En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los catorce días del mes de junio del año dos mil doce, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, integrada por los doctores Mónica Rodríguez, Omar Florencio Minatta y Leonardo Marcelo Pitcovsky, con la presidencia de la nombrada en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"B., H. s/ denuncia" (Carpeta 2.598 OJ Tw – Legajo 20.658 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por los Dres. P. R. A. y D. M. Z. contra la sentencia dictada en fecha 29/02/12.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 31/05/12 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado J. A. R. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), e intervinieron los Dres. A. y M. Z. como sus defensores, y la Dra. María Tolomei en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Mónica Rodríguez, Omar Florencio Minatta y Leonardo Marcelo Pitcovsky.

La jueza Mónica Rodríguez dijo:

1. Como proemio de mi voto, efectuaré una síntesis de los antecedentes del caso, y de los agravios que sustentan la impugnación ordinaria traída a conocimiento y decisión de esta Cámara en lo Penal.

Mediante sentencia dictada en fecha 29/02/12, el juez penal Dr. Darío Arguiano condenó al acusado J. A. R. a la pena de tres años de prisión en suspenso, por considerarlo autor material y responsable del delito de abuso sexual simple acaecido sobre un menor de trece años de edad, agravado por la situación de convivencia y en la modalidad de delito continuado (arts. 119 primero y último párrafo, inc. f, 54 y 55 *contrario sensu* CP), en virtud de los hechos acaecidos en las ciudades de Trelew y Rawson en fecha indeterminada -pero dentro del

lapso temporal de los años 2007 y 2009- en perjuicio de la menor de edad P.A.B..

Contra dicha sentencia, los abogados defensores del acusado dedujeron impugnación ordinaria, sosteniendo como agravio central que el tribunal de mérito había incurrido en una valoración probatoria sesgada y parcial.

A tal fin, en el escrito de impugnación -cuyos fundamentos fueron ratificados y ampliados en audiencia- los abogados señalaron en primer lugar el conjunto de circunstancias que no se encontraban discutidas. Sostuvieron que el acusado mantuvo una relación sentimental con la Sra. E. M., con quien comenzó a convivir –primero en Trelew, luego en Rawson- a partir del año 2005. Si bien ambos tenían hijos (en el caso de M. de diferentes padres, con quienes además mantenían un vínculo problemático), la relación de pareja no presentó mayores inconvenientes, a excepción de una circunstancia en concreto.

En efecto, en el año 2007 una hija de la pareja del imputado –P., por entonces de 9 años de edad- refirió un presunto hecho de abuso, que motivó que R. se fuera de la vivienda. Sin embargo, la posterior desmentida de la niña restableció la relación de la pareja, al punto tal que la niña requería llamarlo “papá”.

Años después, dijeron los abogados, P. comenzó una relación con un joven de su edad (B.), que provocó que en agosto del año 2009 su madre le propinara una golpiza, porque se había escapado para encontrarse con él. Refirieron que las hermanas de P. habían sido madres a los 14 y 15 años, que R. trataba de evitar que a la niña le ocurriera lo mismo, y que ello generaba peleas entre madre e hija. Inmediatamente después de este suceso, P. habría expuesto a su padre –Sr. B.- los hechos que provocaron la posterior denuncia, investigación, debate y condena contra el acusado.

A continuación, los letrados fundaron sus críticas concretas al fallo atacado. Sostuvieron, valiéndose de diversas citas para ello, que existe un altísimo índice

de denuncias falsas de este tipo de delitos motivadas en conflictos intrafamiliares (divorcios, litigios sobre régimen de custodia o de visitas de los hijos, etc), y que esta circunstancia exige rigurosidad en el examen de la prueba de cargo, a fin de evitar un grave perjuicio al acusado.

En esta inteligencia, la defensa indicó que el propio juez reconoció en su sentencia la dificultad probatoria que encierran estos delitos, porque no se cuenta con medios diferentes a los rastros físicos o psíquicos que el suceso deja en las víctimas. También admitió que la psicóloga forense sólo fue convocada por la parte acusadora para realizar un psicodiagnóstico de la víctima, pero que no se le encomendó que además efectuara un *test* sobre la credibilidad de su declaración, pese a que ello tal vez hubiera resultado útil. Si bien el psicodiagnóstico indicaba las características de la conducta de la víctima (inhibida, sobreadaptada, culposa, con baja autoestima), no permitía acreditar el hecho que se le imputa a R.

En este sentido, afirmaron los letrados, la realización del *test* era fundamental para verificar si la conducta imputada realmente había ocurrido, atento a que sólo la declaración de la víctima se refirió al hecho concreto atribuido a R. Para fundar la condena, sin embargo, el juez sólo se valió del citado informe psicodiagnóstico, y de la impresión personal que le causó la declaración de la niña, sin que exista otro elemento de cargo que acreditara los hechos.

Criticaron, asimismo, que el juez haya considerado que la retractación de su primera denuncia era indicativa de la fragilidad de la niña, mas no de su mendacidad. El magistrado además entendió que la segunda denuncia de la víctima se produjo en procura de una protección que antes no recibiera de su madre, pero esa conclusión -afirmaron- sólo se basó en una mera

especulación del tribunal, que además se contradice con la versión de la propia niña, quien dijo haber mentido porque su madre se había puesto mal y había echado al acusado de la vivienda que ocupaban. Y con idéntico razonamiento, el juez también consideró que de no ser ciertos los dichos de la niña (*"me mandé una macana... nunca pensé que iba a lastimar tanto a mi mamá y a mi familia..."*), no habría iniciado el camino de una nueva diáspora familiar.

Sin embargo, los defensores señalaron que había quedado acreditado que la víctima -una niña de apenas doce años de edad- había mentido en varias ocasiones, ya fuere para encontrarse clandestinamente con su novio B., o bien como mínimo (si su primera denuncia había sido verdadera, tal como sostuvo el juez de mérito) al momento de su retractación. Se trata de una conducta proclive a la mendacidad, y que si bien no puede ser calificada como pertinaz, le ha resultado difícil de superar.

Finalmente, con relación al posible móvil de la denuncia, los abogados cuestionaron que el juez haya considerado irrelevante el conflicto de intereses existente entre los padres de la niña –y reconocido por éstos-, y que a la par desestimara que la víctima hubiera buscado perjudicar a R., argumentando para ello que el acusado no habría objetado la relación que P. tenía con su novio, y que ella misma le pedía que la tratara como una hija. No se entiende, afirmaron los letrados, cómo una presunta víctima de abuso requería de su supuesto victimario que le permitiera llamarlo "papá".

Como corolario de su presentación, y mediante citas de doctrina y jurisprudencia que consideraron aplicables a su análisis, los defensores sintetizaron sus críticas al tribunal de mérito. En suma, afirmaron que el juez asumió la declaración de la víctima como una verdad de fe absoluta, pese a que P. había mentido en diversas ocasiones sobre temas de naturaleza compleja; que sobrevaloró el alcance del psicodiagnóstico, cuando este

procedimiento no resulta decisivo sobre la existencia del hecho ilícito imputado, ni determina una secuela psíquica como consecuencia del mismo; que relativizó -ante la inexistencia de rastros físicos o psíquicos- la omisión de la parte acusadora de establecer la credibilidad de la niña; y que se valió de suposiciones que se apartaron de una valoración imparcial y razonada de la prueba.

Al momento de responder los agravios durante la audiencia de impugnación, la representante del Ministerio Público explicó que la declaración de la niña en cámara Gesell había tenido gran relevancia para el juzgador, pero que dicha declaración a su vez se vio ratificada mediante los restantes elementos que se produjeron en el debate (por ejemplo, las declaraciones de los testigos M., B. y V.). En líneas generales, dijo, la sentencia atacada constituía una derivación razonada de los hechos del caso de acuerdo a las reglas de la sana crítica, tenía fundamentación lógica y legal, y cumplía con todos los requisitos para su validez.

El juez mencionó, afirmó la fiscal, que el aludido *test* de credibilidad (CBCA-SVA) tal vez hubiera sido útil, pero no indispensable. En efecto, tal como explicó la Lic. F. en el debate, estos *tests* pueden ser indicadores sobre la credibilidad de un relato pero no sobre su veracidad, y además -como todo testimonio o relato- debe ser puesto en relación con los restantes elementos de prueba.

De hecho, la Lic. F. tuvo en cuenta estos indicadores de credibilidad en las evaluaciones que llevó a cabo sobre la niña. La experta explicó que no podía afirmar que fuera “verdad” lo que la niña decía, pero sí que la estructura de su personalidad, las secuelas, y la mirada de la niña sobre la relación con su madre, eran acordes con lo que ella dijo que había ocurrido.

Según la fiscal, el tribunal de mérito también explicó el significado de la retractación de la víctima sobre el primer hecho del año 2007. Indicó que en muy poco tiempo se generó un conflicto familiar, y que ello corroboraba lo sucedido en lugar de ser un indicio de mendacidad. En tal sentido, además, la psicóloga forense había explicado que luego del develamiento suele seguir la retractación.

Y con relación a las supuestas mentiras de la niña, el juez tuvo en cuenta su personalidad -frágil, dependiente-, en el entendimiento de que ello era habitual en hechos de abuso. Y la buena relación que mantenía con R., a quien incluso quería ver como una figura paterna, demostraba que no había motivos en su contra más que la verdad de lo ocurrido.

La Lic. F., dijo la acusadora pública, también se refirió a las circunstancias que suelen ocurrir en casos de abuso infantil (una primera retractación; que la denuncia ocurra cuando el niño empieza a crecer y la situación de abuso le empiece a molestar; que el abuso avance y el niño ya no lo pueda tolerar; y que el niño reaccione porque el adulto ya no le brinda lo que le venía dando a cambio de la situación abusiva), y mencionó que todas ellas se verificaron en esta causa.

De modo paralelo, la experta también analizó los factores a tener en cuenta para evaluar la posible falsedad de una denuncia (personalidad fabuladora; confusión de la realidad con la fantasía; y desarrollo en el relato del niño que tenga que ver con un tercero, como ocurre en los divorcios controvertidos), y afirmó que fueron expresamente descartados en el caso.

Más aún, dijo la fiscal, la psicóloga advirtió secuelas en la niña (angustia y ansiedad) compatibles con los episodios de abuso, así como la ausencia de características psicopáticas que permitieran presumir una posible extorsión contra el acusado. La nena tampoco estaba complotada contra su mamá por razones de odio o venganza; por el contrario, en una actitud protectora

hacia su progenitora, creía que le había fallado al denunciar el hecho, y que ella sufría por ello.

La Dra. Tolomei también citó los dichos de la testigo M., quien explicó que había creado un falso perfil de Facebook para contactarse con la niña. Y con relación a la frase que la víctima había publicado en el muro (*“me mandé una macana... nunca pensé que iba a lastimar tanto a mi mamá y a mi familia...”*), la fiscal expresó que ello corroboraba la culpa que sentía por la denuncia, pero no porque fuera falsa sino porque era cierta.

Para la fiscal, el incidente –a su criterio, no probado- entre la niña y su madre por la escapada con el novio, había sido irrelevante. B. no existía en el primer episodio denunciado en el año 2007, ni había modo de vincular esa relación o la supuesta pelea con la madre, con la denuncia contra R. El juez tampoco encontró relación entre este conflicto familiar, o el embarazo de la hermana de P., con los hechos del caso. Otros detalles que surgieron en el juicio, por su parte, también corroboraron las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos juzgados.

En suma, y como corolario de su intervención, la representante del Ministerio Público consideró que la sentencia impugnada estuvo suficientemente motivada –con certeza, más allá de cualquier duda- sobre la existencia de los hechos y la autoría y culpabilidad de R. al respecto, y por ende solicitó su confirmación.

Al momento de las réplicas, los defensores indicaron que el *test* de credibilidad y el psicodiagnóstico de la víctima se debieron llevar a cabo con posterioridad a la declaración en cámara Gesell. Asimismo, ratificaron que la sentencia estaba minada de suposiciones, ya que tanto se podía conjeturar que la denuncia obedecía a los hechos denunciados contra R., como a los conflictos suscitados a raíz del encuentro de la niña con su novio, habida cuenta de que su madre y R. ponían los límites en

la casa. En igual sentido, la publicación en Facebook también podía ser interpretada de muchos modos, por ejemplo, a favor de pensar que la niña se arrepentía de haber mentido contra el inculpado.

La fiscal, por su parte, aclaró finalmente que si bien la declaración en cámara Gesell fue llevada a cabo con posterioridad al psicodiagnóstico, al momento de practicar este examen la perito ya estaba en conocimiento del hecho sobre el que debía preguntar.

Por último, y en ejercicio de su derecho a ser oído, el imputado afirmó su inocencia, y pidió disculpas en caso de que no se compartiera su criterio sobre la educación que intentó impartir a la niña.

2. Corresponde, una vez referenciados los antecedentes del caso, adentrarse en el examen del recurso intentado por la Defensa contra el fallo de condena.

Cabe, en primer término, señalar una cuestión que fuera objeto de tratamiento en la deliberación. Se trata, básicamente, de la falta de precisión e indeterminación que se advierte en la descripción de los hechos imputados.

En su momento la Fiscalía acusó a J. A. R. de haber realizado, en el domicilio en el que convivían, tocamientos a la niña en la zona vaginal y anal por encima de la ropa, entre los años 2007 y 2009; atribuye, además, un episodio puntual consistente en haberse acostado desnudo en la cama al lado de la menor e intentado que ella lo tocara, para luego subírsele encima, situación de la que logra huir.

Si bien la cuestión no ha sido motivo de agravio, hemos coincidido con los colegas del Tribunal en la opinión de que en este tipo de delitos es frecuente advertir una llamativa falta de determinación en los hechos imputados –el caso no es la excepción-, particularmente la ausencia de descripción de cada uno de ellos y de sus circunstancias de tiempo, modo y lugar específicas (art. 291 inc. 2 CPP; art. 8 párr. 2 inc. b CADH).

Es evidente la enorme dificultad que afronta quien pretenda falsear una hipótesis vaga o imprecisa y que, además, en la mayoría de los casos abarca lapsos de tiempo que suelen medirse en años.

Sin embargo, entiendo que en el caso tal déficit no alcanza a erigirse en un defecto invalidante, por cuanto considero que la imputación cumple con requisitos mínimos de suficiencia. La descripción, aún rozando el límite, permite individualizar los episodios configurativos del ilícito penal que se atribuyen al acusado. Por ello corresponde, en mi opinión, adentrarse en el tratamiento de los agravios concretos planteados por la Defensa en esta instancia.

3. El *a-quo*, al comenzar su análisis, hace referencia a la dificultad probatoria que caracteriza a sucesos como los denunciados, indicando que, por lo general, la reconstrucción histórica en tales supuestos se lleva a cabo a partir de los dichos del presunto damnificado, de los peritajes profesionales y, eventualmente, mediante el aporte de prueba indiciaria.

El Magistrado acoge en el caso la hipótesis fiscal haciendo pívot, básicamente, en la declaración de la niña P. A. B. y en los dichos de la psicóloga forense, Lic. Patricia F., quien realizara un psicodiagnóstico a la menor y la entrevista de su testimonio en cámara Gesell. A tales elementos probatorios el Sentenciante suma diversos testimonios de referencia prestados en el debate por los progenitores de la niña, así como por familiares y allegados.

El recurrente sostiene, en cambio, que la única prueba de cargo que fundamenta la condena es la declaración de la víctima, por cuanto el resto de los elementos de convicción se basan en ese único testimonio, el cual, a su vez, no fue sometido a un *test* experto de credibilidad basado en criterios (CBCA-SVA),

por lo cual no es posible descartar fundadamente su falsedad.

En el punto el Magistrado, no obstante entender que hubiera sido útil contar con dicha evaluación en el proceso, afirma que la omisión de realizar el referido *test* no afecta la validez o credibilidad de los dichos de la niña, ni tampoco las conclusiones del psicodiagnóstico efectuado. Indica que las características de personalidad de la menor informadas por la Psicóloga Forense coinciden con el temperamento que él mismo pudo constatar al visualizar la declaración en Cámara Gesell, aspectos que, además, son concordantes –agrega- con la situación de temor y de angustia padecidos por la niña y que refirieran los testigos E. V., el denunciante Sr. H. B. y la esposa de este, Sra. V.

Sintéticamente, al repasar los argumentos que sostienen el fallo de condena advierto que el Sentenciante ha valorado como suficiente prueba de cargo la declaración de la menor, considerándola apuntalada por los testimonios de referencia y por el psicodiagnóstico. Asimismo, relativiza la importancia que atribuye la Defensa a la *retractación* de la niña respecto de similar inculpación anterior contra el acusado –ocurrida en 2007-, con fundamento en la particular fragilidad, dependencia y baja autoestima de la menor, según lo informado por la experta en el psicodiagnóstico. Descarta el Magistrado que la nueva acusación tuviera un móvil espurio, como por ejemplo el de castigar a la madre por la paliza que le diera días antes, opinando en cambio que la pretensión de P. fue la de alejarse del hostigamiento del acusado, ya que cuando éste abandona el domicilio en que convivían, la niña regresa inmediatamente a vivir con su progenitora. Agrega, en refuerzo de la credibilidad de la situación de abuso, el hecho de que si bien el primer develamiento –luego retractado- provocó un grave problema familiar, la menor emprende el mismo camino dos años después, aún a costa de provocar una nueva diáspora familiar.

Es cierto, como sostiene el Magistrado, que la falta de realización de un *test* de credibilidad basado en criterios o indicadores (CBCA, SVA, u otros) no invalida el testimonio de la niña, ni las conclusiones del psicodiagnóstico realizado por la psicóloga forense. Tales métodos de análisis –si no los únicos, los más avanzados en el campo de la psicología del testimonio-, no configuran un “detector de mentiras”, como bien explicara la Lic. F. en el debate, sino una herramienta para valorar la fiabilidad de la declaración testimonial, dentro del marco de una tarea que la ley asigna de manera indelegable a los jueces.

No obstante, como lo reconoce el propio Magistrado, no caben dudas de la utilidad de esa práctica –hoy casi necesaria, diría- que se realiza a través de la intervención de un perito especialista en psicología forense. Es que, justamente, por tratarse de acontecimientos que ocurren en la clandestinidad o en el ámbito intrafamiliar, resultan hechos de *probanza muy sutil*, que torna “… imperativo una investigación muy fina y llevada a cabo con mucho tino pues están en juego, en primer lugar, bienes protegidos de muy elevada entidad que le asisten al sujeto pasivo y por otra parte, una pena sumamente severa que pende sobre la humanidad del sujeto activo” (FIGARI, Rubén E., “Algunas precisiones sobre las cuestiones probatorias en los delitos contra la integridad sexual”, comentario al fallo “F.D.J. s/ recurso de casación” del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, publicado en eldial.com – DC1646).

Mayor es el rigor investigativo que debe exigirse cuando se trata, como en el caso, de *declaración contra declaración*, pues tal situación deja al acusado prácticamente sin posibilidades de defensa.

La necesidad de dar intervención a expertos en esta tarea radica, también, en que de ese modo se garantiza

que el peritaje y, por ende, sus conclusiones, sean "objetivados" en el proceso y, así, que tanto su concreta aplicación como la interpretación de sus conclusiones estén sometidas al control de las partes. Ello, sin perjuicio de insistir en que son los jueces quienes deben resolver en definitiva cualquier cuestión que se suscite al respecto y, básicamente, decidir la valoración que se asigna al testimonio. Es un procedimiento que previene de toda posible afectación al derecho de defensa por el riesgo de que los jueces, al momento de sentenciar, introduzcan extremos valorativos o indicadores (hechos) que no fueron sometidos al control de las partes (tanto en su demostración, como en su refutación).

Recordemos que el referido *test* de credibilidad, explica la psicología forense, se recomienda en declaraciones prestadas por niños menores y consiste en aplicar, por un lado, un protocolo denominado "Evaluación de la Validez de las Declaraciones" (*Statement Validity Assessment* o SVA), que permite verificar si existen dificultades de orden cognitivo en el declarante. Luego los dichos son analizados en base a criterios (*Criteria-Based Content Analysis* o CBCA) para indagar sobre aspectos vinculados a lo motivacional, permitiendo de tal modo detectar declaraciones deliberadamente falsas. Este último método (CBCA) debe hacerse sobre una *transcripción literal* de la entrevista, no directamente sobre el material grabado. Si la entrevista ha sido realizada correctamente, es probable que reúna una suficiente cantidad de información como para poder ser analizada en base a criterios predeterminados (por ej. elaboración inestructurada, riqueza de detalles, engranaje contextual, descripción de interacciones, mención de detalles inusuales, etcétera). Los expertos indican que los criterios deben aplicarse únicamente a aquellos contenidos del testimonio que estén relacionados con el incidente sexual. Se asume que la presencia de los criterios indica una alta probabilidad de que la

declaración se base en hechos experimentados. Sin embargo, así como la presencia de los indicadores no garantiza certeza de veracidad, su ausencia tampoco determina que la declaración sea necesariamente falsa (GARRIDO, Eugenio - MASIP, Jaume, *La Evaluación del Abuso Sexual Infantil*, ponencia presentada en el I Congreso de Psicología Jurídica y Forense en Red, Universidad de Salamanca, mayo de 2004, http://www.copmadrid.org/congresoredforense).

En ese riguroso marco de análisis se advierte, sin esfuerzo, la necesidad de que sean distintos los profesionales que asuman por un lado la tarea de recibir el testimonio (declaración generalmente prestada bajo la modalidad de cámara Gesell) y, por otro, la de analizar el relato en base a criterios. Esto es así porque el experto que va a aplicar los mencionados métodos debe evaluar, también, si la entrevista ha sido llevada correctamente, es decir, si no han mediado preguntas sugestivas, sutiles aprobaciones o desaprobaciones, o cualquier otro defecto en el interrogatorio que pudiera contaminar el relato del niño. Siendo así, el mismo profesional no podría ser juez y parte de una obra propia.

4. En el caso de autos no fue aplicado un *test* de credibilidad basado en indicadores sobre el relato de la menor. Se efectuó, sí, un psicodianóstico a la niña con anterioridad a la declaración en cámara Gesell, examen cuyo informe obra a fs. 13 del legajo de prueba fiscal, y que fuera explicado y ampliado en la audiencia de juicio.

Contrariamente a lo sostenido por la Sra. Fiscal en esta instancia, la Lic. F. dijo no haber evaluado credibilidad al realizar dicho examen diagnóstico. Es categórica la profesional al señalar en el debate que su informe se refiere a un relato espontáneo realizado por la niña en el marco del psicodiagnóstico, explicando que

no hubiera sido correcto de su parte evaluar credibilidad en ese ámbito, pues antes de formalizar el testimonio en cámara Gesell "tratamos de no tocar ese relato, se le dice a la familia que no se le pregunte más, así podemos tener un relato que nos permita un análisis más rico".

Explica la psicóloga que al realizar dicha evaluación diagnóstica la niña hizo referencia a "lo que le ha sucedido". Si bien aclara que el informe contiene "algunas consideraciones teóricas sobre la retractación", indica que "también puede ser que una persona mienta y luego diga que mintió". Concluye señalando que la menor "realiza un relato simple y con carga emocional de una situación de carácter intrusivo sexual crónico", y que "su conducta en relación a los hechos vividos es acorde con las características de personalidad encontradas".

Explica en el juicio la profesional que no encontró elementos que hablaran de una mentirosa patológica, o de un complot (relato coconstruido), sino que halló correlación entre las conductas que refirió haber asumido la niña y sus características de personalidad.

Analizando las conclusiones del psicodiagnóstico, básicamente a partir de la inclusión de referencias interpretativas de cierta complejidad –en particular respecto del episodio de la retractación-, resulta difícil descartar una tarea de indagación en ese marco. Es que, de haber sido espontáneo, un relato tan completo permitiría albergar la sospecha de un discurso preordenado.

Entiendo que la intervención profesional debió disponerse de manera inversa: primero formalizando la declaración de la niña y, luego, realizando un *test* de credibilidad, además de los estudios diagnósticos o de personalidad que se hubiesen estimado necesarios o útiles. Es que debe tratar de resguardarse todo lo posible el relato original; con mayor razón si se trata de intervenciones *judiciales* previas a la declaración,

sean con finalidad investigativa, diagnóstica, terapéutica o asistencial.

No es una cuestión menor que los expertos recomienden obtener ese relato a través de un abordaje interdisciplinario, lo más cercano posible al momento del develamiento, en entrevistas videograbadas y con la presencia simultánea de otros profesionales. Sucesivas entrevistas, aún con distintos fines –insito- pueden introducir preguntas sugestivas, sutiles gratificaciones para que el niño diga “algo más”, u otros factores que puedan interactuar en la memoria modificando las impresiones o registros mnésicos originarios.

5. Retomando, queda claro, según entiendo, que el análisis experto del relato –obtenido con los recaudos que las disciplinas científicas involucradas indican- es una herramienta de suma utilidad en casos en que, como el presente, se pretende utilizar el testimonio como prueba de cargo en el proceso penal. Sin embargo insisto, aún a riesgo de ser reiterativa, dicho análisis puede considerarse una condición importante, casi necesaria a partir de la evolución que ha tenido la psicología del testimonio en las últimas décadas, pero no suficiente para tener por acreditado con certeza que un hecho narrado haya ocurrido. Esta última circunstancia sólo puede admitirse como *cierta* cuando el relato, como veremos, pueda anclarse en la realidad a partir de su correspondencia con datos objetivos adyacentes o periféricos, pues ni siquiera el delito más aberrante que uno pueda imaginar podría tenerse por acreditado con los exclusivos dichos de una persona –además víctima- por más creíble que fuera.

Esta última circunstancia ha sido puesta de manifiesto por la propia Lic. F. en el debate, al explicar -con la claridad conceptual que la caracteriza- que se trata de un método “muy valorable en el análisis interno del discurso”, pues si bien se basa en “los

criterios que usa cualquier persona que analiza de una manera empírica un testimonio, los jueces, los funcionarios…", se trata de "… un método riguroso, el más aceitado y más estudiado".

No obstante, la profesional se ocupa también de explicar que la cuestión "trasciende la tarea del psicólogo, porque exige que se correlacione el relato con el resto de los testimonios del expediente" (coherencia externa).

6. Así, sentado el marco conceptual que entiendo corresponde -reflexiones de orden general que he considerado útil realizar en tren de dar respuesta al principal agravio de la Defensa-, considero que los elementos probatorios reunidos en el caso resultan insuficientes para dar fundamento bastante al fallo de condena. Ello, con independencia de la falta de análisis experto de la declaración de la menor, déficit que la Defensa se empeña en destacar.

He dicho en anteriores pronunciamientos que en supuestos como el que nos ocupa el dilema consiste en "…determinar en qué casos y bajo qué condiciones puede considerarse que *la declaración de la víctima* resulta suficiente prueba de cargo para destruir el estado de inocencia. Cierto es que la jurisprudencia de los tribunales, no sólo a nivel local, ha admitido la posibilidad de que una condena penal se funde en los dichos de la víctima, particularmente en casos de delitos de índole sexual, por la modalidad de secreto y ocultamiento en que por lo general ocurren. Pero no menos cierto es que conferir prevalencia a tal declaración frente a la negativa del acusado exige máxima rigurosidad en la valoración y, fundamentalmente, la constatación por parte de los jueces de que concurran ciertas *notas o condiciones tipificantes* en los dichos de la víctima, capaces de generar la certeza que exige una condena".

"Este espinoso tema ha sido recientemente abordado por Marcelo Sancinetti en un valioso trabajo de investigación que ha de significar, seguramente, una

importante contribución al debate en nuestro medio, frente a un panorama que muestra una clara disminución de las exigencias probatorias por parte de los tribunales en la investigación de delitos contra la integridad sexual” (SANCINETTI, Marcelo, “Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia. Hacia la recuperación de las máximas: *Testimonium unius non valet* y *Nemo testis in propria causa”*, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Nro. 6, junio 2010, Buenos Aires, Abeledo Perrot, págs. 955-995).

Sólo haré una breve transcripción del citado artículo, en este caso referida a la situación en la jurisprudencia alemana pero perfectamente aplicable a nuestra realidad, que permite vislumbrar las dificultades que encierra la problemática: “... El cuadro que se ha resumido de la situación doctrinal y jurisprudencial alemana es alentador sólo en el sentido de que los criterios sobre la verosimilitud de la declaración del testimonio (credibilidad específica) tienen un mayor grado de rigor que las frases cliché del estereotipo argentino: ‘el niño no tiende a la fabulación’, ‘no presenta signos de mitomanía’, con más la afirmación final del juez en la sentencia de que los dichos de Fulano han ‘impresionado mi ánimo’, ‘es mi sincera convicción’, etc. Aún así, yo veo la situación alemana como el resultado de un balanceamiento compromisorio. Si bien las soluciones, de hecho, no están presentadas *como si fueran* ‘de compromiso’, sólo pueden entenderse como resultado de esta ponderación: si realmente se quiere que haya un cierto número de condenas por abuso sexual (especialmente en caso de víctimas menores de edad), entonces, se tiene que aceptar por necesidad un sistema que conduzca a la punición de personas cuya culpabilidad no estará *demostrada* cabalmente, sino *presumida*; esto, al costo

inevitable de que algunas (o muchas) condenas serán sufridas por inocentes; sólo se tratará de hacer, en cada cultura social –más o menos desarrollada– algunos esfuerzos por reducir los casos de 'falsos positivos' (aquí, en el sentido de condenas de personas inocentes) a un número menor o al mínimo posible. Lo aquí afirmado no significa negar el valor progresivo que ha registrado la así llamada 'psicología de la declaración'. Los lineamientos recién esbozados, así como los omitidos por razones de espacio, al igual que el inmenso marco bibliográfico que aporta esa disciplina muestra sin duda un marco útil para *reducir el margen de error* en la apreciación de la verosimilitud de declaraciones (lo cual vale también para evaluar la declaración del propio acusado). Pero un avance de la ciencia respectiva no necesariamente significa un cumplimiento de los principios procesales del Estado de Derecho" (SANCINETTI, *op. cit.*, pág. 988).

7. La dificultad del caso se vincula con una noción sustancial, definida con acierto por la doctrina española como la *mínima actividad probatoria* que justifica un pronunciamiento de condena en el proceso penal. Determinar el contenido mínimo de la prueba de cargo habilitante de poder punitivo exige emplear estándares probatorios, es decir, pautas o parámetros que puedan delinear de antemano, sin desmedro del principio de libre valoración de la prueba, cuándo puede tenerse por válidamente acreditado un ilícito penal.

En muchas ocasiones –sabemos– no es posible conocer en el proceso judicial si el hecho investigado ha sucedido en la realidad o no. Es que se trata de un marco limitado de conocimiento que sólo permite afirmar la existencia del suceso cuando tal extremo haya sido acreditado con certeza, pues, en caso contrario, se impone a los jueces la obligación de absolver al acusado. Basta con demostrar que la contra hipótesis de la Defensa es plausible para que surja el deber constitucional de resolver el caso en favor del imputado.

Es, justamente, la dificultad probatoria que exhibe este tipo de investigaciones lo que obliga a una mayor rigurosidad en la justificación de las conclusiones valorativas, máxime cuando se trata –como en el caso- de elementos de convicción subjetivos y, particularmente, si la principal manifestación incriminatoria proviene de la propia persona que dice ser víctima del delito.

En ese sentido la doctrina y la jurisprudencia han ido señalando diversas pautas a considerar en el análisis de esos dichos, estimando como fundamentales las siguientes: a) ausencia de móviles espurios; b) coherencia interna y externa del relato; c) persistencia en la incriminación; y d) corroboración periférica del relato con datos de carácter objetivo.

Tales parámetros configuran un verdadero estándar probatorio, con base en pronunciamientos de los máximos tribunales de justicia, tanto a nivel local como internacional. Reiteradamente he dejando plasmado este criterio en fallos anteriores, por entender que es una adecuada prevención valorativa en el examen del testimonio de la víctima, particularmente cuando es único fundamento de una condena penal (cfr. carpetas Nro. 2.398, 515, 1.615, 1.315, 1.412 OJ Tw., entre otras).

La exigencia de confirmación “objetiva” del relato, si bien de dificultosa obtención en ciertas ocasiones, es una condición altamente relevante si se tiene en cuenta que ni aún los expertos en psicología del testimonio pueden distinguir entre verdaderas y falsas alegaciones de abuso sexual. Así, “... diversos autores dan cuenta del experimento que llevó a cabo también Stephen CECI, quien procedió a mostrar entrevistas videograbadas de varias decenas de niños, en las que se hallaban compilados hechos comprobados de abuso, junto con historias fehacientemente falsas. El recorrió varios países visitando centros especializados en abuso sexual,

consultando jueces, psiquiatras, psicólogos, peritos forenses, etc. El experimento consistía en constatar si los expertos acertaban al distinguir los casos de abusos ocurridos de los casos no ocurridos. El resultado del experimento arrojó que los entrevistados acertaron aproximadamente en el 50% de los casos, con lo cual si en cada caso hubieran dado la respuesta contraria, el número de aciertos hubiera sido similar. Dentro de las personas que no pudieron distinguir los *tapes* de relatos verídicos de los falsos se hallaba la experta D. G., que había entrevistado durante años a cientos de niños presuntamente abusados" (SANCINETTI, *op. cit.*, pág. 972).

También la doctrina ha hecho hincapié en exigir "la concurrencia de circunstancias o datos periféricos de carácter objetivo que vengan a corroborar la versión dada por la víctima. Así, por ejemplo, en un delito de violación actuarían como datos corroborantes las lesiones sufridas por la víctima y acreditadas mediante los oportunos informes médico-periciales" (MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal,* J. M. Bosch editor, Zaragoza, 1997, pág. 189).

El catedrático español cita diversos fallos del Tribunal Supremo de su país que aluden a esas notas o parámetros tipificantes: "S.T.S. 30 de mayo de 1987, ha declarado expresamente que en los delitos contra la libertad sexual el Tribunal de instancia se ve obligado a dar credibilidad a aquella de las dos versiones –la de la víctima o la del acusado- que venga robustecida por datos objetivables". La S.T.S. 20 de junio de 1988, puntualiza señalando que tales datos periféricos "no constituyen pruebas directas, pero sí elementos de convicción que proporciona la directa observación, y que conducen a dar mayor credibilidad o certeza a una de las versiones sobre otra".

En sintonía, el juez Pfleger ha señalado, sin dejar de aludir a este tipo de investigaciones judiciales como "casos difíciles", que "cuando el relato del testigo se

expone en un discurso que es expresión de una vivencia posible, carece de alteraciones, no es contradictorio en sí mismo, es nítido y *persistente*, cuando exterioriza acerca de percepciones ostensibles en un contexto temporo espacial concreto, hay coherencia interna. Cuando se corresponde con evidencia *palpable*, cuando se vincula con circunstancias de la causa que han sido *traídas por otra vía*, cuando encastra perfectamente con el todo, como una pieza que completa el damero, allí hay coherencia externa” (Sala Penal STJ, *in re* “G. M. s/ dcia. abuso sexual en rep. hija menor G.M.P. s/ impugnación”, Expte. Nro. 22.415/11, del voto del Ministro Pfleger; la cursiva no pertenece al original). Vale señalar que, en idéntico sentido, también se ha pronunciado en fecha reciente la Cámara Federal de Casación Penal (cfr. CFCP, Sala II, *in re* “G. F. R. s/ recurso de casación”, sentencia de fecha 25/04/11).

8. Los hechos denunciados no han dejado improntas físicas que pudieran demostrarlos en su objetividad; a su vez, el peritaje psicológico –psicodiagnóstico- tampoco permite apuntalar la hipótesis propuesta por la parte acusadora, pues las notas de personalidad de la menor no pueden valorarse como huellas psíquicas del supuesto ilícito. Se trata de secuelas psicológicas inespecíficas, dentro de un cuadro que encuentra posible explicación, también, en causas ajenas a una situación de abuso sexual. No cabe descartar, por ejemplo, que se trate de consecuencias propias de la historia vital de la menor –separación de los padres, ausencia de la figura paterna, etc.- o, también, que la judicialización del incidente haya provocado la angustia y el estrés constatados por la Lic. F.

9. Por otra parte, considero que los testimonios de referencia en el caso de autos no exhiben un peso independiente o autónomo, pues son declaraciones que narran o recrean episodios o secuencias que dicen

conocer a partir del relato de la niña o, incluso, de lo narrado por terceras personas.

Se trata, sabemos, de testigos mediatos o indirectos, pues no declaran sobre un hecho que hayan percibido por sus sentidos, sino que introducen al proceso información a la que accedieron por los dichos de otra persona. Si bien no se discute su admisibilidad, en tanto rige el principio de libertad probatoria, ni la ley establece el alcance de su eficacia probatoria (a diferencia de otros ordenamientos procesales, que prevén en forma específica que ésta se limita al conocimiento del origen de las manifestaciones de "segunda mano"), es claro que se trata de un aporte muy débil, aún considerándolo complementario de la versión principal.

Ello así pues, vale señalarlo, dichos testimonios tampoco resultan plenamente coincidentes con los de la menor ni entre sí, particularmente en punto a la descripción de los hechos concretos de intromisión sexual a que aluden.

10. No cabe, por otra parte, atribuir a los testimonios de referencia el valor de indicios. La prueba indiciaria exige partir de un hecho *cierto* –probado o admitido expresamente por las partes-, del que puede razonablemente inferirse (inferencia inductiva) otro hecho a partir de las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia. El segundo hecho –la inferencia- aparece como una consecuencia natural del primero y, por ende, puede también tenerse por cierto. Los testigos de referencia, como vimos, sólo resultan complementarios del testimonio principal.

Tampoco es correcto partir de meras suposiciones y conferir el valor de indicios a las figuraciones que puedan derivarse, más o menos razonablemente, de aquéllas. Sólo se trataría de nuevas suposiciones o conjeturas, pero nunca de inferencias inductivas lógicas con rango de dato indiciario. Es, justamente, la necesaria rigurosidad que exige este tipo de análisis lo que permite distinguir los indicios de un conjunto de sospechas pero que no pueden, sin desmedro de los

criterios que integran la noción de la sana crítica racional, ser tenidos por ciertos, más allá de su fortaleza o debilidad para dar base a una hipótesis investigativa.

Así, sin desconocer que en materia de valoración probatoria no cabe parcializar o segmentar la ponderación de cada elemento de prueba, sino que éstos deben ser analizados de manera global e integradora, no cabe confundir una prueba complementaria, como son los testimonios de referencia (más allá de su utilidad para contrastar el testimonio principal) con una prueba autónoma o indiciaria.

11. Recordemos que para la aplicación de los indicadores de credibilidad “debe tratarse de un relato fluido y bastante largo”, como bien lo explica la psicóloga forense en el juicio, más allá de tratarse de una narración categórica, precisa y con riqueza de detalles. Estos criterios, a su vez, se aplican exclusivamente en la porción del testimonio que alude al incidente sexual, extremo fácilmente explicable si se tiene en cuenta que el resto de la deposición se refiere a cuestiones que no están puestas en tela de juicio en el proceso.

Si bien se dijo más arriba que es aconsejable que estos métodos sean utilizados dentro de un marco pericial, no menos cierto es que los criterios de evaluación pueden –y es altamente aconsejable que así se haga- ser aplicados por los jueces.

Analizando el relato de la víctima –*favor rei*- a partir de los criterios del método CBCA –algunos ya mencionados-, advierto que en los aspectos críticos de la declaración se constata ausencia de la mayoría de tales indicadores de credibilidad. Es muy lacónica la versión que brinda la niña en cuanto a la descripción de los hechos denunciados, pese a mostrar una destacable memoria para otro tipo de datos (recuerda con precisión

llamativa la cantidad de medio-hermanos que tiene, sus nombres y las edades de cada uno de ellos –nueve en total- sin siquiera detenerse a pensar un instante).

La falta de detalles es más significativa aún si se tiene en cuenta que la denuncia hace referencia a una situación de abusos reiterados que se prolongó por casi dos años; además es dable presumir que la niña, por su edad (12 años) y sus características personales, cuenta con elementos de juicio suficientes como para narrar con detalles situaciones de explícito contenido sexual.

Sin embargo un sólo episodio es descripto con cierta escrupulosidad –el ocurrido en 2007-, a pesar de ciertas inconsistencias. La niña dice que el acusado se acostó desnudo e intentó que ella lo tocara ("me agarró la mano e intentó que lo empiece a tocar"). En relación a esa narración, en cambio, tanto la abuela como la madre refieren que la niña dijo que R. tenía puesto un toalla o un toallón.

Las restantes situaciones abusivas son mencionadas sin describir ninguna interacción concreta, pese a que la entrevistadora formula preguntas específicas, tales como si recuerda la primera vez o alguna ocasión en especial. Preguntada sobre la última vez dice recordar que el acusado la agarraba de los brazos, le hacía fuerza y la empezaba a tocar en las tetas y en la "coti" (la parte de adelante).

12. En punto a la coherencia externa de la declaración tengo en cuenta que, respecto del episodio del año 2007, la menor describe el momento preciso del develamiento, indicando que se lo contó a su madre "una semana después" de ocurrido. Narra esa situación con todo detalle, refiriendo "yo primero le empecé a preguntar qué significaba que se viole y me dijo lo que era, me di vuelta, estábamos durmiendo y empecé a llorar y le dije a ella"; continúa narrando que la madre llamó por teléfono al acusado, quien "como a la hora se vino y dijo que era todo mentira".

Sin embargo no es esto lo que surge del testimonio de E. M. T., progenitora de la menor, quien dice que ella

se entera un día que va a buscar a P. a la casa de su madre (I. T. F.) y ésta le dice “sabés que está haciendo J., se va a bañar cuando (P.) se queda sola y va desnudo a la cama”. La progenitora de la menor asevera que no le creyó a su madre ni le preguntó nada a la niña al respecto. Se advierte, pues, que la detallada descripción que hace esta última del supuesto develamiento no guarda congruencia alguna con lo narrado por su madre.

Otros testimonios dan cuenta de que, en realidad, la versión del supuesto abuso surge de un comentario que le hiciera la niña a su primo “C.” –un año mayor que ella- hijo de E. E. V., quien se lo habría contado a J. L. R. –medio hermano de P.- y éste último al padre biológico de la menor, H. B.

Al declarar en el juicio J. L. R. dijo haberse dirigido, enojado, a la casa de su madre y que en esa situación P. dijo “no J., es mentira de la E., es mentira de la abuela, yo no dije nada”.

H. B. dijo que al enterarse llamó a la madre de la menor, quien le dijo que eso no era posible y lo citó a su casa; manifiesta haber concurrido por la tarde al domicilio, donde pudo conversar con el acusado, quien negó los hechos. Esta última situación es corroborada por la madre de la niña, E. M. T.

13. En cuanto a la ausencia de motivaciones espurias, no cabe descartar con certeza la especulación que al respecto propone la Defensa, al mencionar como posible el deseo de la niña de huir de quienes le impedían concretar su noviazgo, esto es, de su madre y del acusado. Esto último en virtud de lo narrado en juicio por la progenitora de la menor, E. M. T., quien hizo referencia, no sólo al castigo violento que ella misma le prodigara a la niña al enterarse –días antes de la denuncia- que tenía un “noviecito”, sino que tales límites eran avalados por el imputado. Así, S. B. M.

dijo en el debate, al interpretar un mensaje que escribiera la niña en Facebook diciendo "me mandé una macana...", que en su opinión la menor estaba enojada porque le habían prohibido ver a B. ("se enojó y no midió las consecuencias"). Agregó la testigo que luego del episodio en que hallara a su hija D. sola en una esquina, esperando a P. que estaba con el novio, su hija quiso volver de visita al domicilio del acusado, manifestándole ella "esperá que hable con tu padre", y agrega "hablé con R. y él me dijo: hablamos con P. y le dijimos lo que había hecho, que tenía que estudiar, que para noviecitos más adelante había tiempo".

Interrogada específicamente la menor, en cámara Gesell, sobre la razón por la cual decide contarle la situación denunciada a su padre biológico, la niña explica que el acusado la amenazó con contarle a la madre de su noviazgo con B. si no se dejaba tocar.

Bien puede interpretarse que la niña actuó movida por el temor de que el acusado intensificara sus conductas de intromisión sexual, ahora a cambio de permitirle ver a B. Pero, no menos cierto es que hasta entonces la menor tuvo un sinnúmero de oportunidades para develar las presuntas situaciones abusivas, como lo narrara la progenitora en el debate; sin embargo, decide hacerlo luego de la violenta golpiza y de la prohibición de ver al novio.

Por otra parte, no deja de resultar llamativo que una menor sometida a indebidos actos de contenido sexual durante un lapso tan prolongado –de casi dos años-, mantenga un vínculo afectivo intenso y ostensible con el sujeto activo de tales ataques. Al respecto la madre de la menor refiere que la relación de R. con P. era buena y que la niña verbalizaba su deseo de que el acusado fuera su padre. Memora en el debate que P. decía "quiero que me abrace, que me dé besos", añadiendo que "poquito tiempo antes de todo esto" el acusado accedió a que lo llamara "papá del corazón", refiriéndole la niña al día siguiente que no había dormido "en toda la noche de tanta alegría".

14. En punto a la motivación, tampoco puede descartarse en forma absoluta –como dice la Defensa- la falta de animosidad o encono de la menor para con el acusado ya que, cuando menos al tiempo de relatar a su padre los presuntos ilícitos, la niña acababa de sufrir una violenta golpiza por parte de la madre (la cagué a palos, la agarré de los pelos, y frases semejantes dijo M. en el juicio) por haber tenido una “escapada” a ver a su amigo B., e, inmediatamente después, una advertencia de parte de esta última y también del acusado, en la que le hacen saber que no le permitirán tener “noviecitos”. Este último extremo es relatado por la ex esposa del imputado –M.- en la audiencia de juicio, quien narra de manera espontánea y detallada la conversación telefónica en la cual el acusado le hace esa referencia.

Por ende, no se puede descartar con certeza la posibilidad de que la niña haya faltado a la verdad para librarse del obstáculo que se interponía con su noviecito B. –como enfáticamente afirma la Defensa-, ya que su madre y el acusado claramente habían dejado sentado que no podría seguir viéndolo.

Es de destacar, además, que en el caso se omitió indagar adecuadamente el ámbito escolar, habida cuenta de que la madre de la niña refirió en el debate que ésta habría contado la situación de supuesto abuso en la escuela, a sus compañeras, a la MOT y a algunos profesores. Sin embargo tales extremos no tuvieron corroboración alguna en el juicio.

15. En cuando al requisito de persistencia en la incriminación, queda claro que se trata de una exigencia específica de la versión de la presunta víctima, esto es, que sea constante, sin fisuras ni contradicciones llamativas (S.T.S. 18 de mayo de 1993). El episodio de la retractación impide tener por acreditado dicho extremo, más allá de las atinadas reflexiones teóricas que puedan hacerse sobre una conducta semejante.

16. Por último, advierto una ausencia total de corroboración de los dichos de la menor a partir de elementos de prueba independientes o autónomos. No ignoro que la corroboración del relato a partir de algún dato objetivo periférico resulta dificultosa –aunque no imposible- toda vez que las conductas atribuidas no dejan improntas físicas. Pero la dificultad y, en su caso, la insuficiencia de pruebas sólo puede motivar el rechazo de la acusación, más nunca la disminución o flexibilización de las exigencias probatorias, creando una suerte de regla procesal "del enemigo", aplicable a determinado tipo de delitos.

17. Por ello, aún admitiendo la alta posibilidad de que la niña no haya mentido en su imputación, no puede convalidarse un pronunciamiento de condena que se apoye en sus exclusivos dichos, sin que exista –insisto- un sólo elemento objetivo que permita corroborarlos. No se trata de buscar hasta el paroxismo o de pretender una puridad extrema en la narración. Se trata de cumplir lo más acabadamente posible con la exigencia constitucional –derivada del principio de inocencia- de examinar rigurosamente la declaración testimonial y de requerir contundencia y ausencia de toda fisura, frente la pretensión de erigirla en única prueba de un hecho delictivo. Insisto en señalar esta última condición, pues las argumentaciones que complementan la valoración de dicho testimonio no dejan de ser hipótesis incomprobables acerca del modo en que ocurrieron los hechos.

Es destacable la tarea asumida por la Fiscal del caso, quien ha argumentado de manera impecable a favor de su hipótesis –tanto en la instancia de origen como en ésta-, pero ese encomiable esfuerzo no alcanza para disipar la duda que plantea el caso, pues los argumentos no reemplazan a las pruebas, ni las suposiciones –aún impecablemente desarrolladas- configuran un plexo indiciario que apuntale los solitarios dichos de la presunta víctima, no alcanzando la íntima convicción para sostener una sentencia de condena.

La impresión personal de los jueces no reemplaza el principio lógico de razón suficiente que, sabemos, requiere la demostración de que un enunciado sólo puede ser así y no de otra manera. En el marco de un proceso penal, se traduce en la existencia de pruebas que excluyan, con certeza, la posibilidad de que las cosas hayan ocurrido del modo que sostiene el acusado.

Viene al caso citar un fallo del S.T.J. de Chubut en el que se resuelve la absolución del imputado por insuficiencia probatoria, a partir de una imputación basada en los dichos de la presunta persona damnificada, frente a la versión contraria del acusado. Así, la sentencia alude a la “carencia absoluta de indicios que permitan acreditar fehacientemente el relato de la víctima”, añadiendo que los testimonios de la madre y de una docente no alcanzan para conmover, en el caso, el principio de inocencia. Si ninguna de las versiones ha adquirido certeza se impone “la paridad; tablas como en el ajedrez” (sentencia de fecha 19/06/08, causa “P., Mario F. s/ abuso sexual reiterado, dos hechos, en concurso real”, citado por SANCINETTI en el trabajo ya mencionado).

En las condiciones expuestas, optar por una solución contraria implicaría convalidar una valoración probatoria que deja a la persona acusada prácticamente sin posibilidades reales de defensa –como se dijo-, pues no cabe imaginar qué actividad podría desplegar para refutar la acusación.

18. Así las cosas, la exigencia de certeza que requiere un pronunciamiento de condena me inclina a considerar insuficiente la justificación del nexo establecido en el fallo entre la convicción del Sentenciante y las pruebas producidas en el juicio. Considero que en el caso la negativa del imputado –contra hipótesis defensiva- no ha sido adecuadamente desvirtuada, resultando de ineludible aplicación el

beneficio de la duda a favor del acusado, según lo previsto en el art. 28 CPP (art. 44, VI, C.Ch.). Propicio, pues, la absolución del recurrente. Así voto.

19. En cuanto a las costas del proceso, cabe imponerlas al imputado en virtud de lo dispuesto por el art. 242 inc. 3 CPP, correspondiendo regular los honorarios de los profesionales intervinientes en el 35% del monto fijado en la instancia anterior (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4, antes decreto-ley 2.200).

El juez Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la sentencia condenatoria argumentando que tal acto procesal carece de motivación suficiente, puesto que realiza una valoración sesgada y parcial de la prueba producida. Especialmente se hace hincapié en la credibilidad que el juez otorga al testimonio de la víctima, cuando en autos existían elementos de los que podría haberse supuesto lo contrario en forma razonable, ya que la joven había mentido no solo sobre un hecho similar al imputado, sino también sobre otros temas. Asimismo entienden que el psicodiagnóstico de la licenciada F. no puede traerse como corroboración de la versión de la niña, toda vez que tal dictamen, explicado en el debate, sólo arrima información en cuanto a la ausencia de personalidad fabuladora, lo que no implica necesariamente que la niña diga la verdad en el caso, sobre todo por existir los elementos ya señalados en contrario.

En esta senda, entendemos que cabe revocar la sentencia, puesto que de los mismos elementos que el juez interpreta como cargosos, acompañando así a la acusación, puede inferirse otra solución e hipótesis razonable que invalida la tesis acusatoria o, al menos, descarta su certeza, lo que ya basta para refutarla. Si bien no fundamentaremos en detalle esta conclusión -por las razones que daremos posteriormente- queremos señalar que la sentencia en crisis no cumple con las reglas de

reconstrucción fáctica exigida por la epistemología que preside un sistema acusatorio.

En este sentido, siempre debemos recordar las enseñanzas del maestro italiano Ferrajoli en el punto, quien establece tres condiciones como garantías de haberse alcanzado la verdad sobre los hechos en un proceso: en primer lugar, la necesidad de la prueba exige que la acusación debe ser confirmada por una pluralidad de pruebas o datos probatorios; en segundo término -todavía mas importante que la regla de la necesidad- es la garantía del contradictorio, o sea, la posibilidad de la refutación o de la contraprueba y, por último, la tercera regla se refiere a la elección del juez entre hipótesis explicativas en competencia, es decir, contradictorias.

En el caso traído para decidir, entendemos que no se ha respetado la segunda condición, puesto que no basta, para aceptar como verdadera una acusación, con que ella sea compatible con varios datos probatorios, sino que también hace falta que ella no sea contradicha por ninguno de los datos probatorios disponibles, lo que en buen romance significa que si de una o varias pruebas estimadas de cargo puede también inferirse el descargo, la acusación debe tenerse por no verdadera, es decir refutada. También se da en el caso la transgresión de la tercera condición, cuyo alcance lo trae el maestro citado, a quien transcribimos textualmente por su clarísima pedagogía: “*la tercera condición o garantía de la verdad fáctica... se refiere a la imparcialidad de la elección realizada por el juez entre hipótesis explicativas en competencia. Para ser aceptada como verdadera, la hipótesis acusatoria no sólo debe ser confirmada por varias pruebas (primera regla) y no ser desmentida por ninguna contraprueba (segunda regla), sino que también debe prevalecer sobre todas las posibles hipótesis en conflicto con ella, que deben ser*

refutadas... Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio in dubio pro reo*, contra la primera. Este principio equivale a una norma de clausura sobre la decisión de la verdad procesal fáctica que no permite la condena mientras junto a la hipótesis acusatoria permanezcan otras hipótesis no refutadas en competencia con ella. Por eso, mientras la hipótesis acusatoria prevalece sólo si está confirmada, las contrahipótesis prevalecen con sólo no haber sido refutadas: no desmentirlas, en efecto, aún sin justificar su aceptación como verdaderas, es suficiente para justificar la no aceptación como verdadera de la hipótesis acusatoria... Sin embargo, hace falta* [para rechazar o refutar la hipótesis en competencia con la acusación] *que resulte totalmente implausible por incompatible con alguno de los datos recogidos"* (cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, España, 1995, pág. 151).

2. No obstante que entendemos que lleva razón la defensa, en cuanto a que el juez basa sus conclusiones en hechos que da por ciertos en base a elementos equívocos -privando a la prueba indiciaria de uno de sus elementos esenciales, su base como premisa primaria-, repetimos que no entraremos en detalle en cuanto a tales extremos, toda vez que en el caso existe un elemento aún más dirimente en sentido desincriminatorio, el cual viene dado por la falta de claridad, precisión y circunstancias mínimas respecto de los hechos imputados y por los cuales fuera condenado el recurrente, lo cual viola la defensa en juicio por defecto en la imputación.

3. En efecto, sabemos que la garantía de defensa en juicio tiene como base para su ejercicio el derecho del imputado a ser oído. Por su parte, este derecho tiene como presupuestos cuatro elementos técnicos necesarios e indispensables: en primer lugar una imputación, luego la intimación al imputado de ella, después el ejercicio concreto del derecho a ser oído en la audiencia respectiva y, por último, la correlación o congruencia

entre la acusación y la sentencia. En caso de comprobarse la inexistencia de cualquiera de ellos en un proceso, se considera tal situación como una violación del derecho de defensa en juicio, lo que acarrea la invalidez de las etapas posteriores que siguen al acto inválido. Así, si una acusación viciada provoca un debate, ella torna ineficaz todo el debate y la sentencia emanada de él, lo cual -conviene recordar- es un motivo absoluto de casación que no exige protesta previa, y debe ser advertida y declarada de oficio por el tribunal revisor -aunque el recurso verse sobre otro motivo- siempre, claro está, que la nulidad del debate y de la sentencia favorezcan al imputado, como ocurre, en verdad, con todas las violaciones a garantías constitucionales. Así lo enseña con claridad el maestro Maier, solución acogida por nuestro Código Procesal Penal en el artículo 376 como motivo absoluto de impugnación (cfr. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal – Fundamentos*, t. I, Del Puerto, Bs. As., 2004, págs. 552-577).

4. Conformado así el marco teórico con el que debe decidirse la cuestión, cabe observar la defectuosa imputación de la acusación que fuera recogida en la sentencia. Esto es así, porque la imputación debe ser clara, precisa y circunstanciada, teniendo en cuenta lo máximo posible conforme al caso concreto. Esto supone que debe atribuirse al imputado hechos concretos, singulares de su vida, lo que implica la descripción de acontecimientos con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que ubiquen al imputado temporal y espacialmente y, sobre todo, las modalidades concretas de conducta que se estiman típicas. Es decir, la descripción de los hechos no puede ser vaga o equívoca o confusa, puesto que si así se admitiera el imputado no sabría de qué defenderse, y su negación o reconocimiento serían genéricos, imposibilitando el efectivo ejercicio

del derecho a ser oído. Por esto mismo, el Código Procesal Penal chubutense exige al acusador -en el inciso 2 del artículo 291- que efectúe una relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que atribuye al imputado y, en caso de contener varios hechos punibles -como es precisamente el que tratamos-, la separación y el detalle de cada uno de ellos.

Si esto es así, una simple constatación de los hechos que se atribuyen al imputado nos llevará a concluir el vicio o defecto de la imputación. En esta senda obsérvese, en primer lugar, que la acusación ubica los hechos entre los años 2007 y agosto del año 2010 ocurridos en dos domicilios, pero no precisa ni un dato acerca de la época del año o lugares concretos donde ellos ocurrieron, lo cual era perfectamente posible en el caso al tratarse la víctima de una joven con discernimiento necesario para ello. En segundo término, adviértase que las modalidades de las acciones impúdicas son descriptas en la acusación como "tocamientos, en la zona vaginal y anal por encima de la ropa" y "en una oportunidad se acostó desnudo en la cama junto a la niña, tomándola de las manos para que ella lo toque y, ante la negativa de la niña, se le subió encima".

Sin entrar a considerar la falta absoluta de referencias subjetivas del imputado respecto de tales hechos, esa descripción genérica la invalida ya desde el aspecto objetivo. En efecto, la referencia a tocamientos de una joven con ropas no llena el requisito de la especificidad y determinación, pues la acusación no precisa ni una sola modalidad concreta de los tocamientos, sus concretas manifestaciones y modalidades, sobre todo porque se habría podido obtener tales datos tratándose de una víctima que se encontraba en condiciones intelectuales de narrarlos, ya que no estamos ante una menor de cuatro o cinco años de edad, por ejemplo.

Lo narrado se vuelve a confirmar respecto del segundo hecho, pues no se advierte que la sola descripción de acostarse desnudo junto a la joven sea una acción sexual

abusiva sin ninguna otra consideración, salvo la de tomarle los brazos con la supuesta finalidad de que le toque el pene, lo que, en todo caso, llevaría a una tentativa, pero tal como se narra ni siquiera se puede estimar como acto preparatorio. En cuanto a que se le “subió encima” -de nuevo sin ninguna otra consideración que lleve a deducir el significado de tal acción- es un acto absolutamente equívoco, genérico, respecto del cual les cabe, aún con mas razón, las reflexiones anteriores.

5. En suma, como una acusación correcta es el presupuesto de un debate válido y éste, a su vez, lo es de una sentencia válida, va de suyo que tratándose de actos que son presupuestos necesarios de los que le siguen, cae ya toda la secuencia de los actos nombrados, por lo que también la sentencia deviene inválida.

Tal situación podría llevar a pensar en una anulación con reenvío, pero ello no es posible pues la retrogradación de un proceso a etapas anteriores no se puede fundar en violaciones a las garantías del imputado -prohibido expresamente en nuestro Código Procesal Penal, artículo 162 primer párrafo- y, sobre todo, porque se trata de un acto que no puede sanearse en esta etapa ordenando la rectificación del error, tal como también lo señala el citado artículo en su primer párrafo. Así las cosas, no corresponde otra forma de decidir que revocar la sentencia y absolver al inculpado.

6. Por último, adhiero a la imposición de costas y a la regulación de honorarios propuesta por la colega que guía el acuerdo.

El juez Leonardo Marcelo Pitcovsky dijo:

La mención de los antecedentes traídos por las partes para resolver la impugnación de la sentencia condenatoria, han sido dichos prolijamente por la colega primer votante, por lo que en honor a la brevedad a

ellos me remito, sin perjuicio que constan en el audio de la audiencia llevada al efecto.

En su alegato, los Sres. Defensores cuestionan la condena de su pupilo, refiriendo que el Juez del juicio asienta su sentencia en base a dos argumentos centrales, cuales son la declaración de la menor víctima en Cámara Gesell y el informe psicológico presentado por la Perito Psicóloga Lic. F., más que ello no resulta prueba suficiente para tener por acreditados los hechos denunciados y que R., en base a lo dicho en su propia defensa, sea su autor material.

Respecto al recurso del imputado, y a continuación del fallo "Casal" de la Corte Nacional, numerosas sentencias de control se han articulado en pos de lograr una revisión amplia e integral sobre el derecho y sobre los hechos sentenciados. Nuestro propio sistema procesal legal así lo ha incorporado en su redacción, exigiendo un examen completo y exhaustivo sobre estos tópicos ante una impugnación ordinaria, por parte de la Cámara Penal.

Recientemente, en la causa "Carrera Fernando Ariel s/ Recurso de hecho, nro. 8398 J", nuevamente el Máximo Tribunal Nacional se ha expresado en ese sentido, cuando apuntara: "*esta Corte entiende que asiste razón al recurrente en cuanto alega que el tribunal a quo no efectuó una revisión integral, exhaustiva y amplia del fallo condenatorio ya que, a la luz de las constancias de la causa, se corrobora que este omitió analizar en forma debida los agravios formulados por aquel. En efecto, el tribunal revisor no trató de modo suficiente y acabado los argumentos planteados por la defensa en el recurso incoado contra la condena con base en los elementos probatorios que expresamente individualizara, y por los que sostuviera que sus asistido era ajeno al ilícito de robo por el que fuera condenado*".

En esa corriente de pensamiento, entonces, cabe esta revisión.

Veamos. El Magistrado, al tiempo de clausurar en su sentencia la cuestión referida a la materialidad delictiva (Punto II), expresó que tras el análisis de

las pruebas efectuada, consideraba "*cierto y probado que durante el lapso temporal comprendido entre los años 2007 y 2009 la damnificada fue objeto de diversos actos de ineludible contenido sexual por parte de J. R., sujeto activo del ilícito bajo examen*".

Se aprecia en principio, desde esta estructura de imputación de los hechos incriminados, una importante limitación en la demarcación de los mismos. Empero, como se debe tomar la sentencia como un todo indiviso, es que en razón de este escaso detalle respecto de los hechos materia de condena, he de recurrir, si lo hubiere, a otra descripción de los sucesos y a la prueba de cargo que los corrobore, en otro capítulo de la misma, pues ha sido este en definitiva el agravio de la parte al poner en duda su acontecer.

Repasado el contenido del decisorio, surge a su inicio que el Juez remarca, en base al marco descriptivo del Auto de Apertura a Juicio, que los hechos fueron acaecidos en "*diversas fechas indeterminadas pero cuya data originaria tuvo inicio durante el año 2007, en la ciudad de Trelew, en el domicilio sito en W. D. nro. ** reiterándose en el tiempo hasta 2009 en la ciudad de Rawson, en el domicilio de calle P. nro. *** de la indicada ciudad Capital, domicilios en los que el procesado J. A. R., en conocimiento de la minoridad de la damnificada dada su situación y aprovechamiento de convivencia* ***habría realizado sobre el cuerpo de la menor diversos tocamientos, en la zona vaginal y anal por encima de la ropa. Atribuyéndosele asimismo que en una oportunidad se hubo acostado desnudo en la cama junto a la niña tomándole las manos para que ella lo toque y, ante su negativa se le subió encima, logrando la menor huir del lugar***" (la negrilla me pertenece).

Se observa que esta imputación refiere a tocamientos en zona vaginal y anal. Sin embargo, repasada la declaración de la menor en Cámara Gesell, nunca refirió

ser tocada en su parte anal. Si bien aparece esta enunciación como un mero detalle en el contexto de abuso generalizado en el tiempo –a juicio del sentenciante-, del análisis que a continuación haré, se advertirá que ello no es así.

Debe señalarse que la prueba de cargo que trae la Fiscalía en su acusación, no evaluada por el Juez en la sentencia en forma pormenorizada, son los testimonios de E. E. V., tía de la víctima, quien dijo que la menor le comentó que "él" (R.) se acostaba desnudo con ella, le tocaba la vagina y la cola, **por debajo de la ropa**, y que sucedía casi siempre; de S. E. V., quien relató, según dichos de P., que en una oportunidad salió (R.) de la ducha con la toalla puesta y se metió en la cama de ella, más que en otra oportunidad, estando al lado de la mesa "J." le desprendía el corpiño y le tocaba los pechos; de I. T. F., abuela de la menor, quien expresó que su nieta le dijo que la pareja de su madre se había metido luego de salir del baño a su cama, se quedó desnudo y **la tocó**; tenía puesto sólo una toalla y de E. del C. M. T., madre de la niña, quien relató –según expresiones de su hija- que un día antes que se fuera a Puerto Madryn a ver a su padre (R.) éste le decía que si no se dejaba tocar, le diría a su madre que ella tenía novio y **la tocaba en los pechos, la pelvis, le metía la mano por debajo de la bombacha y que en otra oportunidad le dijo que le iba a enseñar a hacer el amor y se metió en la cama desnudo con ella.**

Se advierte de esta referencia que las testigos se pronuncian sobre distintas modalidades delictivas –acciones dispares recibidas de boca de la propia víctima- más no se aprecia, además de que no se indica lugar específico ni data estimativa de los acometimientos, identidad entre ellas, ni con los dichos de la menor víctima.

Otra de las pruebas fundantes de la condena, como se señalara al principio, fue el informe pericial practicado por la lic. F., destacando la Fiscalía de este instrumento que la menor no debía ser tomada como

fabuladora, sin perjuicio de demarcar que la profesional no había realizado un examen de credibilidad. Respecto a este asunto, complejo desde su origen, han discutido largamente las partes, pero, como luego señalaré, este informe deberá evaluarse con el conjunto de la prueba discutida y en un justo equilibrio, atendiendo en ese aspecto también a que a la menor se le practicó el psicodiagnóstico meses antes de que expusiera en cámara Gesell, siendo la misma Psicóloga quien luego la contiene y la guía en la posterior declaración, para que desarrolle con precisión el o los hechos donde resultara víctima.

He dicho en otras sentencias que el informe agregado por la perito psicóloga auxilia al Juez en la apreciación de la prueba en su conjunto, y apuntala aquella prueba directa que acercada al proceso indican que un suceso delictivo se produjo de determinada manera, en un determinado lugar, bajo comprobadas circunstancias y por determinada persona. Es así que la profesional coopera con su ciencia con el Magistrado, lo asiste y en su caso lo refuerza en el enfoque sobre otras pruebas directas y concretas que desentrañen y perfilen el camino hacia la convicción plena, que no es más que lograr la certeza positiva. (Tintaya, Noel W. p.s.a. de Abuso sexual, Vigovich. M.A. p.s.a. de Abuso Sexual, Carpetas 0118/06, 0386/07, 0217/06 OFIJUPM).

En el caso en examen, no advierto que esta certeza se haya concretado en la fijación de los hechos reprochados, pues la prueba directa soporte del reproche estuvo contenida sólo en la escueta declaración de la menor en relación a ellos –ver audio e imágenes en C. Gesell-, sin duda ambiguos en su contenido, cuestión resaltada por la Defensa.

En lo demás, el magistrado, en su calificado esfuerzo por alzar el relato de la menor, ha girado en círculos a lo largo de la sentencia reflexionando y repasando sobre

el contenido del informe psicológico y la credibilidad que había que darle a las manifestaciones de la niña. En reiteradas oportunidades analizó y rechazó además, con esta misma manera de argumentación, cualquier hipótesis trazada sobre el posible origen espúreo de la denuncia y sobre las circunstancias que la Defensa indicara como cuestionables a la menor sobre su credibilidad –duda introducida por ella en relación al primer hecho-. Empero, no ha dado respuesta cierta al estado de incertidumbre planteado por los Sres. Defensores en cuanto al acontecer efectivo de los hechos materia de reproche criminal y objeto central del proceso, quienes entendían y así lo propusieron, que no existía prueba sustancial que avalara ello. En eso estoy de acuerdo, en tanto no advierto que se haya producido y contradicho otra prueba que certifique cabalmente, acaso la existencia de los hechos, y en su caso, el tiempo y modo en que estos se habrían producido. La duda respecto a la comprobación de la materialidad delictiva se impone, así lo hemos discutido y consensuado en la deliberación. Como consecuencia de ello y conforme lo prevé la Constitución Provincial y el Código de Procedimientos Penal, deviene la libre absolución del imputado R. Así lo voto.

Respecto de la imposición de costas y de los honorarios a fijar a los letrados defensores, comparto en un todo lo establecido por la Dra. Mónica Rodríguez en su sufragio.

De conformidad con los votos precedentes, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1) Hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado J. A. R. -cuyas demás circunstancias personales obran en autos- contra la sentencia dictada en fecha 29/02/12;

2) Absolver al Sr. J. A. R., con relación a los hechos por los cuales fuera sometido al presente proceso penal;

3) Imponer las costas al acusado (art. 242 inc. 3 CPP), y regular los honorarios de los profesionales intervinientes en un 35% del monto fijado en la sentencia de mérito, por la labor desarrollada en la presente instancia, de conformidad con lo establecido en los arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2.200); y

4) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Mónica Rodríguez **Omar Florencio Minatta**

El Dr. Leonardo Marcelo Pitcovsky no suscribe la presente por ausencia posterior al acuerdo (art. 331 *in fine* CPP). Registrada con el Nro. 05/2012 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.