En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 11 días del mes de diciembre del año 2013, los miembros de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, ministros: Daniel Alejandro Rebagliati Russell, Alejandro Javier Panizzi y Jorge Pfleger, se reunieron en Acuerdo, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados **"C., J. M. s/ denuncia s/ impugnación"** (Expediente N° 22.476- Letra "C" –Año 2011).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo practicado de fs. 315: Rebagliati Russell, Pfleger y Panizzi.

El Juez **Daniel A. Rebagliati Russell** dijo:

I) Contra la sentencia definitiva que absuelve a D. O. C., la querella interpuso impugnación extraordinaria.

El Tribunal Unipersonal constituido en la ciudad de Rawson e integrado por el doctor Gustavo Daniel Castro, mediante sentencia dictada el día 12 de septiembre de 2011, absolvió al mencionado C. del delito de abuso sexual simple –tres hechos- en concurso real.

II) El hecho, objeto de acusación, se relató de la siguiente manera: *´Hecho N° 1) Ocurrido en fecha que no puede ser precisada con exactitud*

///

*pero que data aproximadamente del mes de junio del año 2009, en el J. M. B. S. R., de la Ciudad de Rawson, Chubut, el encartado sabiendo lo que hacía, conociendo la edad de l aniña A.A.A. de cuatro años de edad, la separaba del grupo aludiendo mal comportamiento por parte de la nombrada, la sentaba en una silla y abusaba sexualmente de la niña realizándole tocamientos en la vagina´; Hecho N° 2)´Ocurrido en fecha que no puede ser precisada con exactitud pero que data del mes de junio del año 2009, en el J. M. del Area ** de Rawson, Provincia del Chubut, el encartado O. C., sabiendo lo que hacía, conociendo la edad de la niña M.A.G. de tres años al momento del hecho, abusó sexualmente de la niña realizándole tocamientos en la vagina´; Hecho N° 3) ´Ocurrido en fecha que no puede ser precisada con exactitud, pero que data aproximadamente de mes de junio de 2009, en el J. M. del B. S. R., sito en la ciudad de Rawson, cuando el querellado, O. C., sabiendo lo que hacía, conociendo la edad de la niña B.G.D.B. de tres años de edad, abusó sexualmente de la niña realizándole tocamientos en las partes íntimas de esta, más precisamente en la vagina.´* –v.fs. 242 y vta. de la sentencia-.

///

III) Que a fs. 255/89 la querella interpone impugnación extraordinaria.

Aduce el impugnante que la sentencia carece de motivación suficiente, importando ello haber llegado a una resolución arbitraria.

Analiza la prueba obtenida respecto a cada uno de los tres hechos, y critica la manera en la que el juez valoró el material, intentando demostrar la parcialidad denotada en su actividad, tanto al analizar el testimonio de los docentes, como al evaluar la documental de una de las historias clínicas presentadas.

Aduce que las dos niñas abusadas presentaron los mismos hallazgos físicos, que sumado con el restante material probatorio, pueden servir de base para la condena.

IV. Previo a continuar con el análisis del caso, estimo oportuno recordar el criterio sustentado por esta Sala en lo atinente a las condiciones de admisibilidad de los recursos extraordinarios.

Como he sostenido en otras oportunidades, tratándose de una impugnación de la querella contra una sentencia que desvincula definitivamente al imputado del proceso, deberá observarse con estrictez si se dan los presupuestos legales para habilitar la instancia.

///

En este caso, el motivo central del recurso radica en cuestionar la forma en que el juez valoró la prueba.

V. De una detenida lectura del fallo se deduce que la arbitrariedad denunciada no es tal y que la impugnante no demostró, en su presentación, un error evidente que permita habilitar la instancia.

El juez analizó el material incorporado al debate y concluyó que el mismo no es suficiente para acreditar la participación del incuso en los hechos.

Los motivos que indicó la querella en el recurso no alcanzan para echar por tierra los argumentos utilizados por el magistrado, que decidió la absolución del encausado.

Así, sostuvo que al finalizar el fallo: ´*… si la psicología no pudo dar una respuesta asertiva, porque la experta en relación a las menores A.A.A. y M.A.G. expresó probabilidad y en relación a B.G.D.B. la rechazó, en lo tocante de que no pudo haber sido un abuso sexual; si las entrevistas en el Servicio de Asistencia a la Víctima se multiplicaron pudiendo la reiteración contaminar el relato del as menores, al igual que la actitud de las madres frente al desarrollo de la investigación, si los docentes de los*

///

jardines, testigos privilegiados de eventuales cambios de conductas de las niñas no advirtieron nada anormal; y fundamentalmente si lo manifestado por las menores víctimas en Cámara Gesell no encuentran apoyatura en el resto de la prueba ofrecida por los acusadores, no hacen más que conducirme a una decisión desincriminatoria del traído a juicio…´.

Estos extremos no fueron debidamente controvertidos por el recurrente.

Por otro lado la sentencia se ajusta cómodamente a las probanzas rendidas en el debate, y fueron valoradas conforme a las leyes de la lógica y la sana crítica racional.

Siendo ello así, corresponde rechazar sin más el recurso deducido y confirmar en todas sus partes la sentencia impugnada.

Así voto.

El Juez **Jorge Pfleger** dijo:

I.- Prólogo

El presente caso a llegado a los estrados de la Sala por obra de la impugnación extraordinaria deducida por los querellantes J. M. C., M. A. y M. E. B., con el patrocinio letrado del doctor R. E. D. (ver las hojas 255/289) en desmedro de la sentencia del Juez Penal de Rawson, fechada el

///

día 12 de Septiembre de 2011 y registrada con el número 2094/11.

En ella se absolvió a D. O. C. como autor material y responsable de delito de Abuso sexual simple (arts. 119 primer párrafo del Código Penal), por los presuntos hechos ocurridos en el J. M. del B. S. R. de Rawson, durante el mes de Junio del año 2009 en perjuicio de las menores A.A.A., M.A.G. y B.G.D.B., por no haberse acreditado los episodios en su materialidad.

II. Límites de la impugnación.

Deseo dejar sentado mi el criterio sustentado en la causa: **"M. R. s/denuncia Lesiones culposas"** (Expte. 21.172-Folio 46-T II-M-2007), en punto a la legitimación de la querella para recurrir un fallo absolutorio, cuando el titular de la acción pública lo ha desestimado.

Ello daría por tierra con la pretensión.

Sin embargo, el criterio mayoritario sustentado en causas anteriores por mis compañeros de Sala, me imponen la obligación de atender el remedio que aquí se intenta.

III. Algunas cuestiones preliminares

Como ha expuesto con corrección mi par de Sala, ha menester enfatizar acerca de los estrictos límites del recurso extraordinario articulado por la querella contra una sentencia absolutoria. Esta alusión es apropiada pues se intenta, como se intentó en esas ocasiones, esbozar las fronteras asignadas a la pretensión, cuestión que condiciona la solución a dar

///

La materia ha ocupado, como dije, otros casos a los que remito en honor a la brevedad; empero, no puedo soslayar la repetición de los siguientes predicados: a. la intervención de la instancia no implica la reclamación de una revisión de tono amplio, sino un intento excepcional que excluye un re- análisis de la prueba en sí misma. b. el valor convictivo dado a los medios queda incólume en la instancia, salvo los supuestos de demostrada arbitrariedad por acción u omisión, c. la revisión es posible si existe un palmario error en la aplicación del derecho.

Siendo así, cualquier convite a revisar la prueba en sí o a reevaluarla es improcedente. La instancia exclusiva repulsa todo intento de analizar el valor de la evidencia en sí y el precio que se le atribuyó por el Magistrado del debate.

Sólo habilita la revocación el comportamiento procesal que cae en los preceptos señalados.

IV. La solución

1.- Disentiré con el colega del primer voto en la solución que se da al asunto pues a la luz del recurso, el señor Juez ha trasgredido las reglas de la sana crítica al ponderar los

///

testimonios de las niñas, omitido prueba relevante y considerado situaciones contingentes que, si bien empañan la mirada sobre el caso, no repercuten con el grado de intensidad dado.

2.- Creo que la cuestión capital radica en que se han desmerecido, haciendo primar otras consideraciones, los dichos de los niños expuestos en Cámara Gessell, sin analizarlos conforme las reglas del recto pensar.

El testigo niño es un testigo "especial" en tanto merece protección "especial"; pero no es un testigo calificado, en todo caso sus dichos son obtenidos mediante procedimientos especiales (para su protección) y sometidos a sistemas de validación diferentes que – en interacción- son analizados por los jueces en el marco en que se ha expuesto.

La llamada "validación" no es un método científico que suple el testimonio, es, como he dicho otrora, una técnica al servicio del Juez.

Porque repito, sea como fuere abordado, el niño no deja de ser testigo.

Y si en un caso en que, por lo general, los estigmas físicos están ausentes, el análisis de las expresiones ha de ser atendida con sumo esmero.

///

El hecho de que los padres pudieran llevar la cuestión a escándalo no altera las cosas.

Se deberá ajustar el análisis para verificar en cuanto ese desafuero condiciona el relato ulterior del niño, que no por ello perderá valor en lo nuclear.

Cada una de las criaturas ha señalado con precisión los tocamientos que le fueron infligidos y, sin embargo, el tratamiento dado se diluye entre los meandros de las opiniones expertas y las citas dogmáticas.

Y allí es donde logra éxito la posición de la recurrente que, al citar decisiones del Superior de Justicia de Córdoba, traduce aquello que la lógica de las cosas conduce a considerar los testimonios infantiles como tales.

No ha de partirse del apotegma “los niños dicen siempre la verdad”; a priori inaceptable en un sistema de valoración como el nuestro, que expele cualquier pensamiento crítico “canónico”.

Pero tampoco desdeñar ese relato por el sólo hecho de que adultos entrenados expresen sus dudas sobre la existencia de abuso infantil o por el prejuicio consistente en que

///

los adultos necesariamente influirán en el testimonio desnaturalizándolo.

Si bien los Jueces han de tomar precauciones en la ponderación de la más común pero insegura de las prueba, no menos veraz resulta que las opiniones expertas pueden ilustrar sus entendimientos de ellos, pero jamás reemplazarlos.

En el caso de los niños, la actividad de profesionales en la mal llamada búsqueda de "validación", no puede sustituir ese proceso intelectivo que es esencial en la Magistratura: la selección, clasificación y calificación de la evidencia, como ya esbocé antes.

Debe tenerse presente, por lo demás, que el niño es, por definición, un sujeto vulnerable y que el sistema judicial debe sujetar sus procedimientos a esa particular situación, y ello abarca la decodificación de una prueba que lo tiene al menor como órgano.

Las "100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD" constituyen, por citar un ejemplo, guía ineludible para aquella tarea.

En suma, dice Aida Kemelmajer de Carlucci que "...los conflictos planteados y sus dificultades muestran qué importante es tener una

///

Magistratura sensible, especialmente preparada para responder a los nuevos requerimientos de los tiempos. El legislador debe dictar normas claras y eficaces, pero la interpretación y la aplicación de la ley, fundamentalmente en este tipo de materia no pueden desentenderse de las especiales circunstancias de la causa y de las consecuencias futuras de la decisión. Por eso, el equilibrio sólo puede marcarlo el juez; pero para que la decisión cumpla con el famoso recaudo de la proporcionalidad, no solo se requiere sentido común, sino razonabilidad y eficiencia, elementos afanosamente buscados por los destinatarios del sistema de justicia...” (Epílogo del artículo de la autora citada titulado “El inestable equilibrio entre el interés superior del niño y el derecho de defensa en juicio” en Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal n° 9, editorial “Ad hoc”, pág. 215 a 235).

V.- Epílogo

Por todo lo expuesto, y sin perjuicio del respeto intelectual que merece el Magistrado emisor, considero que la sentencia es arbitraria y debe anularse.

Así me expido y voto

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

///

I. Me toca terciar en la disparidad de criterios suscitada entre mis colegas de Sala, con relación al caso proveniente del Tribunal Unipersonal constituido en Rawson, que absolvió a D. O. C. como autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual simple (artículo 119, primer párrafo del Código Penal) por los presuntos hechos ocurridos en el J. M. del B. S. R. de aquella ciudad, durante el mes de junio del año 2009, en perjuicio de las menores A.A.A., M.A.G. y B.G.D.

II. No repasaré el contenido de la pieza atacada ni los motivos expuestos en el escrito de las hojas 255/289, pues han sido prolijamente relatados en el primer voto.

III. Coincidiré con el temperamento sustentado por el ministro Rebagliati Russell, es decir, propiciaré el rechazo de la impugnación extraordinaria y la confirmación de la sentencia puesta en vilo.

Antes, expresaré que si bien la parte querellante se halla legitimada para resistir la absolución de D. O. C. (conforme el artículo 379 del ceremonial), se debe ser muy cauto y actuar con suma estrictez cuando el recurso es impulsado por un acusador contra un decisorio que desvincula o mejora la situación del atribuido.

///

IV. El representante de la vindicta privada censuró por irracional y arbitraria la conclusión adoptada en el fallo. Marcó la ausencia de motivación de la sentencia y la omisión de valorar prueba dirimente para cimentar la condena del encartado.

V. Luego de leer con detenimiento el pronunciamiento del juez penal Gustavo Daniel Castro, convalido su labor intelectual, toda vez que el magistrado brindó las razones para sostener la conclusión absolutoria.

Así, el sentenciador manifestó que la única prueba directa de los hechos era el relato de las menores, prestado bajo la modalidad de Cámara Gessel. Luego, aclaró que mensuraría el grado de credibilidad de sus dichos, atendiendo la posible contaminación de su testimonio y la concordancia con otros elementos de prueba.

En ese derrotero, reveló distintas circunstancias que pudieron haber afectado la veracidad del relato de las menores. Ponderó la declaración de la licenciada P. F., quien tuvo a su cargo la realización de la pericia psicológica. La profesional reconoció la posible contaminación del relato de las menores a raíz de las sucesivas entrevistas a las que fueron sometidas.

///

Asimismo, la experta señaló que el único síntoma de abuso sexual infantil que pudo apreciar en las víctimas, fue su relato, ya que los demás indicadores que señalaron los progenitores de aquellas, eran inespecíficos, pudiendo tener su origen en otra situación conflictiva, incluso en el hogar.

El magistrado valoró negativamente la actitud militante y organizada de las madres de las víctimas, orientada a hostigar al imputado. Consideró que ese accionar tuvo consecuencias perniciosas para la salud psicológica de las niñas (en especial para la menor B.G.D., de cuya afección dio cuenta en el debate su terapeuta particular).

Al tiempo de examinar la concordancia de la versión de las pequeñas con otros elementos de prueba, el sentenciador expresó que en la causa no encontraba evidencias objetivas independientes que le permitieran tener por probados los hechos, sino que observaba contra-indicios que lo conducían a establecer que los sucesos difícilmente habían ocurrido de la manera en que habían sido relatados.

Repasó diversos testimonios que describieron la modalidad de las clases de educación física, indicando que el único contacto del imputado con

los infantes era durante el tiempo en que se desarrollaba la actividad –entre treinta y cuarenta minutos, una vez por semana- y que ésa se realizaba en un ámbito físico de fácil acceso a terceras personas.

También meritó la circunstancia apuntada por los docentes del jardín quienes afirmaron que los pequeños esperaban la clase de educación física porque les gustaba; que si bien algunos lloraban, era normal ya que ocurría durante el período de adaptación; que luego de la actividad no regresaban golpeados, ni preocupados ni llorando.

Analizó los hechos materia de acusación en particular y los elementos de cargo sobre los cuales los acusadores apoyaron sus pretensiones, para concluir que éstos resultaban insuficientes para tener por probada la materialidad de los eventos.

Este repaso por los argumentos del a quo pretende demostrar que el razonamiento intelectual del sentenciador es acertado, que resulta fundado y que sus conclusiones son producto de una valoración lógica de la prueba arrimada, los que, en modo alguno se ven conmovidos por el remedio interpuesto.

///

Es que, la verosimilitud del relato de las pequeñas no ha logrado transmutarse en certeza durante el debate.

En este sentido la doctrina ha consagrado el axioma de que los niños nunca mienten, como una regla de oro; en tanto que el principio in dubio pro reo, se erige como una máxima de platino. De esta manera, frente a la colisión de aquellos principios, debe prevalecer siempre el último (artículos 44 de la Constitución Provincial y 28 del ceremonial).

VI. Por todo lo dicho, propicio el rechazo de la impugnación extraordinaria de la querella, con costas, y la confirmación de la sentencia atacada.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- S E N T E N C I A ----------

1°) Declarar improcedente la impugnación interpuesta a fs. 255/89, con costas.

2°) Confirmar la sentencia protocolizada con el número 2094/2011, de fs.242/53 vta.

3°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo. Daniel A. Rebagliati Russell-Jorge Pfleger-Alejandro Javier Panizzi- ante mi: José A. Ferreyra Secretario. Registrada bajo el n° 45 del año 2013.-

///

///