana, pero que sí es un signo de abuso sexual infantil, y que la Dra. Antonietti lo dejó asentado porque observó el aumento del tamaño del orificio himeneal.

Como se puntualizó párrafos antes, en esa instancia se estimó no acreditadas las lesiones, en primer lugar porque la Dra. Antonietti observó solamente un eritema que calificó de "hallazgo inespecífico" y un himen complaciente, que entendió como algo anatómicamente normal, de lo que no dejó registros con fotografías; en segundo término, porque otorgó mayor relevancia al informe de parte (de la defensa, Dr. Delgado), quien expresó supuestos errores que habrían cometido la Dra. Antonietti y la Dra. Robato en sus respectivos estudios; después, porque la Dra. Álvarez efectuó referencias a un informe que no fue incorporado al proceso (el de la Dra. Robato), y luego, porque no se pudo demostrar que el resto de los informes médicos superaran el aportado por dicho perito de parte.

Ahora bien: en el supuesto de pericias contradictorias, donde se exhiban conclusiones incompatibles entre ellas, debe prevalecer la solución del tribunal de juicio, pues resulta soberano en la apreciación de la prueba.

Llegado a este punto, bueno es recordar que *"(...) el juicio del perito no vincula al juez, el cual, así como es libre para valorar las otras pruebas adquiridas, puede no aceptar el juicio del perito; se dice comúnmente, para expresar esta libertad de juicio,*

que el juez es peritus peritorum..." (Sala Penal, TSJ, R.I. 69/04). Sin embargo, tal como lo recuerda dicha jurisprudencia, aquella función "(...) no debe extralimitarse hasta convertirse en arbitrariedad...".

Esto último, a mi modo de ver, ocurrió en el *sub lite*.

Por un lado, no resulta cierto que las conclusiones de la Dra. Robato en su informe médico hubieran quedado completamente ajenas al debate, en tanto dicha información ingresó por medio de los profesionales forenses y los de parte, que analizaron ese informe y declararon sobre sus conclusiones (testigos indirectos). Incluso tales jueces permitieron efectuar descripciones específicas de su contenido a la Licenciada en Psicología Valeria del Carmen Cid, a pesar de la oposición formulada por la defensa particular (vgr. audiencia de fecha 24/02/2021, minutos '17.09).

En segundo lugar, porque cuando afirmaron que la pericia del Dr. Delgado tiene *"...una relevancia comparable superior con el resto de los peritos..."* (fs. 19), resultó un aspecto inexplicado. No hay ninguna razón bajo la cual se funde una conceptualización semejante.

Incluso, los magistrados se hicieron eco de las críticas deslizadas por ese profesional en torno a la presunta falta de científicismo contenido en los informes de los restantes peritos y supuestos errores en la elaboración de los protocolos aplicados (donde incluyó el informe de la Dra. Robato), pero sin confrontar esas expresiones con algún tipo de basamento científico o

aporte técnico que dé un mínimo sostén a esas detracciones.

Para los jueces/as, entonces, la única opinión atendible es la expresada por el perito contratado por la Defensa, y el fundamento es porque dicho profesional lo sostuvo de ese modo. O bien, porque según evocan los jueces de sus dichos, "*trabaja con la verdad*" (fs. 17/vta). Y ello, obviamente, no responde a cánones de razonabilidad validables.

No correspondía que los jueces/as, a partir de apreciaciones netamente subjetivas, descalifiquen pruebas que son esencialmente técnicas.

Hasta aquí los argumentos del tribunal de juicio respecto de los cuales, según aprecié, existen graves déficits de fundamentación.

Ahora bien: todas estas críticas, con sus matices, fueron puestas a consideración del TI en la sentencia aquí apelada.

Sin embargo, el rechazo de los recursos se dio bajo argumentos encuadrables en la doctrina de la arbitrariedad.

Ello por cuanto la actividad revisora desplegada por el a quo devino insuficiente en la medida en que se limitó a repetir los términos empleados en la sentencia de mérito sin brindar un razonamiento y una respuesta concreta que rebatiera los planteos de los recurrentes; actividad que resulta criticable porque, conforme lo tiene dicho nuestro Máximo Tribunal, "*la mera repetición de los fundamentos dados en el juicio, sólo formalmente satisface la revisión... pero no demuestra el*

tratamiento de las cuestiones llevadas a estudio" (cf. CSJ 1856/2006(42-S)/CS1 "Silva, José Manuel s/causa n° 6653", sentencia del 1 de abril de 2008).

En lo que constituye una fundamentación aparente, el TI convalidó la absolución de Rojas Silva afirmando que las partes acusadoras no habían logrado acreditar ni la materialidad ni la autoría del encartado en el hecho, pero sin que se haya examinado la correspondencia de aquélla con las reglas de la lógica y de la sana crítica conforme lo requerían los agravios planteados por los recurrentes en los recursos de impugnación ordinaria.

A tal faena se debió avocar, toda vez que, conforme reiteradamente lo viene sosteniendo esta Sala Penal, entre las tareas que integran su labor revisora, le corresponde verificar que el tribunal de juicio cumpla con el deber de motivación, es decir, que se haya concretado de manera real el fundamento de la convicción del juzgador y que ese convencimiento se base en parámetros lógicos y razonables ("juicio sobre la motivación y su razonabilidad"), labor que se extiende a una función valorativa de pruebas no comprometidas con la inmediación, y que se realiza bajo el control de la racionalidad de las inferencias efectuadas.

Dicho de otro modo, el a quo, por vía de esta reiteración, se limitó a aseverar la validez del proceso de crítica interna y síntesis del fallo absolutorio que, en su función revisora, debía examinar.

En lo que aquí interesa, el voto ponente, que estuvo a cargo del Dr. Varessio y que recibió la adhesión

de los restantes magistrados, descartó que se hubiese analizado arbitrariamente el testimonio de la psicóloga que llevó adelante la Cámara Gesell por entender, al contrario de lo afirmado por los acusadores, que el tribunal de juicio no había creído "ciegamente" en sus conclusiones.

Para fundarlo, transcribió los tramos de la sentencia en los que se estudió la cuestión (fs. 45/52), tras lo cual desechó que su análisis hubiese sido caprichoso, superficial o parcializado.

Afirmó que las conclusiones de la psicóloga fueron contundentes en cuanto a que no se pudo conocer el origen del conocimiento de la víctima, ni si el relato respondió a una vivencia o si existieron elementos que lo contaminaron. Que tampoco pudo establecerse un dato relevante como ser marco en el que el hecho se habría desarrollado teniendo en cuenta que el padre también ejercía el cuidado de la niña, y que ella no pudo referir el contexto de esos tocamientos, o su modalidad, y mucho menos la intencionalidad. Además, entendió que no se habían logrado controvertir las afirmaciones de dicha profesional.

Respecto de los dichos de la Lic. Padro, argumentó que se limitó a ver la Cámara Gesell y a dar su opinión en el marco de las pruebas de cargo que le fueron acercadas, sin haberla entrevistado personalmente ni interactuado con ella; estimando que, por tales motivos, no se trató de una prueba pericial a partir de la cual se pudiera concluir, de manera categórica, que las extensas explicaciones de la Lic. Cid fueran infundadas,

contradictorias o arbitrarias como lo pretendieron las partes acusadoras. Que, por el contrario, los motivos dados por los sentenciantes para descartar su testimonio -que sus conclusiones carecieron de la explicitación técnica suficiente, sumada a su "poca experticia" sobre la materia- eran acordes a la prueba producida.

Sin embargo, en este punto y del mismo modo que lo había hecho la sentencia de grado, incurrió en un análisis superficial de la cuestión al haberse limitado a transcribir las razones dadas en la instancia anterior, pero sin examinarlas a la luz de las críticas que las partes acusadoras habían formulado a su respecto, luciendo ausente una racional y objetiva valoración de las constancias del proceso.

Posteriormente, respecto de la evidencia física, tras evocar qué razones habían llevado al tribunal de juicio a sostener la inexistencia de indicios médicos que avalaran la teoría de la acusación, afirmó que resultaba inconsistente que los profesionales médicos se hubiesen referido a un informe que los jueces/as nunca tuvieron oportunidad de contrastar y valorar en toda su extensión, pues se desistió del testimonio de la Dra. Robato. Que esa actitud procesal generó consecuencias que no podían ser soslayadas, y que afectaron necesariamente a la valoración de cualquier testimonio que pretendiera referirse a un informe médico no incorporado.

Bajo ese prisma, sostuvo que como la Dra. Antonietti sólo observó en la niña un eritema y un himen complaciente, de lo que no se extrajeron fotografías y que en su opinión constituían hallazgos inespecíficos,

esa conclusión se había ajustado exactamente a la verdad del testimonio, pues ella indicó, frente a las preguntas de las partes, que los hallazgos no podían ser atribuidos de manera exclusiva y excluyente a un abuso sexual infantil.

A partir de allí, y ante lo que consideraron una "imposibilidad jurídica" de valorar el informe de la Dra. Robato -por haber sido desistido su testimonio-, el TI entendió que las conclusiones de la Dra. Álvarez habían quedado desprovistas de relevancia; no así las del Dr. Delgado, quien había dejado en claro los errores del informe de la Dra. Antonietti; lo que los llevó a razonar que los jueces/as de grado efectuaron una valoración acorde con lo que las partes pudieron acreditar en el núcleo de la litigación, sin que se advirtiera un análisis arbitrario o sesgado, pues la afirmación de los impugnantes en cuanto a que las lesiones de la niña sí habían sido constatadas, se sustentaron en las conclusiones de la Dra. Robato, las que se pretendió que confirmara la Dra. Álvarez. Pero como la primera no declaró -y por ende sus conclusiones no existieron como prueba válida- y la segunda declaró en relación a un informe que no fue admitido como prueba en el debate, sus explicaciones carecían de valor jurídico.

Tales motivos llevaron al TI a confirmar la sentencia apelada; agregando que había sido el propio Estado y el querellante particular quienes concurrieron, con su litigación, a frustrar el ingreso de prueba determinante que resultó ser dirimente para la resolución del caso.

Sentado ello, y con solo repasar la prueba ventilada en el debate, es evidente que existían elementos capaces de vincular a Rojas Silva con el caso.

Considero que tanto la absolución dictada respecto de Rojas Silva -como su posterior confirmación- se apoyaron en una mera subjetividad y no en la racional y objetiva valoración unívoca de las constancias del proceso.

Cabe recordar que el estado de duda no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de una minuciosa, racional y objetiva evaluación de todos los elementos de prueba en conjunto (Fallos: 311:512 y 2547; 312:2507; 314:346 y 833; 321:2990 y 3423), y que la mera invocación de cualquier incertidumbre acerca de los hechos no impide, per se, obtener razonablemente, a través de un análisis detenido de toda la prueba, el grado de convencimiento necesario para formular un pronunciamiento de condena.

En consecuencia, y como ya lo adelanté, la sentencia absolutoria no constituye derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias del caso, y debe ser descalificada como un acto jurisdiccional válido. Y al ser ello de este modo, la revisión de aquél pronunciamiento fue tan solo aparente e impidió constatar la real ausencia de motivación que imperaba en el fallo.

Tal como sostuve en los Acuerdos N° 2/2020 y N° 3/2020 de esta Sala, nos encontramos frente a una persona dentro del alcance de sujeto en especial condición de vulnerabilidad, por su género femenino y por

ser víctima de un delito contra la integridad sexual (Cfr. Art. 2, 100 Reglas de Brasilia para Acceso a la Justicia a Personas en especial condición de vulnerabilidad).

Analizadas las actuaciones que nos ocupan, debo advertir que no se ha aplicado la perspectiva de género al momento de resolver o juzgar, pues tal como manifesté en los fallos señalados: *"Dicha perspectiva es un proceso que se erige como una metodología de apoyo que auxilia a los/las juzgadores/as en la tarea de impartir justicia, para adecuar su actuar a los estándares internacionales, ofreciendo una ruta jurídica sistematizada para el análisis del caso, sin que ello coarte la autonomía y la independencia judicial, no es ni una ideología, ni una opción, es una forma de ver la realidad [...], y [...] debe guiar el ejercicio argumentativo de quienes imparten justicia para que puedan materializar los tratados internacionales en realidades jurídicas y generar respuestas de derecho a nivel nacional"*. (Cuaderno de Buenas Prácticas para Incorporar la perspectiva de género en las sentencias, Poder Judicial de Chile, Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema. Autoras: Lucia Arbeláez de Tobón y Esmeralda Ruíz González, Pág. 89).

"...Este proceso implica que en el análisis y desarrollo del caso se debe actuar con la observancia de la debida diligencia para garantizar el acceso a la justicia... [lo que implica]... 'el deber de actuar para prevenir, investigar y sancionar de manera efectiva y adecuada a los responsables de los actos de violencia y/o

de los hechos puestos en consideración de la justicia. En este sentido implica el deber de eliminar los obstáculos de jure o de facto que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales y usar todos los medios disponibles para hacer que todos los procesos judiciales e investigaciones sean expeditos. La debida diligencia conlleva asegurar que en el proceso jurisdiccional primen: La oficiosidad, la oportunidad, la competencia, la exhaustividad, la participación de las víctimas y la independencia e imparcialidad del juez.'. (Cuaderno de Buenas Prácticas citado, Pág. 92 y 93). Ello se desprende de múltiples decisiones de los órganos judiciales de los Sistemas Universal y Regional de DDHH, como en la sentencia de 'Campo Algodonero' de la Corte IDH.

"...En el caso, por tratarse de una mujer víctima de violencia sexual, rige la debida diligencia como estándar e incluso de forma reforzada, ya que 'en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará.'. CorteIDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C-205, párrafos 258 y 285.

"...El objetivo de este doble estándar es reducir en los delitos de género la impunidad, pues en la dinámica de este tipo de hechos, la misma se erige como un factor vehiculizante de la repetición y agravamiento del fenómeno de la violencia contra la mujer. [...] 'la impunidad de los delitos cometidos envía un mensaje de

que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de justicia'. (Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, México, Pág. 138, www.equidad.scjn.gob.mx)..." (Cfr. Ac. N° 3/2020, citado).

Entiendo que tal método de juzgamiento no fue utilizado en las presentes actuaciones, pues de haberlo hecho, se advertiría la necesidad de aplicar el estándar de la debida diligencia reforzada, déficit que también se traslada a la sentencia del tribunal revisor.

Por ello y atento el temperamento expuesto, deviene insustancial pronunciarme respecto de los restantes planteos de los recurrentes, pues entiendo que han logrado demostrar el supuesto de arbitrariedad de sentencia postulado en sus recursos. Mi voto.

El **Dr. Alfredo Elosú Larumbe**, dijo: de la deliberación precedente surgió mi posición diferenciada en esta segunda cuestión.

Mi criterio constituye la minoría en el presente Acuerdo y brevemente lo desarrollo en los párrafos que siguen.

La sentencia absolutoria que dictó el tribunal de juicio, y su homologatoria aquí recurrida, a la luz de las críticas esbozadas en los recursos bajo análisis, contaron -según observo- con una debida fundamentación.

Como el lugar común de ambas impugnaciones es la *arbitrariedad de sentencia* (atribuida a los dos pronunciamientos judiciales ya referidos), el tenor de la crítica lleva a recordar que la doctrina de la arbitrariedad es de aplicación restringida, no apta para cubrir las meras discrepancias de las partes respecto de los fundamentos de hecho, prueba y derecho común y procesal, a través de los cuales los jueces de la causa apoyan sus decisiones en el ámbito de su jurisdicción excluyente y tampoco para abrir una tercera instancia para debatir temas no federales ni para la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo lo admite para los supuestos de desaciertos u omisiones de gravedad extrema, a causa de los cuales no pueden adquirir validez jurisdiccional (CSJN, Fallos 311:1950 y 324:3421, entre otros).

Más aún cuando los recursos se dirigen, derechamente, al modo en que resultó apreciada la prueba rendida durante el juicio, pues constituye por vía de principio, facultad de los jueces de la causa y no es susceptible de revisión en una instancia extraordinaria (CSJN, Fallos 332:2659, entre otros).

En torno al tema tratado, coincido en que la declaración testifical de la víctima puede ser prueba suficiente para condenar, pero para ello es exigible una motivación fáctica que demuestre la ausencia de fisuras en la credibilidad de ese testimonio.

En ese marco de referencia, el tribunal de juicio sustentó su criterio exculpatario, en primer

lugar, en las observaciones que hizo la perita en Psicología Forense, Licenciada Valeria del Carmen Cid.

En tal contexto, luego de describir ampliamente las referencias de su apreciación profesional (que abarcó en la sentencia más de tres fojas de resumen), dicha experta concluyó en que *no es posible discriminar si este relato comprende la evocación de un relato o si se incluyen datos aportados con posterioridad, por eso no se descartan hipótesis alternativas* (fs. 15 vta.).

El pronunciamiento de grado se ocupó de explicar las razones por las cuales las partes acusadoras, en pos de rebatir esas contundentes explicaciones, efectuaron evocaciones parcializadas o tergiversadas de dicho contenido.

Incluso, la sentencia señaló las razones por las que se apartaba de las consideraciones de la perita de parte (de la querella), Licenciada en Psicología Patricia Padro, en cuanto sostenía la credibilidad del testimonio de "L.R.R." (fs. 16 y ss).

Ello fue, no sólo por estimar más convincente los dichos de la primera, por su contenido y por el nivel de experiencia adquirido como integrante del Gabinete Forense del Poder Judicial, sino también porque fue ella misma -la Lic. Cid- la única que tuvo contacto directo con la niña, llevando a cabo la entrevista diagnóstica y la Cámara Gesell.

Desde este plano, nada de arbitrario hay en que dicho tribunal de juicio justificara su criterio en ese punto conforme a la opinión vertida por la Lic. Cid,

en desmedro de otros estudios o conclusiones particulares.

Consecuencia de lo anterior, a falta de la validación del testimonio de la niña, es evidente que surgía como elemento primordial la información dimanante de su exploración médica, porque podía dar cuenta de la presencia de signos físicos compatibles con el hecho juzgado.

Sobre ello, la sentencia también se expidió de manera amplia y detallada (cfr. fs. 17/20), analizando lo que vieron diversos profesionales de la salud, ya sea durante el contacto con "L.R.R." o conforme a la información producida por la Médica Forense del Poder Judicial, Dra. Clara Robato.

En este punto, hago un breve paréntesis para aclarar, tal cual lo señalaron los magistrados del juicio, que fueron las partes acusadoras quienes solicitaron dejar sin efecto la declaración de esta última profesional, cuyo objetivo atendía a la incorporación del informe médico efectuado sobre la niña. Y no resulta claro -al menos para mí- por qué razón el señor Fiscal de Caso, Dr. Andrés Azar, a quien le cabía de manera directa la carga de la prueba en los hechos en que fundaba su acusación (conf. art. 69 inc. 2º del CPPN), aceptó desistir de tan valioso testimonio.

En efecto: comparto en este punto lo señalado en la audiencia por el Dr. Palmieri, que frente a los problemas visuales que padece a la fecha tal testigo, nada le impedía al Fiscal de Caso proponer que esa declaración se concretara por medios telemáticos desde su

domicilio y que, luego de su lectura en alta voz por algún colaborador suyo o del tribunal, dicha testigo se expida al respecto. Sobre esta alternativa, según dijo el defensor, ninguna oposición hubiere merecido de su parte. Tampoco dicho Ministerio Público tomó los recaudos necesarios, antes del debate, para sortear aquella problemática de salud.

Frente a esa notoria falencia, quedaron en pie únicamente las apreciaciones de la médica pediatra María C. Antonietti, la de la testigo experta de parte (de la querrela) Dra. Isabel T. Álvarez y la del testigo experto de parte (de la Defensa), Dr. Delfín Francisco Delgado.

Los jueces explicaron que la declaración del Dr. Delgado, que en lo sustancial asignaba a dicha lesión el carácter de "muesca congénita" y no un signo clínico de abuso sexual, les pareció una apreciación sólida y convincente, explicando detenidamente algunos errores que, de acuerdo a su opinión profesional, se produjeron durante la elaboración de los informes de la Dra. Antonietti, la Dra. Robato y la Dra. Álvarez. Su contenido esencial se describe en la sentencia en más de dos carillas (cfr. fs. 17 vta./19).

Esa información fue cohonestada a su vez con la declaración de la Dra. Gladys E. Lupin, quien atendía como pediatra a la niña cuando tenía 13 o 14 meses. Si bien no aportó detalles específicos en torno a esa exploración médica, señaló los problemas de relación entre los progenitores de "L.R.R." y que *"...la mamá tenía muchas dificultades para entregar la nena al padre,*

notaba esa tirantez para entregar a la nena, siempre había un diagnóstico para evitar esa entrega"...; dijo también: "L.R.R." *"...era una nena hermosa, con patologías comunes [...] la última vez que la vio tenía dos años y once meses, el padre fue a pedirle un certificado de buena salud, la nena estaba contenta; bien nunca sintió un abuso físico, hizo un certificado al padre en marzo y a los 10 días vino la madre con la nena y dijo que pensaba que había un abuso sexual de larga data y se negó a revisarla porque no quería que la manejaran; nunca vio un signo de abuso sexual en esa criatura..."* (la sentencia refuerza con negrita esto último y continúa dando detalles más específicos de esa declaración [fs. 19 vta./20]).

En ese contexto, era perfectamente válida la duda generada en los magistrados respecto de alguna sintomatología clínica asignable de forma incuestionable a un abuso sexual.

Para culminar este punto, los jueces acudieron igualmente al informe médico y a las consideraciones efectuadas por el profesional forense, Dr. Flavio D'Angelo, quien fue terminante en expresar que el imputado *"no reúne un perfil pedófilo"* y que *"no encontró ni uno de los indicadores que la ciencia suele señalar al respecto"* (fs. 20vta).

Desde este plano, no comparto que la duda expresada por los jueces para fundar la absolución del imputado Maximiliano Alberto Rojas Silva haya sido construida bajo pura subjetividad o por apreciaciones parciales de la prueba rendida en el juicio oral.

Corresponde indicar ahora, ya en torno a los argumentos del Tribunal de Impugnación, cuyo análisis concita este Control Extraordinario, que las críticas formuladas en aquella instancia recibieron una completa respuesta de los magistrados revisores (fs. 24/67). En ese extenso pronunciamiento, se resumen los agravios de las partes y se responden, una a una, todas las censuras sustanciadas en dicha instancia recursiva.

Es claro para mí, conforme al contenido los documentos impugnativos que constan a fs. 68/78 y 84/108, que todas las objeciones de los apelantes están construidas a partir de su personal apreciación de los elementos incorporados al juicio y el modo en que se excluyó el informe de la Dra. Clara Robato.

Sobre esto último, también se verifica de parte del Tribunal de Impugnación extensas referencias y respuestas, incluso bajo el tamiz de los pactos supranacionales que las partes invocaron a su favor.

Expresan los jueces a este respecto, ya a modo de conclusión, que *"...por mayor énfasis que desde la letra de los pactos y tratados se le pretenda atribuir a la perspectiva y al interés superior del niño, tal individualización no encuentra ninguna apoyatura en la suficiencia probatoria requerida, actividad que debe ser desarrollada por las partes para arribar a un estado de certeza y que fuera valorada armónicamente por el tribunal, surgiendo una palmaria disconformidad de los impugnantes [...] Es evidente que los acusadores no lograron acreditar a la luz del plexo probatorio examinado más allá de toda duda razonable que el señor*

Rojas fue responsable del hecho reprochado, en suma es riesgoso invocar omisiones, falta de aplicación de perspectiva de género y el interés superior del niño, cuando fueron los propios acusadores genuinos representantes del Estado y el mismo querellante particular los que concurrieron con su litigación a frustrar el ingreso de prueba determinante y que resultó ser entre otras, dirimente para la resolución del caso, desistiendo de la misma de modo inaudito..." (textual del fallo del TI, fs. 65/66, lo resaltado me pertenece).

La convincente respuesta del órgano revisor sobre estos ápices centrales, al menos en mi concepto, me exime de nuevas consideraciones que no harían sino repetir lo que ya ha desarrollado de manera precisa el Tribunal de Impugnación.

Me limito simplemente a señalar que la actuación del Ministerio Público Fiscal (y, consecuentemente, de la Defensoría de los Derechos del Niño y de la querella) sobre este punto resulta absolutamente llamativa e inconcebible. No se entiende cómo el titular de la acción pública aceptó que se excluya del proceso una prueba fundamental para procurar probar la culpabilidad del acusado. Máxime en un contexto probatorio de relativa fragilidad como el que caracteriza a este proceso. Cualquier funcionario con un mínimo de experiencia en juicios penales sabe que esta prueba médica era fundamental para acreditar la materialidad objetiva del hecho cuya condena se pretendía. El testimonio de la Dra. Robato era decisivo y los acusadores no podían desconocer esta circunstancia.

En definitiva, la solución dada por el Tribunal de Impugnación, a partir de las referencias centrales de la sentencia de grado, se funda en las constancias de la causa y en el análisis de la prueba que colocan al decisorio al reparo de la tacha aducida.

Lo mismo en lo que se refiere a la exclusión probatoria del informe médico de la Dra. Robato en tanto, como ya se indicó párrafos antes, se motivó en la conducta discrecional de los recurrentes.

Correlacionando este punto con la supuesta vulneración de derechos supranacionales que afirman los acusadores, la afectación de la garantía a la tutela judicial efectiva por la negación de prueba trascendente exige su constatación real. Ello, a fin de evitar que la sola invocación de afectaciones constitucionales encubra meras negligencias o errores de las partes litigantes. El comportamiento procesal, en este punto, es determinante conforme a una pacífica doctrina de nuestro Máximo Tribunal Nacional (CSJN, Fallos 321:221 y 2530, 325:2935, 329:5793 y 330:1927, entre otros).

Aquí, el informe médico que debía incorporarse a través de la Dra. Clara Robato, no resultó ingresado al juicio desde el mismo momento que las acusadoras desistieron de su declaración (cfr. audiencia de fecha 01/03/2021).

Todo ello, cancela la vía extraordinaria que estos últimos postulan. De tal suerte que ambos recursos deben rechazarse. Tal es mi voto.

El **Dr. Roberto Germán Busamia**, dijo: comparto los fundamentos y la solución desarrollada por la Señora

Vocal que sufragara en primer término en esta segunda cuestión.

Solo para realzar algunos aspectos de la tesis a la que adscribo, me permito algunas referencias adicionales.

Cuando se trata de declaraciones o testimonios de menores de edad, con un desarrollo aún inmaduro de su personalidad, la pericia psicológica se erige como una fuente de indiscutible valor.

Sin embargo, esos informes no pueden decir si tales contenidos se ajustan, o no, a la realidad de lo acontecido.

Contrariamente, es el tribunal de juicio el que debe valorar esa narración y razonar su credibilidad como fuente probatoria, contrastando las circunstancias manifestadas con todos los elementos rendidos durante el debate. De este modo, el informe pericial será un componente más que habrá de tenerse en cuenta para arribar a una u otra conclusión.

En definitiva, comparto con el tribunal a-quo que los estudios sobre esta materia arrojan conclusiones y criterios que no pueden ser despreciados; pero me alejo del alcance superlativo que le asignan a fs. 12, último párrafo.

Como lo destaca una sólida jurisprudencia en este punto, *"...El análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que sólo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto [...] los jueces, según el*

imperio de la ley, son los que, en último punto, deben valorar, con su personal criterio, la verosimilitud de las versiones que escuchan [...] sin delegar esta misión en manos de terceros..." (Tribunal Supremo Español, STS 179/2014); *"...por lo que se refiere a la 'veracidad' de las declaraciones prestadas, hemos de recordar que no corresponde a los psicólogos establecer tal cosa, que es competencia del Tribunal en su exclusiva función de juzgar y valorar las pruebas practicadas..."* (ídem, STS 238/2011); *"...El perito es un auxiliar del ejercicio de la función jurisdiccional, pero no es alguien cuyo criterio deba imponerse a quienes asumen la tarea decisoria..."* (ídem, STS, 487/2007).

Al ser ello de este modo, la primera tarea que le cabe al tribunal de juicio es reseñar de manera completa el relato de la niña, para luego contrastar su contenido con datos periféricos que lo sustenten o lo contradigan.

En la sentencia absolutoria dicha referencia está ausente, al omitirse el detalle completo de lo que "L.R.R." declaró en la Cámara Gesell. Contrario a ello, hay una sola frase, que ha sido recortada en aspectos sustanciales.

Si usualmente, en los delitos de abuso sexual, la declaración de la víctima es la única prueba directa y el propio tribunal de juicio la conceptúa como *"...la principal y más importante prueba en esta clase de injustos..."* (textual de fs. 12), considero que no debió haber quedado reseñada de una forma tan somera.

Por lo demás, aun cuando el informe pericial rendido por la Lic. Cid no pudo expedirse en términos asertivos y definitivos porque no pudo descartar plenamente cierta contaminación en el relato de "L.R.R.", en ningún momento ha referido que incurriera en fabulaciones, y de hecho sostuvo que la niña distingue entre la verdad y la mentira. Incluso, dicha profesional reconoce indicadores inespecíficos, propios de malestar y actitudes regresivas que fueron superadas cuando cesó el contacto con el imputado (fs. 13).

Ello, a su vez, quedó complementado con el testimonio de la profesional de parte (Lic. Padro), quien explicó, en lo sustancial de su relato, que los niños preescolares, en tanto se encuentran recién accediendo al lenguaje, pueden recordar situaciones traumáticas y la forma de verbalizarlas es a través de frases cortas, escuetas, en forma de guion; hay huellas mnémicas, percepciones y la única forma de traerlo al presente es en forma de relato, tal como ocurrió con "L.R.R.". Este modo de evocación es compatible con el que había referido la Lic. Cid, más allá de sus disímiles conclusiones ("*...la memoria funciona así, en primer lugar el niño debe percibir lo que pasa, luego ingresa información, sólo queda lo significativo, luego se almacena y después se recupera...*" [fs. 14 vta.]).

La Lic. Cid -se recuerda- afirmó que la frase de la niña "...eso no se toca..." resultarían verbalizaciones aportadas por un adulto, "...a no ser que le haya dolido..." (fs. 14 vta). Y esta referencia al dolor, necesariamente debía cohonestarse con la evidencia física que se

comprobó en la zona genital de la niña, cuyos detalles fueron transmitidos a los jueces del debate en diversas oportunidades.

No sólo esas referencias daban una pauta puntual de una lesión genital, sino también el testimonio de las pediatras Carola M. Antonietti e Isabel T. Álvarez, cuyas referencias sustanciales obran en la sentencia a fs. 17 y siguientes.

Si bien para esos mismos magistrados tales estudios resultaron opacados por referencias que dio el perito de parte de la defensa, no se han dado explicaciones por las cuales se realizó ese último aporte en desmedro de las restantes.

Desde esta perspectiva, advierto de modo coincidente con los acusadores, una notoria arbitrariedad en la sentencia absolutoria, en tanto prescindió de una visión conjunta de los elementos aportados al juicio, y de la necesaria correlación entre los peritajes, la prueba testifical y todos los elementos indiciarios obtenidos.

En otro orden de ideas, la sentencia confirmatoria incurre en igual déficit argumentativo, en tanto la respuesta a las críticas que fueron llevadas a su consideración se sostiene en extensas referencias literales del tribunal de grado, explicando la supuesta lógica que anida en cada conclusión probatoria, pero sin una mirada integral o de conjunto que necesariamente conllevaba el caso, lo que implica una fundamentación aparente con relación a la *litis* (fs. 43 y ss).

Con estas breves apreciaciones adicionales, como ya dije, adscribo plenamente al análisis del voto de apertura. Mi voto.

A la **tercera cuestión**, la **Dra. María Soledad Gennari** dijo: el decisorio del TI, conforme a las consideraciones vertidas previamente por el voto de mayoría, no reúne los requisitos para que sea homologada en esta sede y por tanto debe ser anulada (art. 98 CPPN).

Si bien la consecuencia natural de ello produce el reenvío previsto en el art. 247 del CPPN (para que el órgano de alzada, con otra integración, dicte un nuevo fallo), se han puesto en evidencia falencias graves de la sentencia absolutoria que nunca podrían sanearse durante el procedimiento impugnativo, tornando inútil la reedición de la fase revisora (art. 98, 2º párrafo CPPN).

En ese contexto, deviene aplicable la competencia positiva que autoriza el art. 246 *in fine* del CPPN en los términos requeridos por la Fiscalía y por la DDNyA (fs. 78, punto 3º de su petitio) y por ende, anular la sentencia del tribunal de juicio que corre agregada a fs. 1/21, junto con la totalidad del debate que la precedió.

En vista de ello, propongo al Acuerdo el reenvío de las actuaciones a origen para que, con jueces distintos y previa audiencia de debate, se dicte un nuevo fallo (arts. 98, 246, 247 1º párrafo y cctes. del CPPN).

El **Dr. Alfredo Elosú Larumbe** dijo: atendiendo al modo en que se resolvió la cuestión precedente, conforme a los votos que hicieron mayoría y dejando a

salvo mi criterio en contrario, adhiero a la solución propuesta. Así voto.

El **Dr. Roberto Germán Busamia** dijo: comparto la solución expuesta por la Dra. Gennari a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la **cuarta cuestión**, la **Dra. María Soledad Gennari** dijo: sin costas en la instancia (art. 268, segundo párrafo, del CPPN).

El **Dr. Alfredo Elosú Larumbe** dijo: adhiero al temperamento aplicado por la señora Vocal preopinante a esta cuarta y última cuestión. Mi voto.

El **Dr. Roberto Germán Busamia** dijo: en virtud de la naturaleza de la cuestión debatida y el resultado alcanzado, adhiero a la solución propuesta sobre las costas. Es mi voto.

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

I.- DECLARAR FORMALMENTE ADMISIBLE, por unanimidad, la impugnación extraordinaria deducida a fs. 68/78, en forma conjunta por el Ministerio Público Fiscal y por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, a través del Sr. Fiscal Jefe Dr. Rómulo Patti y la Sra. Defensora Dra. Mónica Palomba (arts. 227 y 248 inc. 2 del CPPN).

II.- DECLARAR FORMALMENTE ADMISIBLE, por unanimidad, la impugnación extraordinaria articulada por el apoderado de la parte querellante, Dr. Javier Pino Muñoz (arts. 227 y 248 inc. 2 del CPPN).

III.- HACER LUGAR, por mayoría, A SENDOS REMEDIOS IMPUGNATIVOS y en su mérito ANULAR, con los

alcances ya mencionados la sentencia n° 31 del Tribunal de Impugnación de fecha 29 de junio del corriente año (glosada fs. 24/67 vta.), cuyos efectos se extienden a la audiencia que le precedió, de fecha 14 de junio; como así también a la sentencia dictada por el tribunal de juicio de fecha 12 de marzo (agregada a fs. 1/21) y al debate que le antecedió (arts. 98, 246, 2do párrafo y 247 del CPPN). **DISPONIENDO EL REENVÍO del legajo para que, con magistrados distintos a los que intervinieron, se realice un nuevo juicio con relación al imputado MAXIMILIANO ALBERTO ROJAS SILVA.**

IV.- EXIMIR de costas en la instancia a las partes recurrentes (art. 268, segundo párrafo, última parte del CPPN).

V.- REGÍSTRESE, notifíquese, y, oportunamente, remítase para que se dé cumplimiento a lo aquí dispuesto.

Con lo que finalizó el acto, firmando quienes integran la Sala Penal, junto con el Señor Presidente del Cuerpo, previa lectura y ratificación ante el Actuario, que certifica.

ROBERTO GERMAN BUSAMIA
Presidente

MARÍA SOLEDAD GENNARI
Vocal

ALFREDO ELOSÚ LARUMBE
Vocal
(en disidencia)

Andrés C. TRIEMSTRA
Secretario