Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Rawson, capital de la Provincia del Chubut, a los catorce días del mes de abril del año dos mil catorce, se reunieron en Acuerdo los miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia, integrada por los doctores Jorge Pfleger, Alejandro Javier Panizzi y Daniel Alejandro Rebagliati Russell, con la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los autos caratulados "**C., J. L. s/ Denuncia Abuso Sexual s/ Impugnación**" (Expediente N° 22683 - Folio 102 – Año 2012).

El orden para la emisión de los votos, que resultó del sorteo practicado a fojas 145, es el siguiente: Panizzi, Rebagliati Russell y Pfleger.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Contra la sentencia número 14 del año 2012 del Tribunal Unipersonal de Puerto Madryn, que absolvió a F. J. M. en orden al delito de abuso sexual simple, agravado por ser el imputado padre de la víctima, el Ministerio Público Fiscal y la Querella dedujeron impugnaciones extraordinarias por ante esta instancia (hojas 103/111 y vuelta y, 112/123, respectivamente).

II. El hecho que fue materia de acusación pública y privada, es el siguiente: *El Sr. F. M.*

*abusó sexualmente de su hijo, N. M., de cinco años de edad, en forma reiterada durante el período comprendido 2008-2010, cuando el niño concurría de visita a la casa de su progenitor, sita en la calle A. *** de esta ciudad, indicando el niño que compartían juegos a los que definió como "El Juego de los Pescadores", el cual se desarrollaba en momentos en que el menor se bañaba con su padre, el progenitor era la lancha y el niño se sentaba arriba de su padre para pescar pececitos y "La Manchita", este juego se desarrollaba en la cama o en el suelo, debiéndose tocar uno a otro en distintas partes de su cuerpo, relatando N. que su padre mientras se desarrollaban estos juegos lo tocaba, le metía el dedo en la cola, que esto le causaba dolor. En su relato el niño agrega que cuando esto sucedía, él quería que su abuela S. lo viniera a buscar para llevarlo a su casa, manifestando: "me dolía, yo no quería que me haga esas cosas feas, mi papá me decía que no cuente nada a nadie porque si no, no iba a ver más a mi mamá… pero yo después le conté".*

III. El remedio deducido por la doctora S. B. B., representante de la Querella, ha quedado desierto toda vez que la parte no compareció a la audiencia fijada para el día 16 de octubre de

///

2012, en los términos del artículo 385, apartado sexto del ordenamiento adjetivo.

Advierto que la letrada incumplió el emplazamiento del artículo 384 del ceremonial, que ordena que se fije domicilio ante el tribunal de alzada. No obstante ello, en esta instancia, se le cursó la cédula de notificación al domicilio procesal constituido en la ciudad de Puerto Madryn (conforme hoja 139).

La ausencia de la impugnante conlleva la deserción de su recurso, pues el juego armónico de los artículos 306 y 385 del Código Procesal Penal le impone a la agraviada la obligación de concurrir a la convocatoria señalada para mantener en curso su presentación.

Situación similar se presentó durante la audiencia celebrada en los autos caratulados "*C., R. A.*" (Expediente N° 20.983 – Año 2007) en la que esta Sala arribó a la conclusión que aquí promuevo.

Juzgo, entonces, que deberá declararse desierto el remedio deducido a fojas 112/123 por la doctora S. B. B., en representación de la querellante, señora J. L. C., con costas.

///

IV. Como anoté más arriba, el recurso de la titular de la vindicta pública fue desarrollado entre las páginas 103/111 y vuelta.

La fiscala general, doctora María Angélica Cárcano, alegó a favor de su legitimación para impugnar, en orden a lo dispuesto en el artículo 378, inciso 2° del ceremonial. Explicó que sorteaba el límite objetivo impuesto por la norma en tanto había requerido para el incuso una pena condenatoria de más de tres años de prisión.

También fundó su recurso en las disposiciones del artículo 373, inciso 3° del Código Procesal Penal toda vez que –a su entender- el pronunciamiento era arbitrario porque la magistrada realizó una inspección parcial y aislada de los distintos elementos del juicio, valorándolos separadamente e, incluso, desechando prueba pericial fundamental que demostraba la autoría de M.

Atacó la aseveración de la jueza penal Pérez Bogado en punto a sostener que lo manifestado por las peritas en el informe de psicodiagnóstico, no podía suplir el testimonio del niño víctima cuando, como en el caso, N. no había logrado contar en la Cámara Gesell lo sucedido.

Adujo que el testimonio del niño no debía reducirse a lo expresado bajo aquella modalidad,

///

sino que debía computarse también aquello que espontáneamente les había expresado a su madre, abuela y psicóloga.

Dijo que si sólo se le daba valor probatorio al testimonio volcado en la Cámara Gesell, carecía de sentido analizar todas las demás pruebas ventiladas en el debate. Indicó que ahí reposaba el error de la magistrada, pues únicamente tomaba lo contado en ese recinto y, desechaba el resto del material, parcializando el análisis de cada una de las piezas.

Anotó que si el niño contó a las psicólogas los abusos de los que había sido objeto, la circunstancia de que no hubiera podido comunicarlo en la Cámara Gesell, no implicaba que aquéllos no hubieran existido.

A continuación, afirmó que la sentenciadora había valorado parcialmente y sin integrar cada una de las piezas probatorias.

Así, puntualizó que al descartar el informe de psicodiagnóstico, no se le estaba creyendo a la pequeña víctima. Cuestionó que la doctora Pérez Bogado pusiera en duda el informe de la licenciada C. F., quien textualmente anotó que el niño "…afirmó en reiteradas oportunidades que su

padre le introducía el dedo en el ano y esto le causaba dolor…”.

Se agravió porque la magistrada manifestara que no podía incorporarse el relato de N. M. contenido en el informe toda vez que entre ése, el de la licenciada S., que fiscalizó el procedimiento y la declaración del niño, existían discordancias y omisiones.

Explicó que la licenciada S. sólo tuvo un papel de control en dicha pericia, por lo que, no emitió ningún informe de psicodiagnóstico. Argumentó que la participación de aquella profesional, en su condición de perito de parte, aseguró el control del procedimiento.

Seguidamente, objetó que se dejara de lado el testimonio del licenciado R. D. A., quien se pronunció de manera coincidente a las psicólogas.

Rechazó el análisis que la magistrada efectuó de las manifestaciones de las docentes del jardín al que concurría N. Señaló que las maestras afirmaron que notaron cambios en la actitud del pequeño después de mitad de año. E incluso una de ellas, recordó que el día de la familia, cuando los niños ilustraban a su familia, N. manifestó que no dibujaría a su papá porque “le hacía cosas malas”.

///

A renglón seguido, censuró que la jueza le reprochara a L. C. que no hubiera advertido a las maestras de su noviazgo con J. Apuntó que la magistrada confundía la actitud reservada que adoptó la denunciante con una conducta encubridora. Aclaró que C. no relacionó los cambios de hábito de su hijo con su relación personal, pues N. consideraba a J. un amigo de la familia.

Más adelante, la Fiscala General puso de resalto que C. y M. se vinculaban en buenos términos. Indicó que las maestras jardineras dijeron que L. jamás hablaba mal de F. Anotó que éste gozaba de un amplio régimen de visitas con N. y que no tenía fijada una cuota alimentaria. Destacó que C. no tenía una motivación externa para denunciar los abusos, desde que, luego de que el niño le revelara tres episodios, ella reaccionó e inculpó al padre del pequeño.

Luego, atacó la ponderación que se hizo en la sentencia de la declaración de S. A., abuela materna del niño. Repulsó que se la considerara testigo de oídas.

Sobre el final, cuestionó que en el pronunciamiento no se tuvieran en cuenta las

disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Insistió en que el fallo del tribunal de mérito era arbitrario pues soslayaba una valoración armónica e integral de cada uno de los elementos probatorios incorporados y ventilados en el debate.

Por último, renovó la reserva de acudir por ante los estrados de la corte federal y requirió que se revocara la sentencia absolutoria y se dispusiera el correspondiente reenvío.

V. Si bien el Ministerio Público Fiscal se halla legitimado para impugnar la absolución de F. J. M. -artículo 378, inciso 2° del Código Procesal Penal-, creo preciso advertir que cuando el recurso es impulsado por el acusador, sea público o privado, contra un decisorio que desvincula o mejora la situación del atribuido, se debe ser muy cauto y actuar con suma estrictez.

A más de ello, pongo de resalto que a esta Sala le está vedada la injerencia sobre cuestiones de hecho y prueba, salvo los supuestos de manifiesta arbitrariedad.

VI. Advierto que la crítica de la representante de la vindicta pública, precisamente, versa sobre tópicos que escapan al control restrictivo de esta instancia, ya que no sólo afirman la omisión de ponderar prueba de cargo decisiva, sino que pretenden

///

una nueva puesta en valor del material probatorio colectado.

Opino que en el decisorio objeto de embate la sentenciadora consignó las razones que justificaron su conclusión, con base en la prueba reunida y de acuerdo al método de la sana crítica racional.

La doctora Marcela Pérez Bogado, luego de analizar cada uno de los elementos de cargo, determinó que éstos resultaban insuficientes para tener por probada la materialidad delictiva.

Arribó a tal conclusión luego de escuchar el testimonio en Cámara Gesell del menor N. A. M., quien al declarar bajo esa modalidad, no pudo sostener su relato acerca del abuso. Es que, el niño no aportó datos acerca de las conductas enrostradas a su progenitor. Apenas efectuó una referencia al "juego de los pescadores", a la que no pudo asignársele significación sexual alguna.

La jueza analizó lo informado por los licenciados Claudia Franca (del Equipo Técnico Interdisciplinario), K. S. (perita de parte) y R. D. A. (terapeuta de N.), quienes llevaron adelante la labor psicodiagnóstica del niño y afirmaron que durante las entrevistas el menor refirió tocamientos en la zona anal por parte del padre y exhibió, además, indicadores inespecíficos de abuso sexual (como la enuresis, trastornos de sueño, cambios de conducta con connotación agresiva).

Sin embargo, la sentenciadora anotó que no podía incorporar válidamente el relato del pequeño, contenido en el informe de psicodiagnóstico, pues aquello que el pequeño relató en las entrevistas privadas -concerniente al "juego de la manchita", a la introducción del dedo del padre en su cola, al dolor que eso le causaba y a la amenaza de que debía callar la situación-, no lo refirió en la Cámara Gesell.

A más de ello, la magistrada marcó falencias en el trabajo de los profesionales psicólogos. Así, apuntó que la licenciada Franca "le creyó" a la denunciante y no indagó más allá de la hipótesis

incriminatoria. Manifestó que la experta podría haber analizado el impacto de la nueva relación de pareja de L. C. en el ánimo de N., si ésta se lo hubiera manifestado al tiempo de realizarse las entrevistas.

A su turno, descartó el informe elevado por el licenciado R. D. A., pues su rol de terapeuta del niño N., a quien la madre consultó inmediatamente, lo invalidaba para ser perito.

Por otro costado, la jueza de grado examinó las declaraciones de las maestras jardineras de N., quienes detallaron los cambios de actitudes y comportamientos (básicamente, una conducta más brusca, aunque no violenta) que experimentó N. luego de las vacaciones de invierno, pasada la mitad del año.

La doctora Pérez Bogado anotó que temporalmente esta transformación de N. coincidió con el comentario que su madre le hizo, durante el receso invernal, de que se irían a vivir a Carreleufú con la nueva pareja de ella.

También fue ponderada la declaración de S. A., la abuela materna de N., quien si bien relató un episodio donde el niño le reveló que su papá "le metía el dedo en la cola", no halló sustento en el resto del material aportado (a excepción de la declaración de la madre de N.).

V. P., la tía de N., expresó que el niño compartía las tardes con la hija de ella y que no notó cambios de actitud en él, y que tampoco éste le comentó nada sobre los hechos investigados.

Por último, la magistrada censuró la falta de pericia médica sobre el niño, la que, de haberse practicado, podría haber apuntalado la tesis acusatoria.

VII. Así las cosas, advierto que la a quo efectuó un examen del conjunto de la evidencia y, sobre la base de ese análisis, no tuvo por probada la materialidad de los sucesos endilgados.

Es que, el niño durante la entrevista en Cámara Gesell no relató ningún episodio con contenido sexual que involucrara a su padre. Aquello que manifestó durante las sesiones privadas, de lo que dieron cuenta las profesionales intervinientes, no puede suplir ni completar la entrevista filmada.

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

De esta manera, corresponde dar respuesta negativa a la pretensión deducida, por cuanto el fallo cuestionado resulta fundado, y sus conclusiones, fruto de una valoración integrada y lógica de la prueba colectada, que en modo alguno se ven conmovidas por el remedio interpuesto.

VIII. Por lo expuesto, propicio el rechazo de la impugnación extraordinaria articulada por el Ministerio Público Fiscal y la confirmación de la sentencia N° 14/2012.

Asimismo, deberá declararse desierto el remedio deducido a fojas 112/123 por la doctora S. B. B., en representación de la querellante, señora J. L. C., con costas.

Así voto.

El juez **Daniel Alejandro Rebagliati Russell** dijo:

I) En el voto elaborado por el doctor Panizzi fueron expuestos los antecedentes del caso y los agravios vertidos por el Ministerio Público Fiscal, de modo que, en honor a la brevedad, me abstendré de hacer una ociosa repetición.

II) Antes de continuar, adhiero a la propuesta formulada respecto a que el recurso interpuesto por la querella quedó desierto. Ello por cuanto el interesado no compareció a la audiencia prevista en el artículo 385 del Código Procesal Penal, a pesar de haber sido debidamente notificado.

Así y, conforme la posición sentada en **"C., R. A."** (Expediente N° 20.983 – F° 12 – T° II – Letra "P" – Año 2007), corresponde declarar desistida la impugnación extraordinaria, con costas.

///

III) Aclarado ello, paso analizar la impugnación del Ministerio Público Fiscal.

Como lo vengo sosteniendo, la parte acusadora debe demostrar la arbitrariedad o la incorrección en que incurrió el juzgador, máxime cuando el recurso arremete contra un fallo que desvincula al encartado.

En este caso el recurso sostiene que el tribunal desechó prueba fundamental que demuestra la autoría de M., y que el análisis que hizo fue parcial, sin hacer una valoración integral de los elementos aportados en el debate.

IV) Ahora bien, de una detenida lectura del fallo se deduce que la arbitrariedad denunciada no es tal y que la Fiscalía no demostró en su presentación un error evidente que permita habilitar la instancia.

El juez analizó el material incorporado al juicio y lo consideró insuficiente para acreditar, con el grado de certeza que exige esta etapa, la existencia del hecho

Sostuvo que la única prueba directa incorporada al debate fue el testimonio del menor N. en Cámara Gesell. Analizó que en dicha ocasión no aportó datos relevantes, ni se refirió a las conductas imputadas a su padre, a pesar de la insistencia de la Licenciada Franca con la pregunta de los juegos que realizaba en la vivienda de su progenitor.

Así resaltó el silencio de la conducta reprochada, y minimizó la interpretación que hicieron las psicólogas del comportamiento de N. durante las entrevistas.

///

Por otro lado dijo con firmeza que ni el informe de los peritos ni la declaración de la madre, pueden suplir el testimonio de la propia víctima.

Esta síntesis tiene por finalidad graficar brevemente la elaboración intelectual realizado por el Tribunal, y demostrar que dio razones para resolver como lo hizo.

Y, a raíz de lo dicho en el punto III), entiendo que la labor intelectual del juez no puede ser reeditada en esta instancia de carácter excepcional, permitiéndose verificar únicamente que este razonamiento no sea contradictorio, ilógico o irracional.

De esta manera, al no advertir arbitrariedad en la decisión, habré de rechazar la impugnación extraordinaria interpuesta y confirmar la sentencia en crisis.

Así voto.

El juez **Jorge Pfleger** dijo:

1. Introito.

a. La exigencia de fundar el sufragio, de raíz constitucional, es la causa de este trabajo que, lo anticipo, será breve.

///

Y así lo será pues no solo la opinión de los señores Jueces ha dado ya mayoría a una posición ratificatoria de la absolución, sino que la tesis sostenida por mis distinguidos pares es la correcta y la suscribo sin reparos.

b. Queda holgado cualquier introito frente a la claridad de las exposiciones que han sucedido.

De modo pues que a la par que remito a esas consideraciones anuncio que daré razones de la postura a la que he aludido.

II. El caso.

1. Por cierto que comparto el criterio de declarar desierto el recurso articulado por la parte Querellante.

La postura de esta Sala en el precedente **"C., R. A."** (Expediente N° 20.983- F° 12 - T° II - Letra "P" - Año 2007), es elocuente por si, como lo es la conclusión de los sufragios que anteceden al respecto.

2. Considero, en otro peldaño de análisis, que es preciso prologar refiriendo, una vez más, a las condiciones que habilitan el examen que se propone, pues esta es una cuestión capital a la hora de decidir la suerte de la sentencia.

En efecto, saber las fronteras del recurso extraordinario del Ministerio Fiscal implica fijar nuestros propios límites discursivos.

3. He referido en otras ocasiones- muchas- que el marco del recurso extraordinario de la

///

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

persecución es estrecho, angosto, reducido; que no puede ir más allá de los estrictos límites demarcados por los arts. 373, 378 y sus respectivos incisos, y 379, todos del C.P.P.

El adjetivo local, como lo he dicho, tiende a limitar, cuando no a obturar, la vía recursiva del Ministerio Público y del Acusador particular, estableciendo específicos presupuestos que resultan de interpretación restrictiva.

No se desconoce la capacidad de la acusación de impugnar; pero los motivos han de ser "extraordinarios", entendiéndose por tal apegados al estricto marco que lo autoriza.

4. Bajo esta perspectiva considero que el Código Procesal Penal de la Provincia del Chubut (arts. 373 inciso 3° y 378) cuando ha estatuido los presupuestos del control haciendo mentas de la "contradicción", la "ilogicidad", la "arbitrariedad" o el "error" los asocia con el término "evidente" en la construcción del discurso de justificación de la sentencia, en lo que a los hechos concierne.

Por "evidente" debe entenderse la percepción clara y precisa de los vicios que surjan del mero

///

confronte entre el argumento del recurso y el texto impugnado.

De allí que exorbite la dimensión del remedio extraordinario toda proposición tendiente a poner en juego el valor que los Magistrados asignaron a la prueba, pues –nuevamente- la instancia no admite la reedición de cuestiones preteridas (una nueva justipreciación de aquella) ya que no es un escalón recursivo común, sino que es especial.

5. En otras palabras, para el Ministerio Fiscal el ámbito del recurso extraordinario queda limitado a cuestiones de derecho, sean de fondo o de forma, y sólo concierne a los hechos cuando se expone con elocuencia y claridad la ilegalidad, en sentido amplio, del razonamiento de los Jueces cuando operaron intelectualmente sobre la prueba.

6. Juzgo, con mis colegas, que el recurso no alcanza a demostrar ningún vicio que afecte la estabilidad de la sentencia.

En ella se ha valorado la prueba siguiendo niveles aceptables, se han computado y confutado las hipótesis posibles que se derivaron de aquella apreciación y llegado a la conclusión absolutoria mediando un razonamiento plácido, concreto y completo.

Es que no es extravagante que la sentenciadora hubiera puesto en su sitio- en

///

armonía- la declaración del niño en "Cámara Gessell", la opinión de los auxiliares expertos y los testigos de segundo grado; y extraído, de ese complejo conclusiones válidas (maestras del jardín de infantes incluidas).

7. No debe perderse de vista- nuevamente- la dimensión del análisis que se formula y la exigencia a la recurrente de una demostración plausible de los defectos que acusa.

Si la denuncia lo es de arbitrariedad, que es un concepto complejo y difícil de definir en términos jurídico-procesales, cabe ir más allá de poner en tela de juicio el valor asignado a los elementos de prueba, pues implica una labor que hostigue la reflexión misma de quien emite un juicio, esto es la forma en que los Magistrados operaron intelectualmente sobre aquellos.

III. Epílogo

Por todo lo expuesto concurro a promover la confirmación de la decisión apelada.

Así me expido y voto.

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

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

-

///

1°) Rechazar la impugnación extraordinaria articulada por la fiscala general María Angélica Cárcano (hojas 103/11 y vuelta).

2°) Declarar desierto el remedio deducido por la doctora S. B. B., en representación de la querellante, señora J. L. C. (fojas 112/123), con costas.

3°) Confirmar la sentencia número 14 del año 2012 del Tribunal Unipersonal de Puerto Madryn (hojas 78/99).

4°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo. Jorge Pfleger-Alejandro Javier Panizzi-Daniel A. Rebagliati Russell-Ante mi: José A. Ferreyra Secretario

///