PROVINCIA DEL CHUBUT
PODER JUDICIAL

AUTOS: "P., M. F. s/ Abuso sexual reiterado -dos hechos- en concurso real" (expte. 21.027-22-2007).

En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 19 días del mes de Junio del año dos mil ocho, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia - Presidido por Jorge Pfleger; integrado con los señores Ministros Alejandro Javier Panizzi y Juan Pedro Cortelezzi, para dictar sentencia en autos **"P., M. F. s/ Abuso Sexual reiterado –dos hechos- en concurso real"** (expediente 21.027-P--2007).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 218: Cortelezzi, Pfleger y Panizzi.

El Juez **Juan Pedro Cortelezzi** dijo:

Contra la sentencia que condena a F. M. P. la defensa interpone en tiempo recurso de casación para ante este Superior Tribunal de Justicia.

La Cámara en lo Criminal de Comodoro Rivadavia mediante sentencia del día cinco de marzo de dos mil siete, condenó a F. M. P. a la pena de un año de prisión en suspenso, y costas, en orden a los delitos de abuso sexual de una menor de 13 años, reiterado –dos hechos-, ocurridos en esa ciudad el día 17 de diciembre de 2004 en perjuicio de C. A.

Que los hechos ventilados en el juicio oral y público se describieron en la sentencia de la siguiente manera: *´... por el hecho ocurrido el día 17 de diciembre de 2004, en horas de la noche, en el interior del domicilio sito en calle*

*Sargento Cabral n° **** del B° 9 de Julio de esta ciudad, el encartado M. F. P. tocó la vagina de la menor C. A. de siete años de edad al momento del hecho, quien es hija de la hermana de su concubina. Asimismo, P. tocó en otras oportunidades a dicha niña en su vagina durante la noche en el domicilio antes mencionado, en fecha indeterminada pero con anterioridad al 17 de diciembre de 2004* –del requerimiento de elevación a juicio del Ministerio Público Fiscal obrante a fs. 87/90 vta.-

A fs. 178/84 se encuentra agregado el recurso interpuesto por el Defensor Público Eduardo Marcelo Cerda, quien denuncia arbitraria valoración de la prueba.

Sostiene que el a-quo alcanzó la certeza de la producción del hecho únicamente con los dichos de la menor, y que en definitiva lo que corrobora su versión son las expresiones que la menor transmitió a su madre y a la psicóloga forense.

Planteado el motivo del agravio, corresponde ahora sí ingresar al tratamiento del mismo.

El juez que lidera el acuerdo comienza su análisis recordando que en casos como estos, denominados *delitos de alcoba*, resulta muy difícil obtener pruebas a partir de rastros físicos en la víctima o de testigos presenciales, remitiéndose a conceptos ya vertidos sobre este tipo de delitos.

Sin embargo, continúa diciendo, ello no

justifica que la condena se base únicamente en la versión de la víctima, lo cual implicaría una clara violación al método de valoración de la prueba establecido legalmente.

Partiendo de este supuesto y circunscribiéndose al caso de autos, sostiene que además de la versión de la niña no se cuenta con ningún otro indicio que corrobore sus dichos.

Le quita mérito al informe psicológico, ya que se limita a sostener que la niña no fabula, y critica la labor profesional por no haberse indagado en profundidad sobre la situación y poder confirmarse otros indicios de abuso.

Igual posición adopta respecto de la tarea del fiscal y del juez de la etapa instructoria, adjudicándoles haber omitido profundizar el análisis provisorio efectuado por la Licenciada Antal.

Luego analiza la prueba arrimada al debate, mencionando la declaración de la madre de la víctima – V. N.-; la inspección ocular y croquis practicados durante la instrucción y los dichos de la docente L. B., y asevera que el cuadro reseñado no es suficiente para atribuir responsabilidad penal al imputado, y que la ausencia de una hipótesis exculpatoria no modifica la conclusión desvinculatoria a la que arribara.

El juez del segundo voto, utilizando los mismos elementos probatorios, acoge la propuesta

de la representante del Ministerio Público Fiscal.

A diferencia del juez Montenovo, considera que los dichos de C. - los cuales calificó como espontáneos y sinceros-, el testimonio de la docente - que da cuenta del rendimiento escolar luego de las vacaciones de invierno-, el acta de inspección ocular y croquis - que muestran acabadamente los términos claros y precisos de las circunstancias de modo, tiempo y lugar-, acreditan la materialidad de los hechos bajo juzgamiento y la participación del imputado en los mismos.

Finalmente, quien dirime la cuestión, el juez Pintos, adhirió a la propuesta del segundo voto, sosteniendo que en la oportunidad de declarar la niña *se ha mostrado sumamente inteligente y locuaz; además clara en su descripción del hecho, con buena memoria de lo ocurrido, sin incurrir en ninguna exageración ni deformación, que pueda hacer sospechar sobre la falta de veracidad o sinceridad* –del voto del juez Pintos v.fs.164 vta.-.

Como en otras oportunidades lo he sostenido, el tema bajo análisis presenta inconvenientes, ya que la intimidad en la que se desarrollan, en general, este tipo de acciones, dificultan la determinación de la existencia del hecho y la correspondiente responsabilidad de la persona imputada.

Por este motivo el análisis de las pruebas en estos delitos se circunscribe, fundamentalmente, en los dichos de la víctima y victimario, y encontrar, a partir de allí, su correlación con los demás elementos colectados en la causa.

Este caso específico, no se diferencia de otros anteriores, motivo por el cual la prudencia debe primar, más allá de la clara connotación moral que puedan acarrear estos hechos, haciendo hincapié, para la valoración de la prueba, a las reglas de la sana crítica racional.

Sentado ello, y analizada la sentencia, he de adelantar mi opinión favorable al recurrente, pues considero que la decisión atacada presenta deficiencias en su fundamentación que habrán de provocar su descalificación como acto jurisdiccional válido.

En efecto, como bien sostiene la defensa, el fallo condenatorio se apoya únicamente en el testimonio de la menor víctima, y más allá de la valoración que los jueces hicieran del relato -que aquí no se niega-, lo cierto es que el mismo ha quedado huérfano en medio de un proceso colmado de falencias que indefectiblemente nos conduce a la absolución del imputado.

La investigación por demás ha sido ligera, conformándose en esta etapa con la denuncia de la madre, la declaración a la docente y el escueto informe psicológico de fs. 9/10. Llama la

atención la ausencia de testimonios de personas que pudieran declarar respecto de la vida de la niña, la carencia de informes médicos, que permitan dar una idea más acabada de los rastros que pudieran haber dejado en la niña los abusos denunciados, entre otras medidas más que no viene al caso indicarlas.

Lo cierto es que los errores, o en el caso, las omisiones, cometidos en la etapa instructoria, con un diagnóstico psicológico que no intento el más mínimo abordaje de la situación denunciada, se ven reflejadas en la etapa del juicio, provocando una carencia absoluta de indicios que permitan acreditar fehacientemente el relato de la víctima.

Que la declaración de la niña en Cámara Gesel y el testimonio de la madre y la docente, que describen su comportamiento, o, en el caso de la madre, lo relatado por ella misma, no son suficientes para generar certeza respecto de la existencia y autoría de los episodios denunciados, primando, ante esta solitaria versión, el estado de inocencia previsto en el artículo 1° del C.P.P. por aplicación de la regla contenida en el art. 4° del mismo ordenamiento legal.

Siendo ello así, corresponde ejercer la casación positiva y, por tanto, casar la sentencia y absolver al imputado por el delito de abuso sexual de una menor de 13 años, reiterado –

dos hechos-.

Asimismo, deberá regularse los honorarios de la defensa pública en la suma de pesos ochocientos setenta y cinco.-

Así voto.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I. Luego de la prolija enunciación realizada en el primer voto, a cuyos términos me remitiré, iniciaré el trabajo que me toca sin enunciar los antecedentes que motivan la inspección casatoria.

Es así como pasaré a desarrollar, con un breve prólogo, la convicción que me he formado acerca de la impugnación.

II. En primer lugar, adelantaré mi coincidencia con el criterio sustentado por el colega preopinante por considerar que este es portador de la solución atinada respecto del problema que trajo el defensor público.

Solamente he de reiterar, como es de estilo, que el examen que se hará de la sentencia será amplio conforme la tesis de la revisión amplia o de máximo esfuerzo de revisión (ver CSJ en autos "Casal"y "Martínez Areco" entre otros), aún cuando detendré la mirada, particularmente, en el paisaje de los agravios.

En segundo término, sometidas a examen cuestiones que envuelven la apreciación de la prueba y la manera de formular el discurso de justificación de una condena, me remitiré a lo que profusamente he tratado en causas en que se

plantean similares problemas en los que orbita los tópicos de la verdad, la certeza y la sana crítica, y, por añadidura, la arbitrariedad por ausencia de motivación.

Esta remisión implica ratificar cada uno de aquellos conceptos y dejar sentada la idea que la tarea del Juez implica la reconstrucción histórica de un hecho y que sólo puede materializar mediante el ejercicio de la razón crítica, apreciando el todo que las partes le presentan con agudeza, con método, con honestidad intelectual.

Solo así se estará "en lo cierto", en la creencia, mas allá de toda duda de poseer la verdad que es aquello "...que la razón reconoce exactamente...un juicio abstracto con razón suficiente...".

Por eso es correcto el proceder de los sentenciantes si, en la decisión, han predicado certeza luego de un proceso de evaluación de la evidencia realizado con apego a las reglas de la sana crítica, fundando debidamente el relato que traduce la opinión.

III. Desde el principio, otra vez, señalo mi coincidencia en lo que atañe a la absolución propiciada.

Explico esta afirmación.

Aún partiendo de la premisa de que en el juicio rige el principio de la amplitud probatoria pues, abandonada la tarifa que

condicionaba su determinación, el Juez puede echar mano de toda evidencia legalmente incorporada para edificar la convicción que proclama, es menester que –para evitar la arbitrariedad- se den razones que abonen cada uno de los presupuestos del hecho que declara (tomado esto en sentido amplio: materialidad y autoría).

Y aún cuando la certeza, en los términos ya definidos, pueda lograrse "mínima actividad probatoria" mediante, cierto es que la prueba a través de la cuál se arribe a ese estado deberá ser lo suficientemente consistente como para derribar la presunción de inocencia, deber ineludible del poder público.

En el caso, tal como lo refiriera el primer sufragante, no solo nos encontramos con una versión solitaria, sino que, a la par, se trata de un relato feble al no apuntalarse con otros datos, salvo indicaciones anfibológicas que ya trataremos.

En efecto, y para iniciar, la menor que sirvió de abono a la fijación que justificó la condena reviste una doble condición: a) es víctima y b) y posee corta edad.

Esta realidad imponía a los directores de la investigación un especial esfuerzo procesal dirigido a obtener otros elementos que, aunque más no sea en forma indicativa, sirvieran a los fines señalados arriba.

Existe una variada gama de actividad a la que pudieron acudir con ese propósito.

Desde la interrogación de personas cercanas a la menor aún fuera del entorno familiar, hasta el buceo- profesionales mediante- en los indicadores de abuso sexual cuyos protocolos están perfectamente establecidos tanto en doctrina cuanto en jurisprudencia.

A guisa de ejemplo me permito señalar la importancia una pericia concreta luego de un tiempo de comenzada la investigación, para determinar con métodos científicos si acaso existían secuelas en la psiquis de la damnificada, como lo indicara la Licenciada Antal de Davies en su informe de fojas 9/10 cuando afirmó expresamente: "...*Debe tenerse en cuenta que además de determinados signos que pueden generarse en forma inmediata, se debe estar atento a los efectos iniciales (los que pueden aparecer hasta dos años después de un agresión de tipo sexual, generalmente en forma de síntomas aislados) y los efectos a largo plazo...*".

Sin evidencia física ostensible que denotara el abuso, estos modos expertos se imponían y su ausencia, atribuible a una defectuosa preparación del caso, no ha podido ser suplida por los esfuerzos intelectuales de los Jueces que hicieran mayoría.

Al respecto, indico que sólo se consideró en la sentencia, como sostén de las expresiones

de la niña, la versión de la madre, el testimonio de L. B., docente de la menor, y los informes de las psicólogas que intervinieron en la causa.

Repasaré cada uno.

V. V. N., madre de la víctima, brindó una versión de los hechos que coincidió en parte con los dichos de su hija, y los apuntaló relacionándolos con el contexto espacial, en particular la utilización de un mismo baño para todos los ocupantes de la casa y con la presencia del imputado en el solar, de quien dijo que pasaba por delante del dormitorio cada vez que tenía que ir al baño.

Pero en el final del procedimiento su versión se vió enrarecida por la denuncia de otros hechos más graves, también en perjuicio de C., pero que no fueron corroborados por ella en oportunidad de realizarse la pericia ordenada por la Cámara en la instrucción suplementaria.

Es así que la testigo N. declaró, en la audiencia de debate, que su hija le había dicho que el imputado la molestaba todas las noches y que le había pedido que no la dejara sola, ya que la deponente trabajaba en un pub de aquella Ciudad en horario nocturno. Esta mujer agregó que fue recién en octubre del año 2006 cuando C. se explayó sobre los tocamientos en el pene del acusado, en que éste le hacía pasar el miembro por la cara, además de amenazarla.

Mas estos tocamientos, que dijo conocer por

dichos de la víctima en el mes de Octubre, fueron negados por C. en oportunidad de ser entrevistada por la Perito Oficial Licenciada A. M. A. de D. conjuntamente con la Perito de parte Licenciada P. L. A. (informe de fojas 135) por orden de la "a-quo en el curso instrucción suplementaria.

Esta contradicción entre los dichos de la testigo, madre de la víctima y ésta, conspira en contra de la credibilidad de la versión de V. N. y, por extensión, ensombrece sus afirmaciones acriminantes al punto de parecer interesadas en el resultado de la investigación en perjuicio del acusado, lo que la transforma en un elemento inseguro para abonar un juicio de certeza.

Por otra parte la testigo L. B. quien fuera maestra de primer grado de la menor C. A., afirmó en la audiencia que la pequeña era una niña tranquila, callada, que sobresalía en el grupo por su calidez, muy buena alumna, muy audaz, y que se exigía mucho más. Recordó que tuvo una época en que la vió muy distraída, que bajó un poco el nivel lo que le llamó la atención, y ese cambio se produjo después de las vacaciones de invierno y motivó que la llamaran a la madre porque la veían muy preocupada. Manifestó, asimismo, que le atribuyó el cambio de conducta a que posiblemente extrañara a su padre (que se había marchado) y a que la mamá trabajaba. Dijo que no hubo dibujos que reflejaran nada en particular, ni que la hicieran suponer el motivo

del cambio tan abrupto; que no era fabuladora, por el contrario era muy madura e independiente.

Este testimonio de quien convivía a diario con C. no aportó ningún elemento de cargo importante, ya que el cambio de conducta que la mostró mas callada y triste, podría haberse originado, como lo supuso la testigo, en la partida de su padre y la consiguiente separación.

A estas defecciones puede sumarse la ausencia de otros indicadores específicos que generalmente ponen en evidencia niños abusados como lo son: ataques de llanto, dibujos con elementos eróticos, aislamiento, y mal comportamiento en la clase, por señalar lo que resulta frecuente en otros casos.

Por ello, al existir una explicación posible al cambio de conducta indicado, debe considerarse al aporte de la maestra como anfibológico por equívoco e inocuo para fundamentar la convicción exigida, no poniendo en juego su sinceridad sino su valor.

Así, entonces, quedan en pie- solamente- los dichos de la menor víctima, los que, a tenor de los informes de las psicólogas referidas "supra", serían francos.

Sobre el punto cabe citar, en primer lugar, el informe realizado por la Licenciada A. M. A. de D. (fojas 9/10), en el que, refiriéndose a C. A. y L. N. expresó textualmente: "...*actualmente*

no se registra exacerbación de las reacciones emocionales –miedo, cambios bruscos en su estado de ánimo- como así tampoco tendencia al aislamiento o déficit de contacto. No se han puesto de manifiesto conductas agresivas o comportamiento sexualmente sobre adaptado. No obstante ello, informo a Ud. que durante todas las entrevistas realizadas, no se han registrado indicadores de fabulación tanto en lo expresado por C. como por L. Las niñas responden sin tardanza a la información requerida sobre determinados detalles, sin un discurso mecanizado, recreándose mentalmente el contexto físico y personal en el que se desarrollaban los hechos relatados incluyen detalles, reacciones emocionales y sentimientos...”

En segundo termino está el informe encomendado por el Tribunal de Mérito a la Licenciada A. M. A. D., que se realizó conjuntamente con la Psicóloga Infantil, Licenciada P. L. A., en el que ambas profesionales expresaron: *“...Profundizados los hechos tratados en la presente causa. C. no realiza ningún relato como el indicado por sus padres, expresando que “nunca vió M. desnudo” relatando que “cuando él decía que pasaba al baño le tocaba el chocho (designación dada a la vagina), y le hacía doler. Ante ello se le solicitó a la niña que indicara como o con que le hacía doler, expresando que “con la mano...”*

A esta altura del examen cabe preguntarse si con estos elementos que en algún punto se desdibujan, se puede cimentar la certeza que justifique y legitime el derecho del Estado a hacer penar a un individuo.

Respondo a la pregunta de modo negativo.

Parto de considerar, en este aspecto, la naturaleza del delito endilgado que, como todos aquellos que afectan la libertad sexual, se denominan "de alcoba" y exigen una técnica de encuesta especial pues, como acertadamente lo reconoce el Juez Cortelezzi, obligan, en la mayoría de los casos, a dirimir la controversia con pocos elementos, más allá de la versión de la víctima y del victimario; tanto y peor cuando, como ya dije, se sospechan cometidos contra una menor de seis años de edad, por parte de su tío al amparo de la intimidad que existe en el dormitorio de la víctima y aprovechando la ausencia de la madre.

La falencia en la preparación del juicio, que ya habíamos anunciado, es ostensible; de manera que no cumple con esos estándares mínimos que, aunque aún restringidos, hacen posible estructurar un aserto con el grado convictivo que la instancia requiere.

Repito una y otra vez que el proceso de adquisición de la verdad se va construyendo mediante la confrontación de hipótesis, y que uno cree estar en posesión de ella – la certeza-

cuando en ese juego existe una que prevalece, positiva o negativamente. La duda implica paridad; tablas, como en el ajedrez.

En las conjeturas que pueden barajarse siempre hay alguna posibilidad de plantearse anfibologías; una alternativa. De modo que será relevante aquella en que la ambigüedad o la alternativa no exista o sea menos consistente.

Camila pudo o no ser tocada en sus partes pudendas por el causante con propósitos de satisfacer su libido. Si así fue no hubo tarea que lo demostrara. Si no fue de esa manera, se condenaría a un inocente con arbitrariedad.

IV. Por lo expuesto, coincidiendo con el Juez del primer voto, estimo que se impone la solución prevista en el artículo 4 del Código Procesal Penal, razón por la cual voy a postular la casación de la sentencia venida a control y la absolución del acusado, sin costas.

V. Finalmente, encuentro adecuados los honorarios profesionales fijados por el Juez Cortelezzi a la Defensa Pública.

Así me expido y voto.

El Juez **Alejandro J. Panizzi** dijo:

Con los sufragios coincidentes de los doctores Juan Pedro Cortelezzi y Jorge Pfleger, existe mayoría de votos para conformar la voluntad del Superior Tribunal; de modo que haré uso de la facultad que prevé el C.P.P., art. 357 -texto según ley 4550, art. 7.-

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente ---------- ---------- **S E N T E N C I A** ----------

1°) **Declarar** que el recurso de fs. 178/4 es procedente.-

2°) **Casar** la sentencia de fs. 148/76 (C.P.P., artículo 428), y **absolver** sin costas (C.P.P., artículo 486) a F. M. P. del delito de abuso sexual de menor de trece años, reiterado –dos hechos- que se le atribuía por el hecho ocurrido el día 17 de diciembre de 2004, en perjuicio de C. A.-

3°) **Regular** los honorarios de la Defensa Pública en la suma de ochocientos setenta y cinco pesos ($875), no incluye I.V.A. (Ley 2200, art. 14 y 4920,art. 59)

4°) Protocolícese y notifíquese.-

Fdo: Pfleger, Panizzi, Cortelezzi.-