En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los diecinueve días del mes de diciembre del año dos mil doce, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, doctores Mónica Rodríguez, Carina Estefanía y Leonardo Pitcovsky, con la presidencia de la nombrada en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"R., E. s/denuncia en representación hija menor-Trelew" (Carpeta 3790 OJTw-Legajo 34106 OUMPFTw)** con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por el Defensor Público Sergio Rey contra la sentencia Nro. 2.614/2012 OJ Tw dictada en fecha 18/09/2012.

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 02/02/12 en la sede de este tribunal, estuvo presente el acusado G. E. S. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos), e intervino el Dr. R. como su defensor de confianza.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Mónica Rodríguez, Carina Estefanía y Leonardo Pitcovsky

La Dra. Mónica Rodríguez dijo:

1. Viene la presente causa a conocimiento y decisión de esta Cámara en lo Penal, en virtud de la impugnación ordinaria deducida por la defensa en contra de la sentencia Nro. 2.614/12 OJ Tw, mediante la cual el Sr. G. E. S. fue condenado a la pena de seis años de prisión de efectivo cumplimiento como autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal –vía anal- (arts. 119 3er. párrafo y 45 del CP), en orden al hecho ocurrido en esta ciudad dos o tres semanas antes del 07/10/2011, a las 08.00 hs. aproximadamente, en la parada sita en A. E. P., frente al Barrio *** v. de Trelew, –precisamente en el sitio en que

se encuentra un lomo de burro- dentro del colectivo 71 de la Empresa “Transporte Ceferino” en perjuicio de M. E. R..

La defensa del acusado dedujo impugnación ordinaria contra la sentencia, centrando sus agravios en la falta de certeza tanto respecto de la materialidad de los hechos, como de la autoría de S. en el delito endilgado.- En la audiencia de impugnación, amplió los fundamentos del escrito, requirió la absolución de su defendido y subsidiariamente, se subsuma su conducta en el supuesto del art.119 primer párrafo del C.P. Concedida la palabra al acusado, negó la comisión de los hechos endilgados.- En su escrito impugnatorio atacó las conclusiones a las que arribó la Dra. S. M. M. luego de examinar a la menor en el Hospital Zonal de Trelew, entendiendo, además, que quedaron evidenciadas grandes contradicciones entre lo que volcara en el informe y lo que posteriormente declarara en el juicio.

Entiende que del informe agregado al Legajo de Prueba Fiscal surge que, al revisar a la niña, la perito observó que presentaba “esfínter anal laxo,… con escotaduras en horas 12,11, 8 y 6”, en tanto al ser interrogada por los jueces manifestó que la menor examinada presentaba lesiones anales. Asimismo, al contestar la consulta de la Defensa respecto del carácter de las escotaduras, manifestó que no son lesiones sino separaciones de la piel. El impugnante entiende que la pericia ha quedado desacreditada, atento la falta de lógica que surge de la discordancia, ya que de haber encontrado las lesiones descriptas en el debate, la médica debería haberlo consignado en el informe. Objeta también, que en la pericia omitió toda referencia al hallazgo de materia fecal en el cuerpo de la menor, en tanto en el debate afirmó que tenía restos en el ano y que la ropa de la niña estaba manchada con heces. Afirma el recurrente que ese dato no podía ser soslayado por la perito, ante el cuadro de presunta imposibilidad de retención y dilatación anal que detectó en la niña. Entiende que debieron considerarse las coincidencias entre lo manifestado por los testigos expertos Á. y R. –convocados por la defensa- al ser consultados sobre

las escotaduras ya que ambos dijeron al tribunal que las escotaduras son repliegues que genera la piel, que no son producidas por efectos externos y que vienen dadas desde la conformación de las personas. Asimismo, surgiendo del informe de la Dra. M. el descubrimiento de escotaduras en el examen realizado a la niña, concluye el impugnante que no se ha podido acreditar en el caso el acceso carnal.

Critica las deducciones hechas por la perito médica, al relacionar exclusivamente la parálisis anal detectada en la menor, con un acceso carnal vía anal. Sobre ese punto, los aludidos expertos médicos llegaron a conclusiones diferentes, dando a los Jueces del juicio otras opciones para explicar posibles causas de esa paralización. Entiende que ambos profesionales dejaron aclarado que una relación anal no consentida provocará necesariamente, entre otras lesiones: fisuras amplias del esfínter y roturas del primer trayecto del recto.

También en cuanto a las zonas rosadas observadas en el ano de la niña, que la Dra. M. atribuyó -en exclusivo- a zonas de cicatrización reciente, los Dres. Á. y R. han dado otros argumentos que las justifican. Concluye así que la Dra. M. no ha evaluado las diferentes alternativas que podrían darse ante los hallazgos médicos.

Hace hincapié el recurrente en la situación vivida por la niña a partir de la muerte de su madre en febrero del 2011.- Considera que la realidad familiar y social en la que estaba inmersa a partir del fallecimiento, es la que ha generado en ella el stress detectado, lo que a su criterio, no ha sido ponderado por los Jueces. Tampoco se ha tenido en cuenta el incidente del 21 de agosto del 2011, oportunidad en que M. E. llegó a la escuela con marcas en su cara, lo que podría tener relación, según la defensa, con el estado de la niña.

Por último, y en cuanto a la posibilidad material de la realización del acto imputado a su cliente, considera el defensor que –tal como surge de la reconstrucción del recorrido realizado por orden del Tribunal, y de los testimonios recibidos en tal sentido- ha quedado demostrado que no se dan los tiempos mínimos imprescindibles para la consumación de los hechos descriptos.

Asimismo, y ante la posibilidad del rechazo, dejó formulada la reserva de impugnación extraordinaria local y de caso federal ante la Corte Suprema de Justicia.

2. Así sintetizados los antecedentes del caso, he de analizar los fundamentos del recurso a partir de la postulación que realiza la Defensa. Como se dijo, el recurrente afirma la falta de certeza no sólo respecto de la materialidad de los hechos sino, también, de la autoría del acusado en la denunciada agresión sexual.

En principio, cabe recordar que el ámbito de competencia de un recurso *ordinario* coloca a los jueces de la revisión en idéntica posición que los jueces del juicio respecto de los hechos, dentro –claro está- de los límites que fijan los agravios del impugnante. En ese marco, la tarea exige no sólo reexaminar la logicidad del razonamiento de los magistrados en la valoración de la prueba sino que alcanza, también, a la reevaluación de todo el material probatorio que haya servido de base al pronunciamiento cuando, como en el caso, se predica arbitrariedad en su ponderación.

En tal sentido, es claro que la revisión alcanza no sólo a los argumentos que han quedado explicitados sino, también, al valor que pueda tener para la fijación de los hechos todo aquello que a pesar de su relevancia ha sido “no dicho”, es decir, no se ha valorado o considerado debidamente para fundar la decisión.

Si bien pudiera parecer obvio, es preciso también recordar que es la naturaleza propia del recurso del condenado la que determina que la ponderación del tribunal de alzada no esté condicionada por aquella que realizaron los jueces de la primera instancia. Ello debe ser así, pues de

lo contrario carecería de sentido la existencia de una instancia revisora sobre hechos y derecho (*quaestio facti y queastio juris*).

Pero la aclaración es válida pues todavía pueden leerse artículos de doctrina y, peor aún, fallos judiciales que sostienen erróneamente que el tribunal revisor "no pude dar a la evidencia un sentido distinto al dado por los jueces del mérito". Es claro que tal postura -propia de una noción clásica y restrictiva del recurso de casación- ha sido superada a partir de fallos dictados por tribunales internacionales, tanto en ámbito universal como en el regional -CDH, casos "Gómez Vázquez" y "Sineiro Fernández" (año 2000 y 2001) y CIDH, caso "Herrera Ulloa" (año 2004)-, por lo que hoy resulta anacrónica e, incluso, *contra legem*: en el ámbito local mucho más claramente, pues el legislador en el nuevo código ha regulado expresamente un recurso de naturaleza *ordinaria* (art. 374 CPP); en el resto del país, si bien aún no se ha legislado específicamente, resulta de recibo la doctrina sentada en el fallo "Casal"

3. Con destacable esfuerzo ha intentado la Defensa, en el caso, demostrar que su asistido no es el autor del abuso sexual investigado o, cuando menos, que no lo es respecto de la figura agravada que contempla el acceso carnal (art. 119, tercer párrafo, del C.Penal). La posibilidad alternativa de subsumir la conducta en el primer párrafo del art. 119 del Código Penal fue planteada por el defensor técnico del acusado en oportunidad de llevarse a cabo la audiencia del art. 385 CPP.

Seguidamente intentaré exponer las razones por las que considero que, si bien el plexo probatorio valorado por los Magistrados en el fallo de condena -en cuanto a la autoría del acusado en un ataque sexual padecido por la menor M. E.

R.-, resulta suficiente para arrimar certeza, más allá de toda duda razonable, no lo es con la extensión de contenido que se atribuye. Considero, en cambio, que es atendible la crítica subsidiaria del recurrente, en cuanto señala que no se demostró en el caso la penetración anal atribuida, por lo que he de propiciar que el hecho se recalifique como abuso sexual simple, previsto en el art. 119, primer párrafo, del Código Penal.

En cuanto a la concreta entidad intrusiva del ataque sexual atribuido los Sentenciantes han basado, fundamentalmente, su decisión incriminatoria en el relato de la menor M. E. R. y en el peritaje de la Dra. M..

Sin embargo entiendo que la valoración probatoria no ha sido suficientemente crítica, particularmente en la ponderación de la credibilidad de los dichos de la niña, aunque tampoco ha sido riguroso con las conclusiones periciales. Acerca de lo primero, considero que los Sentenciantes han otorgado fiabilidad plena al relato de la menor en cámara gessell, soslayando indebidamente otras versiones dadas por la niña acerca de lo ocurrido, circunstancia que debió llevar a los Jueces a decidir –dando razones- cuál de los relatos asumían y porqué le daban preferencia a ese por sobre los otros.

Mayor era aún la obligación a partir de la categórica negativa del imputado quien, además de haber rechazado su autoría, intentó demostrar tenazmente durante el proceso la imposibilidad horaria de desplegar la conducta atribuida en el escaso tiempo en que pudo hallarse a solas con la menor, en las condiciones apuntadas en la acusación.

Sabido es que el grado de credibilidad que se confiera al único testimonio directo de un hecho –cuando prácticamente es la única prueba del delito- exige una ponderación cuya exhaustividad es directamente proporcional a la enorme potencia incriminatoria que pretende otorgársele.

A su vez, predicar la condición de verosímil de un relato no siempre significa afirmar su credibilidad absoluta, pues no se trata de una propiedad de tipo blanco o negro, todo o

nada. En efecto, no cabe desconocer matices cuando en una misma declaración existan puntos insospechados y otros, cuando menos, dudosos. Es por ello que cabe referir, con acierto, a *grados* o *niveles* de confiabilidad. Esta es la difícil tarea del juzgador, discriminar razonadamente unos de otros.

La aclaración que antecede es necesaria, pues una cosa es negar credibilidad a un testimonio frente a indicios serios, numerosos y coincidentes de mendacidad y otra, bien distinta, es conferir credibilidad pero no en forma total y absoluta, sino limitada a aquellos aspectos que puedan considerarse corroborados por pruebas autónomas.

Ello es así pues la psicología del testimonio explica cómo funciona la memoria de una persona y qué factores pueden afectar esos procesos, tanto en la faceta denominada de *codificación* como en la de *recuperación.* Por ello, más allá de las manifestaciones deliberadamente falsas, hay otras que modifican la realidad –total o parcialmente-, como p.ej. el paso del tiempo, que va deteriorando gradualmente el recuerdo. Existen otros factores, a su vez, que también pueden modificar la huella mnésica y llevarla a modificar el recuerdo de un suceso o a sustituirlo por otro (un suceso real podría "desaparecer" a favor de otro) a partir, por ejemplo, de inducción, sugestión, transferencia inconsciente, etc.

Tan alta relevancia estadística tienen los distintos tipos de errores de memoria (de comisión o de omisión) que ha llevado a los expertos en ASI a alertar sobre la enorme importancia de reconstruir el *primer relato* del niño (*develamiento*) en forma inmediata cuando ha manifestado haber vivido una situación de abuso sexual. Es más, aconsejan no interrogar al niño, ni aún por parte de profesionales con

experiencia en la materia, antes de recibir pormenorizada declaración a la o las personas que escucharon el relato del niño por primera vez. A su vez, todos –sin excepción- indican que el interrogatorio al niño debe hacerse la menor cantidad de veces posible, *una* sola o dos a lo sumo, para preservar lo más intocada posible su memoria.

Se ha dicho que por lo general cuando un niño presta declaración formal en un proceso, antes ha sido interrogado una enorme cantidad de veces sobre el incidente sexual –se describen entre 30 y 50 veces-, y esto tiene consecuencias gravísimas sobre el relato. Se ha explicado que "con cada recuperación los recuerdos se van trasformando mediante la incorporación de nuevos datos y la reinterpretación de los ya existentes. Por añadidura, con cada pregunta se proporciona al menor un conocimiento que incorporará a la memoria, y el relato del suceso perderá la espontaneidad que se esperaría de un relato sobre algo real adquiriendo características que podrían decirse propias de un relato fabricado (Suengas y Johnson, 1988; Manzanero, 1994). De esta forma, transcurrido un determinado período de tiempo y habiéndose preguntado al menor un número de veces será imposible analizar el contenido de sus declaraciones en un intento de encontrar algún rasgo asociado con la credibilidad" *Manzanero, A.L. (1996) Evaluando el testimonio de menores testigos y víctimas de abuso sexual. Anuario de Psicología Jurídica,6 13-34* *http://eprints.ucm.es/12768/1/1996-anuario.pdf*

4. Esta clara noción es la que, entiendo, no ha tenido suficientemente en cuenta el Tribunal de juicio al analizar el testimonio de la menor M. E. R.. Considero que la niña brinda en cámara gessel una serie de informaciones que no guardan coherencia con las descripciones hechas con anterioridad, fuera del ámbito del proceso, ya sea a maestras, celadoras, directora de la escuela, concubina del padre, etc., o a las médicas de guardia del hospital. Y así como algunas de esas incongruencias fueron tácitamente descartadas por los jueces -tal por caso el empleo de un arma

por parte del acusado, dato que la niña introduce en su deposición-, otras incoherencias, en mi opinión, no han sido adecuadamente sopesadas.

No hay duda que cuando un relato aparece sin fisuras o con cierto grado de indeterminación pero vinculado a cuestiones irrelevantes, las imprecisiones o datos mínimamente inconsistentes carecerán de entidad para ponerlo en duda. Pero cuando la incongruencia o contradicción se vincule a cuestiones de extrema relevancia para la decisión, es imperativo legal para los jueces superarlas a partir de asumir la hipótesis posible que menos perjudique procesalmente al acusado.

En reiteradas ocasiones he señalado que si bien la doctrina y la jurisprudencia actuales, tanto a nivel nacional como internacional, admiten como única prueba de cargo habilitante para condenar el testimonio de la víctima (único testigo directo del hecho), ello es así siempre que –indefectiblemente- la declaración exhiba una contundencia y verosimilitud que quede fuera de toda duda.

He dicho en anteriores pronunciamientos que "la credibilidad o verosimilitud de la versión brindada por la víctima debe ser ponderada con especial cuidado y mesura. En tal sentido la doctrina y la jurisprudencia han ido señalando diversas pautas a considerar en el análisis de esos dichos, siendo fundamental verificar: *a) ausencia de móviles espurios b) la coherencia interna y externa del relato c) la persistencia en la incriminación y d) la corroboración periférica del relato con datos de carácter objetivo ..."* (v., entre otros, "C. S. M. A. en representación de su hija menor M.J.C.C., s/ denuncia abuso sexual" Carpeta N° 515, OJTw).

En el caso, la determinación del grado de fiabilidad de los dichos de la menor, contrariamente a lo que ocurre habitualmente, no contó con un examen específico basado en *criterios*. Y si bien la omisión no exime a los jueces de la indelegable tarea de valorar el testimonio, tales métodos de análisis -los más avanzados en el campo de la psicología del testimonio- configuran hoy una herramienta casi indispensable para valorar la fiabilidad de la declaración con más potencia incriminatoria en el proceso.

No hay que olvidar, por otra parte, que un peritaje semejante permite *objetivar* los argumentos, a partir de viabilizar un más adecuado control de las partes acerca de las cuestiones que los expertos han considerado relevantes para fundar sus conclusiones. "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 Assesstment 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 Análysis 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 ejemplo, elaboración inestructurada, riqueza de detalles, engranaje contextual, descripción de interacciones, mención de detalles inusuales, etc.). Los expertos indican que los criterios deben aplicarse únicamente a aquellos contenidos del testimonio que estén relacionado 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 2004,http://www.copmadrid.org/congresoredforense)

Pero, además, quien se pronuncia en la causa sobre la credibilidad de la menor es la misma psicóloga que recibió el testimonio en cámara gessel, quien, además, llevó a cabo el psicodiagnóstico de M. E..

Como he sostenido antes, en mi opinión resulta necesario "...que sean distintos los profesionales que asuman por un lado la tarea de recibir el testimonio (declaración generalmente prestada bajo la modalidad de cámara gessel) 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 (autos: "B. H. s/ denuncia" Carpeta N° 2598 OJTw).

Si bien es tarea del juzgador evaluar en definitiva la mayor o menor verosimilitud de un testimonio, al tratarse de una menor de edad -quien a la vez presenta un retraso madurativo- resultaba altamente aconsejable en el caso contar con una evaluación científica de los parámetros de credibilidad del relato, para poder atemperar los inevitables márgenes de error en la valoración.

5. Volviendo al tema de la coherencia externa del testimonio de la niña, es claro que su verificación exige comparar el contenido de la declaración formal prestada en el proceso con manifestaciones de la propia menor realizadas en otros ámbitos, siempre, claro está, que esos dichos surjan de información válidamente introducida al proceso a través de otras fuentes, acerca de cuyo valor intrínseco también deben los jueces pronunciarse.

Una primera cuestión que aparece, en mi opinión, como altamente llamativa al respecto es que analizando detenidamente las declaraciones testimoniales de E. R., d. M. R. (hermana mayor de la niña) y de C. M. –concubina del padre-, y comparándolas con los testimonios de las docentes M., T. y P., surge en forma evidente que la noche en que se formula la denuncia la niña M. E. modifica sustancialmente la primera -y más o menos aproximada- versión acerca del hecho.

Viene al caso señalar que, según los referidos testimonios de los allegados a la menor, durante los días previos –antes del 6/10/11- la familia estaba soliviantada a partir de una nota que envía la directora de la escuela a la que asistía la niña, referida a cierta falta de contención familiar. Es recién entonces cuando la nombrada M., quien concurre a la convocatoria formulada por el servicio de protección de derechos en compañía de M., la hermana mayor de la menor, se acuerda de mencionar ante el asesor escolar B., que la nena había hecho referencia a un episodio de índole abusiva cometido por uno de los choferes que manejaba el colectivo que la llevaba a la escuela. La niña concurre a ese servicio, a requerimiento del asesor, quien deja constancia de sus manifestaciones, indicando que “una semana antes (no precisa día ni hora) en circunstancias en que ascendía al transporte escolar (empresa Ceferino) que la trasladaría a la escuela (hora aproximada 0800-0830) el conductor de nombre Oscar, quien con anterioridad habría molestado a la menor, la provoca, bajando sus pantalones y exhibiéndole los genitales, tocando y manoseando a M. E.”.

Es así que esa noche, a partir de la sugerencia del asesor escolar en el sentido de que no le cerraba el relato de la menor ("¿le podés hacer preguntas en privado a la nena?", le dice a C. M.), y de que trataran de "sacarle algo más", su hermana –compelida a obtener más información- somete a M. E. a un interrogatorio por demás sugestivo, en el que la niña se limita a asentir con la cabeza cada una de las afirmaciones que iban aumentando el contenido intrusivo de lo que había sido su versión primigenia.

Podría pensarse, es verdad, que la niña en un primer momento, por temor o por vergüenza, no se animó a contar *todo* lo que le hizo el "P." y que fue perdiendo el miedo de a poco. Sin embargo, tal estado no parece guardar correspondencia con la actitud de relatar espontáneamente el episodio desde el mismo día del hecho a una gran cantidad de personas, entre ellas docentes, celadoras, compañeras y hasta al otro chofer, J. (información que surge de la declaración de M. V. P., aunque se trata de un dato que no fue contrastado en el debate).

Si tomamos seriamente la obligación de valorar toda duda en un sentido favorable al acusado, no podemos negar como posible que la niña haya dicho la verdad en sus primeras manifestaciones y que, al contrario, se haya visto sugestionada por la insistente presión para que diga "algo más".

En este sentido, he dicho antes que "la certidumbre se va desvaneciendo a medida que avanzan las indagaciones, por la alta sugestionabilidad que, natural y particularmente, tienen los pequeños" (autos: "G. M. s/ denuncia abuso sexual en representación de su hija menor G.M.P." Carpeta N° 3013 OJTw).

Reitero la importancia sustancial que tiene el momento del *develamiento,* esto es, la primera vez que un menor presunta víctima de abuso- cuenta el incidente, pues resulta, sin duda, el relato *más confiable* acerca de la agresión sexual experimentada.

6. Entiendo que los Sentenciantes, al tomar sólo las expresiones de la niña en cámara gessel y no las anteriores han omitido pronunciarse sobre un aspecto sustancial, pues la información brindada por numerosos testigos, ante quienes la niña hizo un relato más acotado y por completo diferente acerca del contenido de la intrusión, no mereció tratamiento alguno en el fallo de condena.

Cabe hacer un breve racconto de esos dichos, pues nada mejor que trascribirlos para ilustrar esto que afirmo.

V. M. P., celadora de la escuela a la que asistía la niña, es quien por primera vez escucha en el colectivo de boca de P. (la maestra de plástica, quien no depuso en el juicio), que M. E. había hecho referencia a una situación de abuso sexual. La testigo se acerca a la menor y la interroga, manifestando la niña que "el Pelado... le había mostrado el pito", preguntándole si el agresor la había tocado o le había pedido que se baje la ropa, la menor contestó que no. Agrega la testigo que M. E. refiere haberlo contado lo mismo a J. –otro chofer- y a "sus papás"; que el primero contestó "voy a decir en la empresa", y los papás que la "iban a cambiar de parada".

V. P., luego de escuchar a la menor se dirigió a la empresa y le preguntó a Juan qué había pasado en el colectivo con M. E.. El nombrado (J. N. quien en el debate no fue interrogado sobre este aspecto esencial) le dijo que la niña le había contado lo mismo que le dijo a ella, esto es, que el P. le había mostrado el pito.

G. M., maestra de grado de la niña, afirma en el debate que una mañana llega M. E. a la escuela y le dice que tenía que decirle algo, y manifiesta "Seño, yo no puedo permitir que me hagan eso... que me muestren el coso Seño", interrogada si lo que le habían mostrado eran las partes íntimas, la niña

dice que sí, y que había sido el chofer, "e. P.", no pudiendo precisar cuándo.

Ante esta situación la testigo avisa a la Directora que la niña tenía algo importante que decir. Así, A. F. T. recibe a la menor en la Dirección y ésta le dice "que hace un tiempo atrás el chofer del colectivo le había querido tocar las partes íntimas", sin poder precisar la fecha, pues habló de días, semanas y meses.

Como se advierte, más allá de las serias imprecisiones temporales que surgen de los relatos, tanto de las maestras como del padre –E. R.- y el de su concubina –C. M.-, es claro que la niña fue variando su versión acerca del sentido y alcance de la agresión sufrida. Es muy gráfica la expresión de R. al formular la denuncia, cuando alude a la progresiva atribución, al recordar que la niña había dicho "que el chofer le había exhibido sus partes íntimas, luego en el servicio de protección de derechos ella había dicho que también la había manoseado, y hace un rato dijo que este tipo la había violado".

7. Retomando el análisis de los testimonios, M. R. declara que en fecha 6 de noviembre de 2011, cuando llega a su domicilio, la concubina de su padre –C.- le cuenta que la niña había sido abusada por "este hombre", en relación al acusado. A partir de allí la testigo, con el fin de precisar qué fue concretamente lo vivido por M. E., va describiendo ante la niña posibles conductas de progresiva entidad intrusiva en la esfera sexual, limitándose la menor a asentir con la cabeza.

En este relevante punto resultan coincidentes ambas mujeres –M. y C.-, al describir una escena francamente impactante: la niña acostada en posición fetal, siendo interrogada por la hermana –su referente familiar adulto- y su madrastra. El

tenor de las preguntas es claramente sugerente e indicativo, pues comienza interrogando "qué te hizo el chofer" y continúa ante el silencio de la niña -"que no quería hablar"-, preguntando "¿te manoseó solamente o te tocó tus partes íntimas? ¿se bajó los pantalones? ¿te metió su miembro? ¿te tocó?, ante lo cual la niña asentía todo diciendo "que sí con la cabeza, no dijo ninguna palabra, quedó calladita".

Cuando la niña asiente por última vez a los requerimientos de la hermana se dispara una situación caótica. Narra C. en el juicio que M. se larga a llorar, y ella llama a la policía y les pide que vengan. Cuando entra a la habitación ve que M. E. había quedado en la misma posición, quieta, dura, en estado de shock, blanca como un papel, asustándose la testigo porque no respondía. Llamaron a la ambulancia y –subiéndola en silla de ruedas- la trasladaron al Hospital, donde quedó internada.

Este cuadro es claramente propicio para incidir en la memoria de la niña y modificar el recuerdo de lo vivido. En el punto cabe traer a colación un dato relevante que surge del informe de psicodiagnóstico suscripto por la Lic. C. –fs. 45 del Legajo de Prueba fiscal-, pues si bien la profesional afirma que la niña no es vulnerable a los dichos de otras personas, también indica que es "dependiente del afecto y aceptación de los otros", lo cual implica un campo propicio para la inducción. Cabe, en este punto, recordar que la testigo M. alude a M. como la hermana "que más carácter tiene y la que más llevaba el orden de la familia".

Trasladada al hospital de Trelew, la menor nuevamente es interrogada por las médicas de guardia –S. C., P. A. y G. G.-, habiéndose incorporado una extensa constancia en la historia clínica de manifestaciones hechas por la niña en relación a la experiencia abusiva –fs. 18 vta. Legajo de Prueba Fiscal-. Como puede advertirse, en contra de lo que aconseja la práctica correcta de intervención en este tipo de episodios, tanto las médicas del servicio, como la perito médica que examina a la menor recaban información sobre el incidente sexual. No sólo no se hizo un abordaje

interdisciplinario, sino que cada profesional que se acercaba, interrogaba a la niña.

Pero sigamos. Cotejando ahora la constancia escrita con lo declarado en cámara gessel, nuevamente se advierten contradicciones relevantes en los dichos de la niña cuando se trata de describir la conducta abusiva que le achaca a S.. De la declaración en cámara gessel se desprende que el agresor primero la habría penetrado analmente y que, después, habría querido hacer lo propio por vía vaginal sin lograrlo. Sin embargo, del relato que se consigna en la Historia Clínica surge que la penetración fue vaginal, no anal ("me metió su pito en la vagina y estuvo ahí un rato").

La confusión que se va produciendo en la repetición de los relatos queda patentizada al comparar, en los dichos de C. M., la versión asentada en la historia clínica con lo que la testigo dice que la niña les cuenta a las médicas. Según la testigo en el debate, lo que M. E. les cuenta a las médicas es igual a la versión dada en cámara gessel, sin embargo vimos que eso no es para nada así.

7. No parece necesario aclarar que una inconsistencia semejante en relación a cualquier otro tipo de ilícito llevaría, lisa y llanamente, a descartar la fiabilidad del testimonio; máxime tratándose del caso del testigo único. La circunstancia de tratarse de una menor de edad e, incluso, con cierto grado de retraso madurativo, si bien exige una ponderación mucho más sutil y experta, no puede llevarnos a soslayar o disimular incongruencias o contradicciones en el relato y, mucho menos, cuando la indebida interpretación se utilice en perjuicio del acusado.

Y no se diga que se trata de pedirle precisiones extremas a un niño; tampoco cabe hablar de perseguir una puridad rayana en el paroxismo. De lo que se trata es de analizar con rigor

toda la información y no sólo, de manera sesgada, aquella que pueda resultar útil para convalidar una hipótesis por sobre otra, máxime cuando el sesgo lesiona el principio de la duda procesal.

Entiendo que conferir valor absoluto y sin ningún tipo de reserva al testimonio, pese a que la niña primero atribuye una escena de exhibicionismo, luego refiere tocamientos, después una penetración vaginal y, luego un acceso carnal violento por vía anal, desde mi punto de vista resulta inaceptable.

A su vez, en cuanto a los criterios de valoración usualmente considerados, debo decir que no encuentro un relato rico en detalles o pormenorizado acerca de la conducta que la niña debía describir. Además, sabemos, los conocimientos de una menor como M. E. suelen ser incompletos y distorsionados, por lo que aparece como mucho más compatible con ello la dificultad que expresa al principio, ante su maestra –G. M.-, ya que primero ni siquiera nombra la parte del cuerpo que el chofer le mostró, para luego decir "el coso" y, cuando la docente la reconviene preguntándole "sus partes íntimas?" la niña se limita a asentir. En la cámara gessel, en cambio, dice -con cierta soltura y sin demostrar emotividad- "me *la* metió" o "me *lo* quiso meter", con frases calcadas de ese tenor en dos o tres oportunidades, que no parecen corresponder al vocabulario espontáneo o propio de la niña.

Uno podría soslayar la imprecisión en las fechas, en la cantidad de veces -si fue un único episodio o varios- e, incluso, la falta de detalles de la agresión. También podría descartar, sin mayores reparos, la utilización de un "arma" por parte del agresor para perpetrar el ataque, como lo hicieron los Magistrados del juicio. Pero no se puede consentir la existencia de contradicciones importantes entre los relatos, básicamente por la enorme incidencia que las discrepancias tienen en la calificación legal y, por ende, en las consecuencias punitivas del hecho.

9. Es sabido, vimos, que uno de los parámetros para evaluar credibilidad es que el testimonio sea *pertinaz*.

Al respecto el profesor Marcelo Sancinetti, en un reciente y profundo estudio acerca del valor probatorio del testimonio de la víctima en casos de abuso sexual, realiza una severa crítica de la tendencia de los tribunales a convalidar la hipótesis acusatoria en supuestos, justamente, en que la víctima no aparezca persistente en sus afirmaciones. En este aspecto es constante la doctrina sentada por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) en no considerar de suficiente peso esa declaración en tales supuestos, frente a la negativa de un imputado.

En el caso de una acusación por tres hechos de violación en perjuicio de la hija del acusado "la exigencia que el Tribunal Supremo consideró incumplida por el tribunal de juicio fue el no advertir que había cierta divergencia en la frecuencia con la que se habrían cometido los hechos según un primer relato de la menor a una amiga y sus padres (tan frecuente que 'ni los podía contar'), y según el relato de la madre a una investigadora policial (la violaba 'cada fin de semana que iba a visitarlo, así de frecuente'), con la versión que la víctima dio en su declaración final: *sólo tres hechos.* Esta divergencia fue suficiente para que la declaración no fuera considerada de suficiente peso". (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*. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal. 06/2010. Lexis Nexis)

El citado artículo también menciona idéntica doctrina sentada por el Tribunal Supremo español. Así, puede leerse "La sala de instancia, en su apreciación de la prueba, claramente, descartó –sin considerarlos- todos aquellos datos favorables a la defensa que pudieron servir para cuestionar

la hipótesis de la acusación. Pero la obligada reintroducción de éstos en el cuadro probatorio ha hecho posible comprobar que los elementos que fueron valorados como inobjetables e inequívocamente de cargo presentan serias quiebras en su valor convictivo; y que, en la misma medida que obligan a cuestionar la versión acogida en la sentencia, otorgan fundada plausibilidad a la pretensión del imputado, abriendo, cuando menos, un importante margen de duda, más que razonable, que la sala debería haberse planteado, de haber procedido con el rigor exigido. Y que sólo puede valorarse en el sentido del art. 24,2 CE, esto es, haciendo prevalecer el principio de inocencia" (STS nº 1579/2003, del 21/11/2003, ponente P. A. I.).

10. Volviendo al análisis del caso concreto, considero que sólo podría conocerse con certeza cuál de las distintas manifestaciones de la menor se corresponde con la verdad si acaso existieran razones de peso, *externas* al relato de la menor y *concluyentes*, que permitiesen corroborarla. Puede deducirse que los Sentenciantes se apoyan en la opinión de la perito médica, Dra. S. M. M., para anclar el relato de la niña en cámara gessel con la realidad objetiva. Las conclusiones de la perito, explicadas y ampliadas en la audiencia de juicio, fueron –junto a la declaración de la menor- el elemento probatorio esencial para tener por cierta la porción del relato que alude al episodio de "penetración anal", como circunstancia agravante del tipo básico del art. 119 CP.

Ese peritaje médico configura el aspecto más cuestionado del recurso pues el impugnante, como se ha visto más arriba, centra su crítica en la falta de rigor científico de las conclusiones informadas por la perito acerca de las lesiones que habría presentado la menor al momento de la radicación de la denuncia.

El recurrente sostiene que los Jueces del mérito han acogido la hipótesis del abuso sexual con penetración anal basándose en el peritaje ginecológico. Sin embargo, afirma, su parte demostró -a partir de otros testimonios especializados- que

aquella opinión es científicamente errónea o, cuando menos, equívoca, y los Sentenciantes omitieron toda consideración respecto de la crítica defensiva.

Advierto en el presente, como en la mayoría de los numerosos casos de abuso sexual en los que me ha tocado intervenir, cierta tendencia de los peritos oficiales a convalidar la hipótesis acusatoria sin mayor rigurosidad, como si el rechazo que puede producir este tipo de hechos autorizara a relajar las exigencias probatorias en su investigación. Esta actitud suele complementarse, quizá por los mismos motivos, con posturas particularmente laxas en la valoración de los elementos de prueba que fundan la atribución de responsabilidad.

En primer lugar se advierte que la constatación médica en el caso, en contra de lo que aconseja una buena práctica, fue realizada por una única persona, la nombrada perito. Esto es así, pues si bien en la revisación estuvo presente la Dra. G., su intervención se limitó a "consignar lo que le manifestaba la Dra. M. a través del examen", como lo explica el propio fiscal en el debate. En efecto, a pesar de que ambas profesionales suscribieron el informe escrito, sólo la Dra. M. v., personal y directamente, el cuadro de lesiones que presentaba la menor. El rol de la Dra. G. fue definido como de "simple condición de acompañamiento" por la presidenta del tribunal de juicio, al momento de resolver una incidencia planteada.

A la vez, habiéndose realizado la denuncia aproximadamente quince días después de ocurrido el incidente, la niña no presentaba lesiones de las denominadas *alejadas*, esto es, ubicadas en región corporal que no sea la zona genital o anal, como tampoco –obviamente- ninguno de los signos específicos de un ataque reciente.

El principal cuestionamiento del recurrente se centra en que las conclusiones del informe escrito presentado inicialmente por la Dra. M., no guardan concordancia con la información introducida luego por la perito en la audiencia de debate oral. Afirma el recurrente, además, que la profesional no ha evaluado otras posibles alternativas causales respecto a los hallazgos constatados, careciendo por tanto de fundamentación suficiente su dictamen.

No puedo sino dar razón al esforzado defensor en este punto. Creo oportuno señalar lo que la ciencia forense aconseja muy particularmente en este tipo de casos: el perito debe partir de la idea de que no todas las variables anatómicas o entidades patológicas encontradas en el examen deben ser interpretadas como producidas por el abuso. De lo contrario corre el riesgo de emitir una opinión sesgada al no realizar el "diagnóstico diferencial" cuando es debido, pues es sabido que muchas singularidades no son más que variantes de la normalidad, así como que muchas patologías reconocen un origen por completo ajeno al abuso sexual.

El experto debe ser muy cuidadoso para no introducir hallazgos de manera capciosa (que pueda inducir a error), y todo dato que el perito considere de interés incluir en el informe debe explicar de qué manera se vincula con el presunto abuso. Si considera adecuado consignar otras particularidades debe, también, indicar si se trata de una variante congénita o de una patología y, en su caso, si puede o no guardar relación con la situación abusiva investigada.

No obstante las claras mandas que regulan la materia, es frecuente advertir que los dictámenes relacionados con abuso sexual infantil suelen incluir, como parte del cuadro lesional, p.ej., las denominadas "escotaduras" himeneales. La medicina forense enseña que una escotadura no es una lesión; en el caso del himen se trata de una muesca congénita de bordes regulares, una solución de continuidad que no llega hasta el borde de inserción. Es preciso hacer un minucioso examen para distinguir una escotadura de un *desgarro*, lesión –esta sí- de origen traumático. La disquisición no es menor

pues, en ocasiones, es el dato que desequilibra la balanza a favor de la tesis acusatoria, y por tanto la exigencia de rigurosidad debe ser altísima.

En el caso, la perito informa la presencia de un desgarro "incompleto" en el himen de la niña. Quienes aceptan la posibilidad de que exista un desgarro incompleto –algunos autores la niegan, otros dicen que es un hallazgo excepcionalísimo- mencionan sus rasgos diferenciadores, además de advertir sobre la dificultad que conlleva esa distinción. Nada de esto dice la perito en su informe, sin embargo en el debate niega que pudiera tratarse de una escotadura pues pudo observar los bordes plateados, signo distintivo de una cicatrización.

Contra lo afirmado por la perito, la Dra. G. dijo en el debate que en vagina visualizaron una *escotadura* en el himen en hora 2, agregando "la doctora (M.) dijo que no tenía mucha profundidad", corroborando de tal modo la conclusión que sentara por escrito la perito en el momento del examen.

La cuestión no tuvo incidencia en el fallo pues si bien la experta dijo que dicha *lesión* se podía corresponder con un dato que la niña le habría dado -introducción de dedo en la vagina- la supuesta información no fue mencionada por ésta en la cámara gessel, por lo cual devino innecesario para los Magistrados pronunciarse específicamente al respecto.

El asunto, si bien es anecdótico, muestra un sesgo indebido en la interpretación y explicación del hallazgo, que pareciera tendiente a hacer coincidir las conclusiones con relato de la niña, obtenido a través de un inconveniente interrogatorio previo al peritaje. Digo así, pues la anamnesis o interrogatorio anterior al examen médico en el caso de menores debe dirigirse al adulto acompañante (en el caso la concubina del padre de la niña o a la hermana mayor),

pero nunca a la presunta víctima, para evitar interpretaciones subjetivas como la señalada.

Dice la perito haber constatado la presencia de materia fecal sobre la vulva y en la zona perianal. Agrega que la niña "no tiene colocada ropa interior al momento del examen y se observa interior del pantalón manchado con materia fecal". En el debate, sin embargo, dijo que observó la zona "llena de materia fecal", pero que en un primer momento pensó que era falta de higiene, nada más, por eso decidió limpiar la zona sin fotografiarla. No parece atinada la explicación, a partir del objeto propio del examen que debía realizar.

Otra vez advierto una tendencia a magnificar la constatación, pues una cosa es ver una prenda *manchada* con materia fecal –como afirma inicialmente- y otra, bien distinta, es observarlo *lleno* de materia fecal. Cuando menos, la evidente diferencia no fue en modo alguno aclarada.

El informe escrito indica, además, que la niña presentaba "esfínter anal laxo, que se distiende a la separación de los glúteos, dilatado, sin presencia de materia fecal, de bordes irregulares, con escotaduras en horas 12, 11, 8 y 6. No presenta fisuras anales recientes, pero se observan zonas más rosadas en hora 8 y 6, que *podrían* corresponder a zonas de cicatrización reciente" (la cursiva me pertenece).

En el debate, en cambio, afirma categóricamente haber observado "*fisuras* múltiples ya cicatrizadas, que se veía que habían sido profundas porque había dejado escotaduras, o sea zona donde el músculo estaba retraído y esto habla de la profundidad, porque lesionó músculo, no sólo lesionó piel". Y más adelante dirá que "se veía piel rosadita como una cicatrización reciente en torno a los *desgarros* más profundos del ano". Se advierte que aquello que en el informe escrito son escotaduras que podrían (tiempo potencial) corresponderse con fisuras (rotura superficial) ya cicatrizadas, en el debate pasan a ser, sin duda alguna por parte de la perito, desgarros profundos (rotura que compromete piel y músculo).

Más allá de las diferencias entre el dictamen escrito y lo declarado en el debate, la experta encuentra *escotaduras* a nivel del orificio anal, término que si bien no es utilizado en medicina legal para esa zona del cuerpo, puede interpretarse que alude a la forma festoneada del esfínter como consecuencia de los pliegues radiados. Así lo explicó el Dr. R., diciendo que son "todos los repliegues que genera la piel que está rodeando este músculo, que es un esfínter estriado muscular"; por su parte el Dr. Á. dijo que "esas improntas no son rastros lesivos sino irregularidades o "arrugas" que se forman a partir de los pliegues propios del esfínter anal".

Es cierto que los testimonios de los mencionados profesionales, por más calificadas y solventes que aparezcan sus opiniones teóricas, no se han basado en el examen directo o indirecto (por fotografías) de la menor. Sin embargo, ambos han dado explicaciones coincidentes respecto de cuestiones esenciales propias del conocimiento científico, útiles sobre todo para hacer una correcta lectura, interpretación y valoración de las conclusiones del peritaje oficial.

En cuanto al hallazgo de zonas de piel más rosada, además de su inespecificidad, tal surge de las explicaciones de los Dres. R. y A., pues, p.ej. la mala higiene puede provocarlas, es la propia perito quien en el juicio admite que el color rosado de la piel en esa zona no solamente puede corresponderse con una lesión cicatrizada recientemente.

La cuestión no es menor, pues la existencia de un ataque sexual con penetración anal forzada produce, necesariamente, un cuadro lesional evidente. Entre otros, Gisbert Calabuig explica que en un atentado agudo la introducción del pene en el conducto rectoanal "cuando ha sido brusca y acompañada de violencia, (se) producirá(n) lesiones resultantes de la

forzada distensión del ano, que asume(n) la forma de *excoriaciones, laceraciones, desgarros o grietas* de la mucosa y de los pliegues radiados de la piel". También indica este autor que en un ataque violento pueden presentarse otras lesiones, entre las que enumera aquellas que se producen en las zonas circunvecinas al orificio anal propiamente dicho, en el caso la rotura del rafe medio perineal y la lesión equimótica de la parte superior del muslo derecho; también menciona las denominadas "a distancia", como "arañazos, rasguños, excoriaciones, equimosis y heridas" (cfr. GISBERT CALABUIG – VILLANUEVA CAÑADAS, *op. cit.*, pág. 585 y ss).

Ese cuadro lesional es el que, en mi opinión, no ha sido acreditado con certeza. En tal sentido considero que no resulta correcto afirmar que los testimonios de los Dres. A. y R. permiten corroborar lo afirmado por la perito. Al contrario, entiendo que los expertos convocados al debate han puesto en evidencia que las conclusiones del peritaje oficial no pueden ser afirmadas con certeza.

No se trata de restar valor probatorio a la pericia ginecológica por mero decisionismo. De lo que se trata es de ponderar el peso o la fuerza de los fundamentos a partir de los cuales se pretende fundar la conclusión, a fin de contrastarlos con las restantes opiniones expertas incorporadas como prueba al proceso. En mi opinión, las inconsistencias y contradicciones señaladas, también en este aspecto, han sido soslayadas en el fallo, habiendo omitido los Sentenciantes decir por qué razón han dado preferencia a unas explicaciones por sobre las otras.

11. Por las razones expuestas, entiendo que implicaría admitir márgenes de error inaceptables si entendiéramos que las incongruencias en el relato de la niña pudieran considerarse superadas a partir de las incompletas y sesgadas conclusiones que introduce, tardíamente, la perito en la audiencia de juicio.

El defectuoso procedimiento seguido para la realización del peritaje, la parcialidad que advierto en las opiniones de la perito oficial, sumado a las falencias señaladas en la

valoración del único testimonio directo de los hechos, me llevan a admitir como creíble sólo parcialmente el relato de la menor.

Entiendo que, por estricta aplicación del principio beneficiante de la duda (art. 28 CPP), debe tenerse por acreditados los extremos fácticos que surgen de su primera versión, en cuanto describe que el acusado le exhibió sus genitales y que luego la tocó en sus zonas pudendas.

Considero que esa es la única certeza que se puede predicar acerca del ataque sexual investigado, por lo que, descartada la configuración del acceso carnal por vía anal, corresponde propiciar que se modifique la calificación legal por la de abuso sexual del art. 119, párrafo primero, del Código Penal.

En tal sentido, no cabe olvidar la noción de "certeza procesal" que reiteradamente recuerda el juez Pfleger, ministro del Superior Tribunal de Justicia, al señalar que "... no es tarea de los jueces investigar la correspondencia entre la cosa (lo acontecido) y la idea que tenemos acerca de ella, o, acaso, la adecuación entre la idea que se tiene de un objeto y lo que el objeto es en realidad (en mi copiado latín "*adequatio rei et intelectos*") sino llegar a un criterio o nivel de verdad luego de un trabajo paciente, sistemático y honesto, mediante la aplicación de la sana crítica, método que importa echar mano de las reglas del recto pensar basadas en la lógica, la psicología y la experiencia, a cuyo través las consecuencias se derivan de sus causas conforme el observador imparcial" (Sala Penal STJ Chubut, *in re* "R., R. A.", Expte. N° 20.728-2592006, sentencia de fecha 03/09/07, voto del juez Pfleger). Así voto.

12. Todo lo anterior me persuade acerca de la procedencia del planteo subsidiario de la Defensa, en cuanto solicita ad

eventualiter el cambio de calificación legal de la conducta atribuida, que fuera tipificada como abuso sexual con acceso carnal (art. 119, tercer parráfo, CP), por la de abuso sexual simple (art. 119, primer párrafo, CP).

Entiendo que la petición en modo alguno vulnera el principio de congruencia. Así, aplicando el criterio correcto de analizar si en el caso concreto se ha visto la Defensa sorprendida por circunstancias que no fueron objeto de investigación ni de debate, entiendo que tal circunstancia no se ha configurado en absoluto. Ello así, pues el sentido axiológico del mencionado principio -evitar la sorpresa en quien se defiende, de no haber podido expedirse o refutar probatoriamente-, no se ha concretado en autos, ya que el nuevo encuadramiento fue solicitado por la Defensa, que se trata de conductas que implican una afectación progresiva del bien jurídico y que todos los extremos del caso fueron sometidos al principio de contradicción durante todo el proceso.

No obstante lo expuesto, siendo que mi postura ha quedado en minoría en la deliberación, no corresponde extenderme en la solución nulificante y sus efectos pues los colegas han sellado, con su decisión, la confirmación lisa y llana del fallo de condena.

13. Por último, corresponde imponer las costas del proceso al acusado (art. 241 del CPP) y regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública por su actuación en esta etapa en el monto de 20 JUS (art. 5, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto ley 2200) y art. 59 y concs.de la ley V-90 (antes ley 4920)

La Dra. Carina Estefanía dijo:

El recurso ordinario interpuesto por el Dr. Sergio Rey, defensor público, a cargo de la defensa técnica del imputado, contiene las quejas contra la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio, y se circunscriben – como se desprende de las resultas de la presente- al análisis de la prueba que efectuaron los magistrados, por entender que han efectuado

una valoración arbitraria de la prueba, toda vez que a su criterio, de haberse realizado en forma correcta, no se habría arribado a la certeza que requiere una condena y por aplicación del "in dubio pro reo", correspondía la absolución de G. E. S..

Resumiendo, los tres aspectos que el Defensor ataca son: la incorrecta valoración del resultado de la pericia ginecológica efectuada por la Dra. S. M. M.; en el mismo sentido se agravia de la pericia psicológica por considerar que el stress post traumático que padece la niña tiene relación con la muerte de su madre y no con el supuesto abuso sexual del que habría sido víctima; y por último, la imposibilidad material de realizar el acto sexual denunciado, en función del escaso tiempo con el que el chofer contaba para efectuar el recorrido preestablecido por la empresa en la que prestaba servicios.

En cuanto al primer agravio – esto es la valoración de la pericia ginecológica a cargo de la Dra. M.- cabe señalar que la perito presentó con fecha 7 de octubre de 2011 el informe de la pericia que habría efectuado en dicha fecha a las 9.30 horas en el Hospital Zonal Trelew, en compañía de la Dra. G. G., el que fue ofrecido como prueba por el MPF, e incorporado in totum, con la declaración de la profesional en el debate.

Allí relató que se le realizó a la menor M. E. R. un examen genital y anal mediante visión directa en posición ginecológica y genupectoral, observándose materia fecal sobre vulva y región perianal. Agregó que luego se procedió a examinar y fotografiar la zona, y que se observaba un himen anular con desgarro incompleto, que no llega a la base, cicatrizado en hora II. Asimismo, dejó constancia que se verificó un "Esfínter anal laxo, que se distiende a la

separación de glúteos, dilatado, sin presencia de materia fecal en su interior de bordes irregulares, con escotaduras en horas 12, 11, 8 y 6 en posición genupectoral. No presenta fisuras anales recientes, pero se observan zonas más rosadas en horas 8 y 6 que podrían corresponder a zonas de cicatrización reciente.

También se expidió sobre la data de las lesiones, señalando que los desgarros himeneales se cicatrizan en diez días y que las fisuras anales pueden hacerlo en el mismo plazo o demorar algo más si se presenta infección de la zona, dependiendo de su profundidad.

Explicó que la parálisis anal tiende a persistir por unas seis semanas de producida la dilatación forzada. A partir de estos datos, sostuvo que debe deducirse que las lesiones son inferiores a esta data y superiores a diez días, por no observarse fisuras recientes, sino escotaduras, aún de color rosado, que suelen quedar luego de fisuras más o menos profundas.

Por último respecto de las secuelas, concluyó que la continencia de materia fecal se recupera en unas seis semanas a partir de la lesión y que el desgarro himeneal completo ya está cicatrizado y no se modificará con el tiempo y como dato de interés explicó que la niña no recordaba la fecha de la última menstruación, negó estreñimiento y enfermedades relacionadas con la zona vulvar y/o anal y relató episodio de abuso sexual hace quince días con dolor y sangrado posterior. También dejó constancia que la niña no tenía ropa interior al momento del examen y se observaba el interior del pantalón manchado con materia fecal.

Ya en debate la perito explicó respecto del desgarro himeneal incompleto, que tenía relación con el relato de la niña, quien le habría expresado que sintió que el imputado le metía el dedo en la parte de adelante y que la ubicación de la lesión es conteste con ello, toda vez que si el pene hubiese ingresado en ese sector el desgarro seria en los cuadrantes inferiores.

Respecto del ano, además de reiterar lo escrito sobre la presencia de materia fecal en la zona, expresó que se encontraba francamente dilatado, mayor a dos centímetros y con múltiples fisuras ya cicatrizadas, que por como se veían, habían sido profundas porque había dejado escotaduras o sea zonas donde el músculo estaba retraído y esto habla de la profundidad de la lesión, es decir se había lesionado músculo, no solo piel.

Sobre este punto recordó que se interrogó a la niña si controlaba la materia fecal y manifestó que se le escapaba y que ello ocurría desde el momento del abuso.

Luego de reiterar los demás datos consignados en el informe, respecto de la data y las secuelas de las lesiones halladas, contestó a la defensa la diferencia entre escotadura y desgarro, aclarando que la escotadura congénita no tiene bordes cicatrizales, mientras que si lo tiene el desgarro y además es más plateado. Que la escotadura tiene como su nombre lo indica, forma de escote en V, mientras que el desgarro era recto. En cuanto a las lesiones del ano, señaló que la niña presentaba fisuras anales cicatrizadas, visualizándose zonas con piel de color más rosa.

Considero que es absolutamente relevante la participación de la Dra. G. en la pericia realizada a la menor, más allá de su especialidad en la Pediatría y a su falta de experiencia en la realización de pericias ginecológicas. Ello, porque la médica acompañó a la perito oficial en la realización de la pericia, se encargó de la extracción de las fotografías en las zonas afectadas por las lesiones y en el debate reconoció haber visualizado las lesiones, el ano dilatado y que habían concluido, con las demás profesionales del hospital que habían intervenido previamente, que la incontinencia anal y la dilatación que

presentaba la niña, ante la falta de otros antecedentes clínicos que podrían motivar tal patología, era una consecuencia del abuso sexual relatado por la menor.

Tampoco es menor la información aportada por la Dra. M., quien reconoció que la incontinencia anal puede ser una consecuencia de otra patología, pero que de presentarse debía estar acompañada de parálisis de los miembros inferiores, circunstancia que no se verificaba en la niña peritada.

La Dra. González – presidente del Tribunal de Juicio- a cargo del primer voto, correctamente dijo luego de transcribir las conclusiones de la Perito M., que las explicaciones brindadas por los Dres. R. y Á., profesionales propuestos por la Defensa Técnica para que depongan en el juicio como testigos genéricos, porque no revisaron a la niña ni participaron de la pericia, no contradicen las conclusiones alcanzadas por la perito. Dijo la Sra. Juez a quo que los médicos "Coincidieron en que frente a una penetración anal forzada lo primero que sucede es la lesión y esta a su vez provoca la contracción del esfínter. Luego, cuando esa pérdida de sustancia o de continuidad del tejido (que puede ser piel o músculo) que es la lesión, se repara, es decir: se cicatriza, puede producirse la parálisis y la incontinencia. También coincidieron con la perito en que la parálisis anal es compatible con la penetración peneana forzada".

Por su parte, la Dra. Pérez Bogado también coincidió en que los Dres. R. y Á. aportaron las explicaciones restantes y posibles para la parálisis anal, descartadas de plano por la perito y las médicas intervinientes, por la mera ausencia de otros signos que las sostengan clínicamente. Concluyendo, luego de citar textualmente a los nombrados que el "testimonio de la Dra. M. no fue controvertido, sino ampliado y explicado por los galenos" y agregó "que el dato que otorga mayor relevancia a las conclusiones de la perito es el brindado por el Dr. Á. quien preguntado a que causas se podría atribuir una parálisis anal cuando no hay

constipación, ni antecedentes patológicos o neurológicos, el referido galeno respondió lisa y llanamente: "tendría que analizar clínicamente al paciente. Lo cual, en efecto, si hizo la mencionada perito".

Agrego a lo dicho por el Tribunal de Juicio, que también analizaron clínicamente a M. E. R., las otras médicas del Hospital – S. M. C. y P. A.- conforme lo dijo la Dra. G. que explicó que ante la dilatación anal observada y la incontinencia de la materia fecal, habrían concluido con sus colegas, que era una secuela del abuso sexual. José Miguel Patitó, en su obra "Medicina Legal" al referirse al diagnóstico médico legal de la violación por el ano, refiere que en los casos de violencia se puede ver: "1) congestión, edema y rubicundez; 2) desgarros y hemorragias comúnmente en horas 6 a 12; 3) orificio anal doloroso; 4) estupor anal o sea dilatación atónica como consecuencia de una dilatación brusca y violenta con borramiento de los pliegues. (pág. 325, Ediciones Centro Norte)

En el artículo "Aspectos y técnicas de evaluación médico legales en menores, víctimas de DCLS - "Examen de Integridad Sexual en DCSL (II Parte) Región Anal" Dr. José N. Carreño Reyes, del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de Perú en el que se citan a distintos especialistas se señala que "Las lesiones encontradas se describirán, indicando su ubicación según el sentido del Cuadrante Horario de Lacassagne (de la I hasta las XII horas). Para Bonnet, "el canal ano_rectal se dilata con mucha mayor facilidad que el vulvovaginal, por lo que puede permitir la penetración de un pene en erección. Sin embargo, en caso de violencia se registran algunos de los caracteres que siguen: 1.Desgarro triangular en horas VI, 2.Desgarro de algunos de los pliegues anales, 3.Desgarros rectoperineales en caso de

gran violencia,4.Contusiones a nivel de las caras internas de los genitales, en la proximidad del orificio anal, 5.Orificio doloroso al tacto rectal, 6.“Estupor” del orificio, es decir dilatación atónica del ano como resultado de su dilatación brusca y violenta, etc.

Por otra parte, Leo Julio Lencioni también describe – entre otros- los siguientes signos: Pequeñas cicatrices blancas o rosadas en la piel y mucosa y Dilatación del esfínter del ano y pérdida del tono del mismo.
(http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2
231_04_examen_de_integridad_sexual_en_dcsl_p2.pdf)

Mario Rivas Souza, nos dice entre los signos de violencia a encontrarse en el caso de penetración anal forzada: Desgarros (siendo frecuente el de horas VI, ya descrito), Parálisis antálgica esfinteriana, o signo de la “O” positiva, ó “dilatación del esfínter” entre 1.2 hasta 2.5 cmts., provocado por el intenso dolor originado por las lesiones existentes.

La coincidencia –entre lo expuesto por los doctrinarios y lo expuesto por la perito- no solo se presenta con relación al denominado estupor anal, sino también con relación a la zona en que se visualizaron las lesiones en proceso de cicatrización, que fueron ubicadas por la perito en horas 6, 8, 11, y 12 . (informe pericial) Nótese además que el autor citado – Souza-, nos dice en su obra que “es de fundamental importancia dejar claramente establecido que el coito por vía anorectal no consentido determina, en todos los casos sin excepción, lesiones de mayor o menor jerarquía. Precisamente en el caso de violación por vía anorectal, es posible determinar, sin temor a equivocarse, si se trata de una relación que no contó con el consentimiento de la víctima, debido a que es completamente distinto el resultado del coito por esta vía del que se logra por vía anterior o vaginal en casos de violación… y explica que la penetración por vía anorectal, contra la voluntad del accedido, provoca la contracción esfinteriana, que en forma intensa se resiste,

oponiéndose al acceso, el cual sólo se logra si se provocan lesiones que van desde simples excoriaciones o equimosis, hasta desgarros de pequeña o gran magnitud, como el de horas VI, de forma triangular, con base en el margen anal y vértice en el periné, llamado Signo de Wilson Johnston".

Por su parte Gisbert Calabuig, al respecto añade: "Es mucho más frecuente que las lesiones sean leves y discretas, caso en que un examen superficial puede pasar por alto tales vestigios. Estas lesiones locales evolucionan, por lo general, en un plazo muy breve, de ordinario menor de 5 días. Si las lesiones han sido más extensas y las condiciones locales y generales de la víctima son desfavorables, se necesitan plazos mayores, que en los casos extremos pueden llegar a 10 ó 15 días. Cabe recalcar que el tiempo de cicatrización de las lesiones a este nivel, es variable y no guarda relación cronológica necesariamente con la reparación de las lesiones himeneales, sino con la severidad del daño producido, pudiendo variar desde menos de 05 días hasta 10 ó 15 días inclusive en casos graves (Gisbert Calabuig), recomendando un promedio de 07 a 10 días, pero en casos crónicos con interferencia de infección lleva semanas (Leo Julio Lencioni). Las cicatrices a nivel anal se describen como zonas lisas, blanca "nacaradas", (cicatrices hipocrómicas) o negruzcas (cicatrices hipercrómicas), según hayan comprometido la profundidad del tejido (superficial o profundo), pudiendo ser lineales finas, gruesas, "en banda" y/o "en franja".

De modo, que los dichos de la perito, como se ha visto, no sólo han sido confirmados y robustecidos por los testigos médicos ofrecidos por la defensa, sino que además son contestes con la bibliografía de medicina forense en este punto. No es menor, que exista coincidencia con el lugar

donde se observaron las lesiones, -tanto por M. como por G.- con la coloración de la piel en las cicatrices observadas, con la data de las lesiones, con el tiempo que debe transcurrir para que la lesión se cicatrice y por último con la forma que presentaban las lesiones. Me detengo aquí para responder al Defensor particular, quien pidió sanciones a la Perito por haber definido las lesiones en el ano como escotaduras, cuando a su criterio es un término exclusivo del himen. Efectivamente, dicha palabra, se utiliza para definir las muescas que se observan en el himen, que suelen ser congénitas y que se diferencian del desgarro. Sin embargo ello no impide que sea utilizado para definir otras lesiones, entre ellas las lesiones anales, que tienen como su palabra lo indica forma de escote, de v o de triángulo. Tal es así que es normal encontrar en la bibliografía fotografías con lesiones en el ano descriptas como "Herida lineal en forma de escotadura" (*Cuadernos de Medicina Forense* Servicio de Patología Forense. Sevilla España n.43-44 Sevilla ene.-abr. 2006 http://dx.doi.org/10.4321/S1135-76062006000100005)

En definitiva, todo lo expuesto, da cuenta que efectivamente los magistrados del juicio han efectuado una correcta ponderación de la pericia ginecológica efectuada a la menor, que estuvo a cargo de una profesional, con vasta experiencia en su especialidad y que en el caso, sus informes se sustentan, por un lado en la Dra. G. que confirmó haber visto las evidencias físicas consignadas por la Dra. M. en su informe –lesiones, dilatación anal e incontinencia, presencia de materia fecal en vulva y en pantalón- (sin perjuicio de aclarar que no es su especialidad y por eso no puede decir, por ejemplo, cual es el tiempo de curación de una parálisis anal provocada por una penetración forzada) y por otro, en cuanto a las conclusiones, por un lado las médicas del Hospital Zonal de Trelew, que atendieron a la niña y que analizaron la clínica de la menor, descartaron que la incontinencia sea consecuencia de otra patología, y por el otro, los testigos médicos traídos por la Defensa aportaron datos confirmatorios de las conclusiones alcanzadas por la

perito, todo ello conteste con la bibliografía de medicina legal existente.

No puede soslayarse, que la pareja de la menor, C. J. d. M. V. expresó en el debate haber visto toallones sucios con sangre y materia fecal, al igual que las bombachitas de la nena, resaltando que había sido en fecha cercana al hecho, ya que cuando esto sucedió no hacía mucho tiempo –un mes aproximadamente- que ella se había trasladado a vivir a la casa de M. E. R..

Por último y más importante aún es valorar que las lesiones son compatibles además con el propio relato de M. E. R., quien explicó en su declaración en Cámara Gesell, que el imputado habría intentado penetrarla por "adelante" y que luego la dio vuelta y la accedió por atrás.

Si bien es cierto, que inicialmente la niña, no relató el abuso del modo que lo escuchamos en la Cámara Gesell, ya que no habría dicho que el imputado la habría accedido carnalmente, debemos tener presente que la directora nos dijo que a la niña había que estimularla, por sus tiempos de aprendizaje y su maestra de grado G. M., confirmó este dato y al igual que la directora, relataron que la menor jugaba con nenes más pequeños que ella.

Su maestra relató además, que una mañana, previo al desayuno y a lavarse las manos, M. E. le dijo que tenía que contarle algo. Se la notaba muy nerviosa, muy mal. Refirió que "ella no era de expresarse muy bien" y que entonces le manifestó que "ella no podía permitir que me hagan eso" y preguntada que era eso, contestó "que le muestren el coso, las partes íntimas". Finalmente, agregó, que en la época que la niña le comentó esto, estaban estudiando el aparato reproductor femenino y masculino, agregando que como docente, ella utiliza esta ocasión para enseñarle sobre los cuidados de su

cuerpo, infiriendo que puede ser, que ello haya influido en la niña, para que decidiera contarle lo que le habría ocurrido.

Subrayo, que esa dificultad de expresión, se presenta como evidente en la audiencia en Cámara Gesell, toda vez que hemos visto que por su especial modo de hablar, resulta dificultoso lograr que ella pueda contar o contestar preguntas, en forma clara, sin perjuicio que con sus palabras, relató cómo había ocurrido el hecho por el que resultó condenado S. en la primera instancia. Además la perito psicóloga L. C., también sostuvo que su nivel de lenguaje es acorde a su edad, aunque su discurso aparece, en ocasiones confuso. Si bien es concreto y práctico ella pone tanto empeño en ser clara que genera enredos de los que sale llamándose al silencio. Es necesario hacerle preguntas sencillas, cortas; esperar la respuesta y luego proseguir. Presenta características propias de un retraso madurativo.

Esta dificultad, también fue advertida por D. B., Coordinador de Deserción Escolar de la Dirección de Promoción y Protección de Derechos, quien le dijo a la pareja del padre que trate de hablar en privado con la nena y que le pregunte que era lo que efectivamente le había pasado. Esa noche, C. M. V., junto a M., la hermana de M. E., le preguntaron que era lo que realmente le había ocurrido y luego de responder afirmativamente una serie de preguntas se puso a llorar y quedó como en un estado de shock, -sin responder, acostada en posición fetal- lo que motivó que llamaran a la ambulancia y la internaran. Agregó la testigo, que cuando llegaron al hospital fueron atendidas por las pediatras y allí M. E. contó -tal cual lo dijo en Cámara Gesell- que el imputado tapándole la boca para que no grite, primero quiso penetrarla por adelante y que como no se dejó la agarró por atrás y que sentía mucho dolor.

El relato de M. E., por su niñez, no puede ser analogado en su tratamiento al del adulto, pues en ninguna esfera de su vida en relación –familiar, escolar, social, etc.- quien se comunica con un niño lo hace con la expectativa de obtener

de su pequeño interlocutor un razonamiento impoluto, sin fisuras, sin olvidos, sin imprecisiones. ¿Por qué entonces ha de aplicarse distinta vara para mensurar con inmutable rigor la narración que ofrece un niño cuando es convocado a declarar en un proceso penal por un hecho que lo ha convertido en víctima? La psicología, por su parte, ofrece un inestimable aporte para la valoración del relato infantil. Por tal motivo es que resulta aconsejable, como se hizo en el caso, que se validen sus dichos con un abordaje experto. Las pericias psicológicas, en este sentido ofician casi a modo de intérpretes del relato del niño y cuando se agregan al proceso no es posible separarse, por su capacidad explicativa, de los defectos u omisiones que puedan encontrarse en la narración del menor.

Sobre el particular, brevemente diré que el Juez -y las partes- acuden al perito para proveer a determinada constatación fáctica de una base técnica que ante las partes se presente objetiva y controlable, carece de todo sentido prescindir luego de su dictamen, sin exponer las razones de tal solución como así contraponer a la opinión profesional el parecer meramente individual del magistrado –o de la parte- en un área ajena a sus incumbencias especificas. (T.S.J. Sala Penal "C." S: N 8 1-07-58; Cfr. CSJN, "González c/ trenes de Buenos Aires"; Medina c/ Siam Di Tella SA, 5-10-78)

Por ello cuando existe una pericia psicológica que se expide sobre la fiabilidad del relato, la lectura de este último debe ir necesariamente acompañado –cual sombra al cuerpo- de la explicación del experto, en tanto aquel extremo se ubica dentro del ámbito de conocimientos especiales de los que carece el juzgador y que por ende no pueden motivar su decisión.

La pericia psicológica, que no ha sido controvertida por la defensa, indica que el testimonio de la niña es veraz, y no aparenta influencia que determine su contenido. En ocasiones se equivoca y corrige sus expresiones, dando cuenta de la falta de rigidez de un relato creado. Reconoce cuando no recuerda detalles y espontáneamente agrega otros. Dicho esto y volviendo entonces a la valoración pericial efectuada por el Tribunal de juicio, de la pericia ginecológica, considero, como lo enseña el Dr. Eduardo Jauchen, que en este caso los jueces han cumplido con el mandato constitucional, de valorar la pericia conforme los principios de la sana critica y la libre convicción. Es cierto, que en la actualidad la doctrina es unánime en cuanto a que el resultado de la prueba pericial no obliga al Juez, quien podrá separare del dictamen siempre que tenga la convicción contraria. El juez, "tiene el poder deber de practicar sobre el informe de los expertos una atenta labor crítica, observando y considerando detenidamente no sólo las conclusiones definitivas a la que el perito hubiese llegado, sino también a las operaciones y prácticas que para ello hubiese efectuado, los fundamentos y razones con las que sustenta aquéllas y la seriedad de todo el desarrollo de la prueba" (Jauchen, Eduardo. *Tratado de la Prueba en Derecho Penal.* Ed. Rubinzal Culzoni. Pág. 414)

Sin embargo -agrega el doctrinario- para separarse de las conclusiones periciales, el magistrado deberá expresar explícita y razonadamente los fundamentos de tal apartamiento. Ello es así, como consecuencia directa del principio de la debida fundamentación en toda resolución judicial; el disenso con el dictamen técnico no puede ser antojadizo y arbitrario.

Por último, siguiendo al autor citado, señalo que entre las causas por las cuales el juez puede apartarse de las conclusiones pueden destacarse: la contradicción con el resto de las pruebas, que resulte a todas luces inverosímil, que esté viciada de alguna falencia que la descalifique como tal o que corresponde su nulidad o que resulte vacía de contenido.

En el caso, tal como lo he desarrollado, la pericia no está afectada por ninguna de dichas falencias, de modo que el Tribunal de Juicio actuó como corresponde, pues sabido es que el Juez que decide apartarse del resultado pericial, no puede fundar su discrepancia sólo en su íntimo parecer, basándose exclusivamente en su particular modo de apreciar la cuestión, sino que deberá apoyar su disenso, a su vez, en pautas y conceptos científicos y técnicos relativos a la misma materia sobre la que se expidió el experto. No puede sustentarse en genéricas y subjetivas opiniones propias que surjan de sus profanos conocimientos, por más sentido común o experiencia a los cuales se apele. (pag. 416/7 obra citada)

Respecto del stress post traumático, que la defensa atribuye a la muerte de su madre, ocurrida en el mes de febrero, es decir, entre siete y ocho meses antes del hecho, interesa aquí nuevamente la pericia psicológica de la Lic. L. B. C. quien expresó que en este caso M. atravesaba un momento de por si traumático al que se le suma esta grave situación. Que al momento de la pericia presentaba indicadores de aislamiento, introversión, vergüenza y desvalimiento. Que se pondrán a prueba sus recursos psicológicos en formación y será absolutamente necesaria la orientación terapéutica tanto al padre como a ella para lograr la más adecuada elaboración de esta experiencia.

Es decir, que más allá, de existir un trauma por la muerte reciente de su mamá –casi ocho meses- el cuadro psicológico advertido presentaba características propias del trauma sexual, como lo es la vergüenza, la desconfianza y desvalimiento. En definitiva, más allá, de la existencia de un factor ajeno al abuso que también ha influido en el estado psíquico de la menor no es excluyente de la existencia de las secuelas propias que el abuso produjo en la menor y que

impiden, como pretende la defensa, sostener que el estado psicológico de M. E., advertido por la perito, responda exclusivamente al fallecimiento de su madre. No debe excluirse en este punto, la crisis de llanto y shock que evidenció la niña, cuando pudo, finalmente, relatarle a su hermana más detalles de lo que realmente le había ocurrido.

Por último, con relación a la imposibilidad material, el imputado, además de negar su responsabilidad en el hecho, hizo especial hincapié al prestar declaración en el debate que los tiempos no le permitían hacer los hechos que se le acusan. Dijo al Tribunal que la reconstrucción del recorrido da cuenta de ello. Textualmente expresó "fue más que evidente el tema del recorrido y los horarios", y agregó que "en su momento habíamos pedido que se nos extendieran los horarios porque estábamos con horarios muy ajustados y gracias a Dios no nos dieron bolilla del departamento de tráfico de la empresa". Reiteró que desde el principio, con el primer abogado que tuve, "les estoy diciendo que se comprueben los horarios".

Sobre este punto, tal cual lo sostuvo el Tribunal de Juicio, la prueba acreditó con certeza que la niña era la primera que subía al colectivo y que la celadora que debía cuidar a los niños lo hacía después, inclusive que ese día había faltado. Como refiere la Dra. Pérez Bogado, la celadora Marcela Zorro dijo aún en su propio perjuicio que no había estado, en concordancia con lo dicho por la victima y el testimonio de la otra celadora V. P., contradiciendo en este punto a lo señalado por el imputado, quien había relatado que sí estaba.

En cuanto al tiempo necesario para perpetrar un ataque de esta naturaleza –coincidieron los magistrados- al momento de realizar la reconstrucción del recorrido solicitado por la defensa "pude percibir que la velocidad del vehículo puede ser manipulada por el chofer, de acuerdo a si va con pasajeros o no. Se suman a ello otras constancias que permiten establecer que duraba entre diez y quince minutos y que el recorrido que va desde la Escuela Nro. * hasta la loma de

burro frente al Barrio ***, donde M. E. R. esperaba el transporte, puede ser perfectamente reducido al menos en cinco minutos ya que como ha quedado acreditado el imputado lo recorrió solo, sin celadora y sin pasajeros".

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar los agravios invocados por la Defensa y confirmarse la condena impuesta a G. E. S. que se corresponde con el mínimo de la pena prevista en la escala penal del tipo penal escogido, esto es abuso sexual agravado por acceso carnal (art. 45 y 119 tercer párrafo del Código Penal). Con relación a los honorarios del Dr. R., adhiero al monto propuesto por la Dra. Rodríguez, en el primer voto.

El Dr.Leonardo Marcelo Pitcovsky dijo:

Llegado el turno de emitir mi enfoque conforme el orden de votación, he de pronunciarme, pues así resultó de la deliberación efectuada, por rechazar la impugnación propuesta por la Defensa y confirmar en todo la sentencia cuestionada.

Dicho esto y enunciados con anterioridad los agravios del Sr. Defensor, continúa por manda constitucional expresarme sobre el porqué de esta decisión. Fueron tres los puntos de la sentencia que el impugnante marcó como frágiles y por ende esperables de una toma de posición adversa a la escogida por los Jueces del Juicio. Tales fueron que las conclusiones de la pericia ginecológica se encontraban incorrectamente valoradas por los Magistrados en perjuicio de su defendido, puesto que del resultado de la misma no se advertían lesiones anales en l menor; que la resultante (efectos) del stress que provino de un trauma (de la menor) tuvo su origen en la muerte de su madre y no en el hecho que denuncia y que, respecto a la materialidad –acceso carnal propiamente dicho– no hubo tiempo de realización, pues el lapso que sucedió entre el ingreso de la menor al transporte conducido por el

imputado y la entrada del siguiente pasajero, fue exiguo para que este ilícito se concretase. En orden de análisis, comenzaré por el tratamiento del tercer agravio, esto es, la posibilidad real y concreta que hubo de tener G. E. S. de acceder vía anal a la menor M. E. R. en el colectivo que condujera la mañana del hecho. El inculpado sobre esta cuestión, en su defensa realizada en la etapa preparatoria, en el debate y en la misma audiencia de impugnación, dijo que no abusó de la menor R., que la conocía por transportarla al colegio, pero que de ninguna manera ocurrió el hecho por el que se lo acusa, señalando al efecto que siempre concurría alguna celadora y que otros menores en forma inmediata subían al micro en un breve lapso de minutos, por lo que aún dudándose de su palabra, la cuestión temporal de ocurrencia imposibilita la chance de que el suceso acaeciera tal como se le imputa.

A partir de la declaración de M. E. R. en Cámara Gesell, de la propia denuncia y de datos que aportan familiares de la misma, como también profesores del colegio, es que se vincula al inculpado en el ilícito. En el relato de la niña se identifica al atacante como "el chofer Gustavo", lo describe físicamente y luego lo reconoce en rueda de personas. Además de referir sobre el ataque caracterizado por lo intempestivo y violento, pormenorizó en cuanto al tiempo que fue muy rápido.

Que sin perjuicio que el imputado desliza que fue prueba consentida –y por ello a su juicio no debería ser analizada en su perjuicio-, la reconstrucción del recorrido vehicular, la inspección ocular y el informe fotográfico practicados, reflejan tal como lo señaló la menor, el lugar escenario del hecho (interior del colectivo y espacio en que se encontraba estacionado).

Va de suyo que los Jueces escogieron como cierta la versión del suceso traída por la niña R., cuestión que comparto. En tal sentido la Dra. G. dijo: *"En lo que respecta a la posibilidad material y temporal de realización del ataque sexual por parte del acusado, entiendo que aparece como*

*suficientemente acreditada la ausencia de cualquier otra persona –además de la víctima y el victimario– en el interior del colectivo al momento y lugar del hecho. Efectivamente: ello no sólo surge de las constancias sobre la falta de control y de reemplazos de celadores ausentes, sino que la más estricta sana crítica inclina a concluir en que esa posibilidad cobra toda fuerza a partir del testimonio de la propia celadora Zorro, puesto que manifestó que no estaba y que no fue reemplazada, siendo más razonable que lo negara, puesto que tal ausencia le costó, finalmente, el trabajo. Pero además, esto resultó corroborado por otra celadora: V. P., quien también afirmó que cuando una celadora faltaba, la misma no era reemplazada. En idéntico sentido, también P., quien es encargado de facturación, diagramación de recorridos y de los coches de "C.", manifestó bajo juramento que no existe forma de controlar la asistencia de los celadores y que sólo se enteran cuando llega el colectivo y según lo que informa cada chofer. En consecuencia, tenemos que el único que podía informar si el Z. estaba ausente o presente, en este caso, era el propio acusado. Y desde luego, aduce en su beneficio que la celadora se encontraba presente, pues ello implica que no podría haber perpetrado el ataque que se le imputa, naturalmente. No obstante y como se dijo, aún cuando claramente resultó perjudicada por reconocerlo, la propia celadora manifestó estar ausente, siendo en esto, además, coincidente tanto con la niña R. como con V. P.. Finalmente, en lo que refiere al tiempo necesario para perpetrar un ataque de esta naturaleza, de acuerdo a los recorridos practicados, los testimonios receptados y las demás constancias obrantes, el recorrido del colectivo desde la Escuela N° * hasta la Escuela N° **, definitivamente permite tiempos que varían entre los 10 y los 15 minutos de llegada a la Escuela N° **;*

*y así resultó confirmado por los distintos testigos que se manifestaron sobre el tenor. Por otra parte, el tramo que va desde la Escuela N° * hasta la loma de burro frente al Barrio *** (parada de la víctima) y que realizara el tribunal en pleno junto con las partes y a pedido de la defensa, puede ser perfectamente reducido cuando menos en 5 minutos, dado que, como se dijo, ha quedado acreditado que el imputado lo recorrió solo, sin celadora y sin pasajeros".-*

En igual sentido la Dra. PÉREZ BOGADO expresó que *"La Defensa ha planteado la imposibilidad material y temporal de realización del ataque sexual, sin embargo y contrariamente a lo sostenido, considera que se encuentran suficientemente acreditadas una seria de circunstancias que apuntala la Acusación Fiscal: en primer término la ausencia de otra persona en el interior del colectivo al momento y en el lugar en que ocurriera el hecho. Y ello surge palmario de las constancias, remitidas por la empresa CEFERINO, donde manifiesta la falta de control y de reemplazos de celadoras ausentes, por la modalidad informal de la contratación, y que hace que los testimonios rendido por quienes cumplían esa función, adquieran mayor valor convictivo. Es así que cobra fuerza el testimonio de la celadora M. Z., cuando manifiesta que el día del hecho no estaba y que no fue reemplazada, toda vez que sería más razonable que negara esta inasistencia, puesto que tal ausencia le costó el puesto laboral. Esta circunstancia resultó corroborada por quien cumplía también dicha función: V. P., quien, además afirmó que cuando una celadora faltaba, la misma no era reemplazada."-*

Si el tiempo entonces no fue óbice para que la menor fuera accedida carnalmente por S., veamos que prueba han evaluado además los Magistrados para arribar a esta certeza positiva. Los factores cardinales a atender son la pericia ginecológica y la experticia psicológica; contenidos centrales que cuestionara largamente la Defensa en su escrito y en el curso de la audiencia de impugnación oralizada ante esta Cámara.-

Del informe pericial psicológico, no surgen dudas respecto de la credibilidad de la misma. Aparece del testimonio, tal cual lo referenciaran los Sentenciantes, que *"A mayor abundamiento, la credibilidad de la niña también viene abonada por el psicodiagnóstico elaborado a su respecto por parte de la Lic. C., quien no sólo dispuso sobre ese informe pericial sino también sobre el testimonio de la niña bajo la modalidad de Cámara Gesell, como es de práctica. En efecto, la psicóloga forense concluyó en que se trata de una niña que no es vulnerable a comentarios de su interlocutor y que se encarga de corregirlo si éste se aparta de lo que ella le relató. Asimismo, que las características de su revelación dan cuenta de que no pudo tratarse de un relato inventado, construido o co-construido en alianza con terceros, concluyendo en que se trata de un relato explícito y concreto y que la testigo tiene credibilidad."* del voto de la Dra. GONZÁLEZ. Hice un repaso escuchando (y observando) el testimonio de la menor víctima, y no puedo dejar de compartir lo expresado con fundamentos razonados y serios lo decidido por unanimidad por los Jueces del Tribunal de Juicio. Del propio informe pericial psicológico realizado por la Lic. C. no surgen elementos indicativos de vicio alguno de mendacidad en el relato de la menor, ni que la misma fuera influenciable a manifestaciones de terceros que pudieran determinar en ella un relato co-construido -que acaso pudiera perjudicar los intereses del imputado o tercero alguno-. (Del informe de la Lic. C. en la audiencia de debate "-entre guiones me pertenece-"). En el mismo sentido se expresó la Dra. PÉREZ BOGADO *"Y en relación a la fabulación,... "el relato reúne las características de ser veraz y no aparenta influencia que determine su contenido. En ocasiones se equivoca y*

corrige sus expresiones, dando cuenta que la falta de rigidez de un relato creado. Reconoce cuando no recuerda detalles y espontáneamente agrega otros.”.

Superado a mi juicio este punto, en concordancia con lo expresado por la colega Dra. Estefanía, resta enunciar la cuestión referida a fundir este hecho dentro del tipo penal previsto en el artículo 119 tercer párrafo del C. Penal.

He arribado entonces al punto central, cual es el acento que han hecho los sentenciantes determinando que el abuso fue con acceso carnal, pero no sólo con el decir de la menor denunciante, sino fijado y comprobado pericialmente. Vale destacar que la posición de los Jueces de ésta Cámara concluimos en forma unánime que en el tiempo que estuvo la menor en el ómnibus sola y antes que subiera el siguiente pasajero, fue abusada sexualmente por el imputado. Queda entonces por señalar los motivos de porqué la mayoría entendimos que el abuso se tradujo, tal como lo dejaran sentado los Jueces sentenciantes, en un acceso carnal vía anal.-

En este sentido cobra un valor concluyente la experticia realizada por la Dra. M., el testimonio prestado por la Dra. G. y las propias declaraciones de los Dres. Á. y R., a contrario de lo que pretende la Defensa.

Sobre el tópico, debo iniciar el evalúo de la cuestión ponderando el análisis que han hecho sobre el particular los Jueces de la sentencia –primer control relacionado a la impugnación de la condena– más luego constatar que esta no aparezca contradictoria o arbitraria, cuestión que indefectiblemente me lleva a un repaso del proceso y su prueba, *hecho y derecho*.-

La Dra. M. en su informe ampliado y controlado en la audiencia de debate sobre su pericia, explicó, describiendo el cuadro que advirtiera cuando revisara a la menor, que el esfínter anal estaba francamente dilatado, aumento mayor a dos centímetros, con fisuras múltiples ya cicatrizadas que se veían que habían sido profundas porque habían dejado escotaduras, zonas donde el músculo estaba retraído. En

cuanto a su actividad fisiológica, la perito indicó que la menor les señaló (junto a la Dra. G.) que no podía controlar la materia fecal, "que se le escapaba" desde el momento del abuso. Ello, agregó la experta, conforme bibliografía que trata el tema, ocurre con aquellas personas que abusadas sufren lesión del esfínter interno agregado a la parálisis del mismo, que produce la incontinencia de materia fecal. Vale destacar también de este testimonio, que la niña al momento de ser revisada, les narró que había sido abusada por el colectivero, quien parándose detrás de su espalda la penetró por atrás, sintiendo mucho dolor con sangrado, situación que puso en conocimiento de la "escuela", pero que no le creyeron. Este relato de la perito encaja con lo narrado por la menor en Cámara Gesell y el resto de la prueba arrimada al proceso. Los sentenciantes hicieron pleno mérito de ello y así ha quedado sentado en cada uno de los votos. Respecto a lo expresado por los médicos que testimoniaron en el debate a propuesta de la Defensa, vale destacar, pues comparto plenamente el análisis que sobre esta prueba efectivizaron los Jueces, los fragmentos pertinentes referidos al tópico: *"Debo sumar a ello, que los Dres. L. R. y Á., quienes comparecieron llamados por la Defensa, aportaron las mismas explicaciones restantes, y posibles, para la parálisis anal – descartadas de plano por la perito y las médicas intervinientes, por la mera ausencia de otros signos que las sostengan clínicamente. Asimismo, coincidieron en que frente a una penetración anal forzada lo primero que sucede es la lesión y que ésta provoca la contracción del esfínter (el Dr. R. manifestó "cuando es brusca, el esfínter que en hiper contracción, como un reflejo...si la penetración es violenta no va a relajarse....si o si lo va a lastimar (al ano), la va a lesionar"). Pero luego, cuando esa pérdida de sustancia*

o de continuidad del tejido (que puede ser piel o músculo) que es la lesión, se repara, es decir: se cicatriza, así lo refirió el Dr. R. Á., puede producirse la parálisis y la incontinencia...la lesión del esfínter será por siempre, ahora por parálisis refleja puede ser transitoria por treinta o sesenta días ". Es decir que el testimonio de la Dra. M. no fue controvertido, sino ampliado y explicado por los galenos. Finalmente, algo que otorga mayor relevancia a las conclusiones, consideraciones y testimonios de la perito tocoginecológica, es cuando el propio Dr. Á., preguntado por el Fiscal a qué podría atribuir una parálisis anal cuando no hay constipación, ni antecedentes patológicos o neurológicos, el referido galeno responde lisa y llanamente: "tendría que analizar clínicamente al paciente."Lo cual en efecto, sí hizo la mencionada perito." Del voto de la Dra. PÉREZ BOGADO. Y *"Nuevamente: advierto aquí, que las opiniones científicas aportadas por los tres médicos escuchados en audiencia, también resultan contestes con la ubicación temporal del suceso señalada por la propia víctima al momento de la revelación. En efecto, dicha revelación de lo sufrido aconteció entre el 06/10/11 (en la Escuela) y la madrugada del 07/10/11 (a su hermana y la pareja de su padre, y luego a la médica de guardia) y, además, en dicho momento la niña ubicó el ataque que estaba revelando en 15 días antes del momento de contarlo."* Del voto de la Dra. GONZÁLEZ.

En cuanto a la cuestionada utilización del término escotadura dicho por la Dra. M., tal como lo pronunciara la Dra. Estefanía en anterior voto, la escotadura como lesión anal, es delimitada por su forma de escote, de "V", singular forma triangular, tal como lo describiera la Dra. M. en su informe pericial y volcado con certeza por los Jueces del juicio en la sentencia. La vasta doctrina que ha citado la colega en apoyo a esta decisión me releva de mayor consideración en el tratamiento de la cuestión, pues la comparto plenamente. Participo también del análisis de la Jueza Estefanía en cuanto destaca el relato de la Dra. G., presente al tiempo del control de la menor por parte de la

Dra. M., pues más allá que la profesional no es especialista en ginecología, resaltó que al momento del examen vio en la niña que tenía el ano dilatado y lesiones evidentes en el mismo. Finalmente, he de subrayar que al emitir su fallo, los Jueces partieron de prueba testimonial franca, de pericias concluyentes y de indicios evidentes, fácilmente comprobables de la existencia de un abuso sexual. Han mantenido los Sentenciantes un desarrollo argumental congruente, a través de una exhaustiva motivación jurídica vinculada al caso. No hubieron frases sin sustento fáctico o jurídico. El solo hecho de no estar de acuerdo con el fallo (Defensa), no amerita tachar la sentencia de nula por falta de fundamentación, pues no se trata de un decisorio fundado en la sola voluntad de los Juzgadores como lo pretende la Parte, sino que, por el contrario, la sentencia ha superado definitivamente la exigencia de razonabilidad y debida motivación lógica y legal (Artículo 25 de Código Procesal). Conforme vengo de expresar, entiendo que la impugnación debe ser rechazada por los argumentos *supra* dichos, debiendo confirmarse en todos sus términos el fallo cuestionado. Esta es mi posición y así lo dejo sentado en este voto. Considero justo que los Honorarios que han de proveerse a la Defensa Pública deben ser aquellos que fijó la Dra. Mónica Rodríguez, primer opinante en esta sentencia.- De conformidad con los votos precedentes, esta Cámara en lo Penal dicta por mayoría la siguiente **S E N T E N C I A:**

1) Rechazar la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado G. E. S., cuyas demás circunstancias personales obran en autos;

2) Confirmar la sentencia Nro. 2614 OJ Tw dictada en fecha 18 de septiembre del 2012;

3) Imponer las costas al acusado (arts. 239, 240, 241 y concs. CPP), y regular los honorarios profesionales en la suma de veinte (20) JUS, de acuerdo a la labor llevada a cabo en esta etapa (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13 y 44 de la ley XIII-4, antes decreto ley 2.200); y

4) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

LEONARDO PITCOVSKY

JUEZ DE CÁMARA

La Dra. Carina Estefanía remitió su voto a esta sede vía correo electrónico firmado digitalmente. La Dra. Mónica Rodríguez no firma la presente por ausencia posterior al acuerdo.

Registrada con el Nro.19/2012 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.