En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los cinco días del mes de agosto de dos mil trece, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Guillermo Alberto MÜLLER**, en su carácter de Presidente, **Martín Roberto MONTENOVO** y **Daniel Luis María PINTOS**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 4749**, **Carpeta individual n° 1034**, caratulada: "B., J. U. s/ p.s.a. abuso sexual agravado por el vínculo" de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, en la que tuvo debida participación el Sr. Defensor Público, **Dr. M. Á. M.**; y

----------**CONSIDERANDO**:----------

Que los días 10 y 12 de julio del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Guillermo Alberto Müller, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa de J. U. B., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el

Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de J. U. B. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Daniel Luis María Pintos, en segundo lugar el Dr. Martín Roberto Montenovo y finalmente el Dr. Guillermo Alberto Müller-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- Ha provocado la intervención de este Cuerpo la impugnación ordinaria deducida por el Defensor Público de la Circunscripción Judicial Sarmiento, en ejercicio de la asistencia técnica del imputado **J. U. B.**, contra la sentencia Nº 322/13, de fecha 11 de abril de 2013, por la que se declarara al nombrado autor penalmente responsable del delito de Abuso sexual agravado por haber sido cometido por ascendiente (artículos 119, último párrafo, en función del párrafo primero e inciso “b” y 45 del Código Penal), y se la condenara a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas (artículos 12 y 29 inciso 3° del cuerpo legal citado), en razón de los hechos ocurridos en la ciudad de Sarmiento entre los años 2008 y 2011 aproximadamente, en perjuicio de la menor R. B. O. B..-

1) El recurrente, en su libelo impugnativo, denuncia la insuficiente motivación de la sentencia emitida que, por otro lado, se asienta

en una arbitraria valoración de la prueba rendida. Ello, según refiere, en el convencimiento de que el órgano acusador no logró arrimar elementos de prueba convincentes y que el *A quo* se apartó ostensiblemente de los parámetros explícitos que exigen los artículos 25 del C.P.P. y 169 de la Constitución Provincial ignorando, asimismo, la duda razonable (arts. 44 "in fine" de la Carta Magna Provincial y 28 del ritual), como así también el Principio *pro homine*.-

Señala que, para construir el decisorio, el órgano de grado debió forzar una interpretación alejada de los hechos que se ventilaron en el debate, basada en una precaria hermenéutica, ya que valoró de modo arbitrario e injusto los dichos de la supuesta víctima, hizo su basamento en lo que consideró una cuestionable labor desarrollada por las Licenciadas S. y P.; no hizo ninguna referencia a la declaración del menor K. en la audiencia; desoyó al imputado de plano y sin motivos; no ponderó la declaración testimonial de M. G. A. que tampoco vinculó causalmente el aporte de la testigo V. con los hechos en debate, ni valoró en forma adecuada la falta de credibilidad que traslucían las expresiones de C. O..-

Aduce que tampoco se construyó el segundo aspecto de la sentencia -relativo a la pena-, toda vez que no tuvo anclaje en los elementos y testimonios que se arrimaron al juicio.-

En aras de profundizar los agravios que sometió a estudio,

puso énfasis en la "escandalosa manipulación" de que fue producto la supuesta víctima, extremo que quedó patentizado en la audiencia tanto por la deposición de la Licenciada R. P. como por el informe por ella vertido -evidencia N° 06/1-, destacando que previo a la declaración de la niña en Cámara Gesell la entrevistó en catorce oportunidades con el objeto de "prepararla para su declaración".-

Idéntico argumento predicó en lo que atañe al testimonio prestado por la Licenciada M. S., quien "acompañó" a la menor R. B. a las mentadas entrevistas y elaboró el informe N° 05/1 en el que validó sus dichos con una intervención de unos quince minutos.-

Alegó que quedó perfectamente claro que el joven K. E. O. B. fue forzado a mentir por su madre, C. O., en su primera declaración y en el juicio quedó despejado cómo se había prefabricado lo que tenía que decir en contra del "N." -a quien cariñosamente llamaba "papa"- y con quien regresó a continuar conviviendo; criticó asimismo la omisión del *A quo* de merituar la testimonial de C. O., aduciendo que quedó demostrado que su intención fue concurrir al debate a faltar a la verdad e "injuriar" de modo gratuito a quienes criaron a los hijos que ella abandonara, y a quienes dieron un apellido, alimentaron, vistieron y educaron.-

Arguyó que la pena aplicada resulta absolutamente desproporcionada teniendo en cuenta la falta de antecedentes computables de

su asistido, lo que conculca de modo arbitrario los principios de legalidad, culpabilidad específica y *pro homine*, con apartamiento injustificado del parámetro del artículo 26 del Código Penal, aplicable al caso por remisión a lo previsto en el art. 119 *in fine* del citado texto legal.-

Señala que todo ello lo lleva a considerar que la arbitrariedad forma parte de la sentencia impugnada.-

Por todo ello, solicitó que se disponga la absolución de su asistido del delito que se le enrostrara y, subsidiariamente, que se le imponga el mínimo de la pena contemplada para la figura atribuida.-

A todo evento dedujo reserva del caso federal.

2) A su turno la Representante del Ministerio Público Fiscal, en su responde de fs. 68/71 vta., sostuvo que a la luz de los motivos y fundamentos expresados en el libelo impugnativo, se trata de una muestra cabal de a disconformidad del Sr. Defensor con la valoración de la prueba efectuada correctamente por el Magistrado sentenciante.-

Señaló que la Defensa insiste con su teoría del caso plateada en la etapa del juicio donde se han dado suficientes razones para su rechazo por lo cual, responder al escrito, implica recordar lo ya expresado, tanto en la acusación, como en el alegato de apertura y por último en el cierre.-

En lo concerniente al agravio consistente en la

manipulación sobre la declaración de la menor R., destacó que el extremo tuvo respuesta por parte del juzgador al sostener que la profesional explicó el propósito de su intervención que, además de la asistencia victimológica, en el presente caso dada la edad de la niña, vulnerable por su condición y merecedora de protección, aquella "preparación" fue para realizar la Cámara Gesell y "explicarle la dinámica", lo que es muy distinto a sostener que se preparó su exposición. Hizo notar también que, además de lo ya expresado, el *A quo* dejó expuesta la labor deficitaria de la Defensa, al afirmar que no contrarrestó el trabajo de la profesional y sus conclusiones, contando con la posibilidad de hacerlo. Luego, en lo que atañe al embate dirigido contra la testimonial de la Licenciada M. S., puntualizó que fue adecuadamente ponderada por el Dr. R. cuando se pronunció sin objetar su intervención ni el alcance de su labor, indicando a su vez que sus conclusiones le resultaron lógicas y elocuentes, sin soslayar que las partes contaron oportunamente con la posibilidad de hacerlo y no la cuestionaron, destacando también que pudieron proponer otros estudios o análisis a cargo de otros profesionales, más optaron por consentir su actuación sin atacar o cuestionar las medidas cumplidas. En cuanto a la omisión de efectuar mención alguna sobre la declaración del menor K. en el debate, alegada como agravio, expuso que ya fuera como prueba anticipada -art. 279 del CPP- como así también durante el debate, se hizo referencia a lo narrado por el joven, transcribiendo un

fragmento de la sentencia en la que se refiere al punto en cuestión. Del mismo modo, al responder a los cuestionamientos formulados por a Defensa respecto a la valoración que se realizara sobre los dichos de las testigos V., M. G. y C. O., la Señora Fiscal recurre a la cita de las partes de la sentencia en que se trata el tema.-

Por último en lo atinente al agravio deducido en torno a la mensuración de la pena, alegó que se estableció una pena de cuatro años de prisión, en base a las pruebas rendidas en el juicio oral y público, y en razón de la fundamentación lógica y jurídica de dicho decisorio, indicando los diferentes elementos de convicción, que analizados de forma armónica condujeron a adoptar tal decisión. Agregó que la desproporción denunciada por la parte recurrente no surge de modo palmaria, ya que respetando los principios de culpabilidad y de legalidad, en el caso, la condena se encuentra más próxima al mínimo que al máximo.-

Como colofón, solicitó que la impugnación efectuada por la defensa sea rechazada.-

3) En ocasión de celebrarse la audiencia prevista a tenor del art. 385 del CPP, la Defensa mantuvo oralmente los agravios reseñados.-

II.- 1) En el ámbito de los delitos contra la integridad sexual, particularmente cuando perjudican a víctimas menores de edad, y son cometidos en un contexto “intra-familiar”, se han impuesto una metodología,

primero en la práctica de los Tribunales y luego ya consagradas en protocolos y estándares, para lograr un abordaje más adecuado de la problemática; procurando siempre que se contemplen las particulares modalidades que exhiben estos fenómenos –como ser, a título meramente enunciativo: que un niño o niña que atraviesa por esa experiencia traumática no cuenten todavía en razón de su inmadurez con los conocimientos y/o lenguaje apropiado para relatar lo que han vivido; la posibilidad cierta de que sufran presiones e influencias por parte de los adultos, ya sea tanto para guardar silencio y no revelar el abuso, como también en el otro extremo para acentuar el tenor de la acusación, con el fin de favorecer un interés ajeno a ellos (vg. prestaciones alimentarias, vivienda, régimen de tenencia de hijos, visitas, etc.); y otras circunstancias vinculadas con la etapa evolutiva en que se encuentran los niños y los jóvenes, la complejidad de las relaciones de familia, etc.-.-

En líneas generales, y tal vez incurriendo en una exposición demasiado sintética, entiendo puede afirmarse que son dos los aspectos que más se cuida de preservar, en los procesos penales por este tipo de delitos, y cuales son: la declaración de la víctima siguiendo un protocolo de actuación adecuado para el caso; y luego –o, en algunos supuestos, previamente, o también en simultáneo con la declaración-, se practica un informe psicológico dando cuenta de toda la información disponible sobre las características de personalidad de ese niño o joven, rendimiento intelectual,

escolaridad, esfera afectiva, conflictiva familiar y patologías, tanto neurológicas como psiquiátricas, en caso de existir, etc..-

A su vez, en razón que habitualmente ambas instancias son llevadas adelante por un mismo profesional (Psicóloga Forense, Psicóloga del ETI), es usual que en su deposición durante el juicio oral, el especialista ilustre al Tribunal, en forma conjunta e interrelacionada, sobre los aspectos más salientes de la declaración (por ejemplo, si la víctima ya cuenta con un lenguaje adecuado, se resaltan los tramos significativos del relato en cuanto a descripción de detalles vinculados a conductas sexuales y, si no es el caso, se habrán de consignar las técnicas a las que debió recurrirse para indagar sobre lo sucedido –v.g. dibujos-); y también los datos que aporta el psicodiagnóstico, sobre todo si son corroborantes, o no, de las vivencias que surgen en torno a la declaración de la víctima (por ejemplo, un niño o niña manifiesta haber sido víctima de un abuso, en ocasión de cumplirse el régimen de visitas con su progenitor, mientras que las entrevistas psicodiagnósticas justamente revelan la existencia de problemáticas afectivas derivadas de la separación de los padres y la existencia de un régimen de visitas en curso; víctima que se expresa con claridad y detalle sobre las características de la conducta abusiva, mientras que el informe psicológico abona que se trata de una niña o una joven que ya ha sido instruida en la escuela sobre nociones básicas de educación sexual, anatomía, fisiología,

etc.).-

En apoyo de lo expuesto, y al solo título meramente ilustrativo, precisamente, advertimos que en un trabajo presentado en el Primer Ateneo Pericial del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional, año 2011, y que fuera publicado recientemente en "Doctrina Judicial" (semanario año XXIX, número 27, de fecha 3 de julio de 2013, págs. 1 y ss.); se lee sobre la "**Metodología**" seguida en los casos de ASI, con los niños y adolescentes evaluados desde la perspectiva psicológica-forense, "acorde a la ley 25.852", que: "Las presuntas víctimas fueron examinadas en **dos** ocasiones. En la primera se tomó la declaración testimonial, y se valoró la credibilidad del testimonio mediante un instrumento denominado CBCA. En la segunda se realizaron los **estudios psicodiagnósticos**" (cfme. María Laura Marandino: "Violencia sexual infanto-juvenil: un estudio descriptivo sobre una muestra de casos denunciados", el destacado me pertenece). Todo lo cual nos confirma, como ya se anticipara, que nos encontramos en presencia de prácticas que han sido adoptadas de modo universal.-

Así lo corrobora, por ejemplo, y al solo título comparativo, el siguiente material especializado publicado en un sitio de Internet, cuando se explica la metodología de los informes psicológicos, que debe incluir la denominada "valoración personal": se advierte que "aquí es donde más dificultades presenta un informe sistematizado… y donde mas

variables pueden darse. En primer lugar sería conveniente incluir la historia y antecedentes familiares de abusos sexuales. Son fundamentales en este punto la … descripción cuidadosa de la actitud del sujeto hacia la actitud evaluativa y su conducta verbal y no verbal con relación al motivo de consulta. Se hará mención al desarrollo evolutivo y sucintamente al estado de salud … Posteriormente se valorarán aspectos familiares (lugares, tipos y tiempo de residencia donde ha vivido, interacción entre hermanos y problemas familiares. Más adelante se valorarán los modelos educativos que el menor ha recibido. Los aspectos escolares/ laborales y sociales es otro de los grandes apartados en este campo. La historia y conocimientos sexuales son datos pertinentes y fundamentales en un informe de este tipo. Así indicaremos los modelos educativos recibidos y por quien, el conocimiento que ha adquirido sobre las diferentes funciones, reproducción y conductas sexuales y la forma que éstas se han ido integrando en su desarrollo físico y afectivo. Con relación a los aspectos psicológicos, …debemos valorar la capacidad intelectual, el estado mental en el que el menor se encuentra y aquellos rasgos o estilos de comportamiento que le sean característicos…. El apoyo de pruebas psicológicas ha de ser una constante cuando alguien se encuentra valorando un caso de Abusos sexuales… La variable capacidad intelectual y de desarrollo serán los ejes donde basarse con el fin de justificar la adaptación de la descripción de los abusos por parte del sujeto… Como

pruebas de carácter neurológico podemos citar, si es pertinente por el tipo de caso, los exámenes neurológicos de carácter integrado, … Posteriormente, podemos citar en el informe los cuestionarios o escalas que valoran determinados rasgos de personalidad… todas ellas adaptándose en función de la edad y del sujeto al que se le apliquen las pruebas …" (cfme. xa.yimg.com/kg/groups/13786338/717925654/name/informe pdf.).-

2) En el caso que nos ocupa, en parte se ha cumplido con el primero de los pasos descriptos *ut supra*, y la declaración de la víctima se erige como principal prueba de cargo contra el acusado J. U. B.; de todos modos, se observa que la Psicóloga forense no ha profundizado en la aplicación de parámetros científicos, destinados, entre otros fines –como lo ha destacado la jurisprudencia de la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia- a "precaver todo error de juicio que puede producirse a partir de un relato inficionado por terceros (o co-construido…)…" (sentencia 29/2013, del 5/7/2013, en autos caratulados: "R., E. D. p.s.a. Homicidio tentado… s/ impugnación extraordinaria", voto del Dr. Pfleger, quien añade: "…La aplicación de parámetros científicos para precaver todo error de juicio que puede producirse a partir de un relato inficionado por terceros (o co-construido, como se menciona), es la demostración del cuidado que han poseído los Magistrados al momento de enfrentar el medio de convicción que se viene tratando. La Evaluación de la Validez de la Declaración (SVA, sus

siglas en inglés) es una de las técnicas más empleada para ponderar la veracidad de las declaraciones verbales vertidas por menores. El Análisis de Contenido Basado en Criterios (Criteria-Based Content Análisis o CBCA, en el idioma inglés) es el componente principal del SVA y su propósito estriba en determinar si la calidad y los contenidos específicos del testimonios son indicativos de una narración generada a partir de registros de memoria o si son producto de la invención, la fantasía o la influencia de otra persona (Para mejor información ver un interesante monografía titulada "EL ANALISIS DE CONTENIDO BASADO EN CRITERIOS (CBCA) EN LA EVALUACIÓN DE LA CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO" por Verónica Godoy-Cervera, Lorenzo Higueras- Universidad de Granada en www.papelesdelpsicologo.es/pdf/1249/pdf). .-

En el mismo sentido, por su parte, en el trabajo citado en el apartado precedente, se lee: "Como elementos específicos existen una serie de pruebas que valoran el grado de fiabilidad y de validez que presenta el testimonio del sujeto … Entre los más utilizados tenemos a SAL (Sexual abuse legitimacy scale) de Gardner (1987). Es una Escala de Legitimación de los Abusos Sexuales en la que figura un estado de síntomas que discriman casos reales de inventados o ficticios de abusos sexuales. Otros cuestionarios que estudian la validez de las afirmaciones son el SVA (statement validity analysis) utilizados en varios países y su elemento central, el CBCA …".-

En cuanto al segundo de los segmentos referidos, resulta sumamente incompleto, tanto si se analiza desde su tenor literal -según las constancias obrantes en el Legajo fiscal de prueba (adviértase que la perito oficial concluye "a partir de la Cámara Gesell, … que tanto R. como K. no poseen ningún trastorno psicológico ni limitación en sus capacidades cognitivas…")-, como inclusive si se lo complementa con la deposición en la audiencia de debate, de la Psicóloga forense Lic. M. S.; surgiendo en definitiva de todo ello, que el informe psicológico no ha estado precedido, como es de rigor, de instancias previas consistentes en entrevistas, administración de tests, etc. (cfme. ibídem: "…se hará constar como se ha llevado a cabo la valoración del caso, personas con las que se ha mantenido contacto para recabar los datos que completen el mismo, con las fechas, tipos de entrevistas … se harán constar las pruebas psicológicas aplicadas …", etc.).-

Otro de los déficits que se advierte, en este punto, es que la profesional pretexta en relación a las carencias citadas, que las mismas tienen su origen en las particularidades propias de la Circunscripción Judicial donde se tramita la causa (Sarmiento), en alusión a la distancia que la separa del lugar asiento de sus funciones (Comodoro Rivadavia), todo lo cual supone dificultades operativas lógicas. Pero resulta que, al respecto, la Psicóloga forense pretende que ello no obstante, se ha visto subsanado en el

caso, con la actuación de la integrante del Servicio de Asistencia a la Víctima, del a Circunscripción judicial de Sarmiento, Lic. R. P..-

El tema es que sin desmedro de la competencia profesional de la nombrada, en general, como asimismo de su particular intervención en el caso –se ha ocupado de mantener numerosas entrevistas con la víctima-, el problema que se suscita es que este Servicio pertenece a la órbita institucional del Ministerio Público Fiscal, es decir no es imparcial, y está destinado además, como su nombre lo indica, a una labor asistencial y de contención, muy distinta de la que compete al Cuerpo Médico Forense, esencialmente pericial.-

Nos alerta en esta materia el jurista español Perfecto Andrés Ibáñez, que "…se da la circunstancia, casi habitual, de fallos condenatorios exclusivamente fundados en lo declarado por el/la denunciante-víctima, con el respaldo de algún **informe psicológico** concluyente en el sentido de que aquel/aquella no fabula y dice la verdad. Y malo es que en tales supuestos el juicio técnico, acogido acríticamente, ocupe el lugar del jurisdiccional; pero resulta **peor todavía** que esto suceda, **con frecuencia** alarmante, en presencia de informes de una calidad deleznable, por la precariedad científica, por la falta de material empírico de soporte. Incluso por la patente **carencia de objetividad**, dado que, en muchos casos, la hipótesis de partida, y con la **única** que se opera, es la **acusatoria**; y, en no

pocos, la alternativa se toma en consideración solo *pro forma* y en clave meramente retórica" (cfme. aut. cit., "Prueba y convicción judicial en el proceso penal", edit. hammurabi, Bs. As., 2009, págs. 161 y ss., el destacado no pertenece al original).-

Más adelante, en una nota al pie de página, se amplía que: "Lo expuesto pone bien de manifiesto la importancia de que los juzgadores se hallen en condiciones de apreciar, siquiera, el **grado de dificultad** de ciertas pericias, y si los dictámenes se ajustan o no a parámetros básicos de racionalidad técnica que deben operar en la materia. Sobre todo cuando, por ejemplo, es el caso de los **exámenes psicológicos** de niños, hay cultura bastante de la **complejidad**, ….Y más aún, cuando el asunto es que pudieran haber sido víctimas de delitos contra la libertad sexual, en contextos familiares conflictivos, supuestos en los que la interacción compulsiva con los adultos suele ser una constante. Buenas **razones** todas para que las estimaciones periciales de que se trata sean tomadas con **particular cuidado** y para que **se extreme el nivel de exigencia en su valoración**" (el destacado ha sido agregado al original).-

Recordemos, en particular en nuestro caso, que frente a la versión de la denunciante C. C. O., madre de la víctima, en el sentido que ella tomó conocimiento del hecho a través de su madre M. A. G., e inclusive que su padrastro (B.) habría admitido el hecho, la deposición de G. en el juicio

oral niega que R. le haya dicho nada sobre el abuso sufrido, a la vez que asegura que ella tampoco nunca vio nada en su casa, donde la joven residió durante varios años. Por otra parte, esta testigo, también aseguró que el acusado siempre rechazó la versión de C..-

Todo lo expuesto precedentemente deja muy en claro la importancia que tenía, en el caso, y como lo enseña la doctrina citada *ut supra*, ser muy rigurosos con las exigencias de la prueba pericial, para concluir, como lo hace la sentencia de condena, que la hipótesis acusatoria cuenta con suficiente grado de confirmación. En efecto, si bien tal como lo ha sostenido el Ministro Pfleger en el voto ya citado precedentemente, no es aconsejable partir de la base de que todo relato "está perturbado por la interacción humana; que los testigos son desechables de por si y que los niños en especial son seres susceptibles de narrar una vivencia sobre la base de lo que otros le señalaron, indefectiblemente"; sin embargo, cuando existen datos muy concretos que nos revelan la existencia de intereses contrapuestos entre los miembros de la familia, e inclusive que la víctima y su hermano han convivido, sucesivamente, con su madre biológica, con su abuela materna y concubino –a quienes han tratado como padres-, nuevamente con su madre, y mas tarde vuelta con los abuelos (en el caso de K.) evidentemente se imponía extremar los recaudos a tener en cuenta para el abordaje del caso, desde la óptica de la prueba científica médico-forense.-

III.- En similar entendimiento al que venimos siguiendo, entiendo que merece asimismo un tratamiento crítico, la cuestión relativa al testimonio del niño K. O. B., hermano de la víctima.-

a) En la etapa preparatoria, el mismo declaró en la modalidad de Cámara Gesell, al igual que R. B. O. B., mecanismo procesal que como sabemos, ha sido caracterizado por la jurisprudencia de la Sala Penal del STJ (sentencia n° 059/11 ya citada), como destinado a la "protección" de los niños/ jóvenes deponentes; contando además, como es de práctica, con la opinión validante de la Psicóloga forense que guió la referida entrevista -independientemente de los déficits que pudo haber de exhibir la actuación profesional, según ya hemos tenido oportunidad de destacar en el apartado precedente-.-

Sin perjuicio que aquella forma de recepcionar la declaración del testigo, está destinada a evitar su reiteración, y se utiliza como anticipo de prueba (arts 258, 259, 279 y ccs. del C.P.P.), en algunos casos excepcionalmente se ha admitido por parte del órgano judicial, una "ampliación de la exposición del menor", pero solo cuando ello se considere "estrictamente necesario". En el ámbito internacional, por su parte, advertimos que se han dictado recomendaciones en esta materia, como por ejemplo la del Comité de Ministros del Consejo de Europa, con fecha 10 de setiembre de 1997, que regula las medidas a tomar respecto de "testigos

vulnerables"; entre ellas, la conveniencia de interrogarlos en la "fase inicial del procedimiento" de manera atenta y respetuosa, y "fundamentalmente" la necesidad de evitar la renovación de los interrogatorios –se recomienda que se registren en video las declaraciones brindadas, con el fin de evitar que "los interrogatorios inútilmente repetidos traumaticen al testigo"- (cfme. en apoyo de todo lo expuesto en este párrafo, la opinión de Lucero, Inés: "Algunos aspectos del nuevo artículo 221 bis del Código de Procedimiento Penal de Córdoba", en la obra colectiva: "Ejercicio concreto del poder penal. Límites, abusos, desafíos", José I. Cafferata Nores-Compilador, edit. Mediterránea, Córdoba, año 2006, págs. 259 y ss.).-

A mayor abundamiento, muy recientemente, la Cámara Federal de Casación Penal, por su Sala IV (resolución 1072/13, de fecha 19/6/2013) recordó que la CSJN en Fallos 334:725, con remisión al dictamen del Procurador Fiscal, sostuvo que "…son equiparables a sentencia definitiva las decisiones que, si bien no ponen fin al proceso, implican que quien fue víctima ante su menor edad de ofensas sexuales, deba prestar una nueva declaración o someterse a reiterados exámenes, ya que son irreparables el daño psíquico que pudiera sufrir como consecuencia de ello y la consiguiente lesión de los derechos que le asisten en virtud sobre la Convención de los Derechos del Niño…" –entiendo que el criterio es plenamente aplicable también, por analogía, al presente caso del testimonio del niño hermano de la

víctima-.-

Volviendo a nuestro caso, el Juez de la audiencia de debate ha fundamentado la admisión de una nueva declaración del niño testigo, en el criterio de la amplitud probatoria, según puede colegirse del registro de audio respectivo. Pero de acuerdo a lo que hemos expuesto precedentemente, en supuestos como el que nos ocupa convergen otros intereses y principios dignos de tutela, que deben ser objeto de ponderación muy cuidadosa, procedimiento que no se ha cumplido en absoluto.-

En efecto, adviértase que en una presentación por escrito fechada el 11 de marzo de 2013, el Defensor Público Provisional argumentó que la nueva declaración de K. O. B., en el juicio oral, resultaba "esencial" a esa parte y a los fines del proceso; pero sin que en ningún momento se fundamentara adecuadamente dicha aseveración, es decir no se motivó por qué razón aquella original deposición del niño podría haber perdido valor probatorio, como para que luego el tribunal sopesara aquellos motivos y habilitara, en su caso, excepcionalmente por su necesidad, un nuevo testimonio –tal la resolución que, en definitiva, se adoptó en los albores del debate como ya anticipáramos-. Recordemos que una mera explicación no equivale a la motivación que requieran las decisiones judiciales, para lo cual es necesaria una justificación en sentido estricto.-

Otro de los argumentos esgrimidos por el peticionante, en

su oportunidad, ha sido la falta de objeción por parte del Ministerio Público Fiscal, en ocasión de la audiencia preliminar; pero según se desprende del acta de "Audiencia de debate oral", registrada bajo el número 305/2013, y del audio respectivo, en dicha instancia sí medió oposición del acusador público a la medida de prueba, dado que K. O. B. "brindó su testimonio en Cámara Gesell (Solicitud Jurisdiccional n° 1718) en el mes de noviembre del año pasado y está presentado como prueba n° 4 el cd con la grabación de esta declaración…". No obstante ello, en la resolución adoptada por el tribunal unipersonal de juicio ya referida, se insiste –reiteradamente- en considerar a modo de motivación, la supuesta ausencia de objeción del Ministerio Público, a "la realización de ese testimonio"; o bien, más adelante, un tema de oportunidad, ya que no lo habría hecho "debidamente, en su momento".-

b) La problemática relativa a los criterios de relevancia y pertinencia en el momento de la formación del conjunto de los elementos de juicio, como asimismo todo cuanto concierne a la admisibilidad de la prueba, viene siendo objeto de profundo análisis en la moderna doctrina procesal penal, muy especialmente dentro de una concepción preocupada por su "valoración racional" -también denominada por algunos autores (v.g. Marina Gascón) como "cognoscitivista"-. Y en este contexto epistemológico, aun partiendo de una posición amplísima en orden a la admisibilidad probatoria -al punto de propugnar lisa y llanamente la "abolición" de toda regulación, por

limitativa- sin embargo no dejan de marcarse ciertos aspectos, que deberían ser motivo de especial atención.-

En efecto, nos enseña Ferrer Beltrán que el principio fundamental que rige en la materia, es el de obtener un conjunto de pruebas lo más rico posible, y para ello deberá diseñarse el proceso judicial, de modo que facilite la incorporación del máximo número de pruebas relevantes. Se supone que los errores judiciales respecto de los hechos, disminuirán en la medida en que el juzgador disponga de los elementos de juicio relevantes del caso, ya que parece ser un principio epistemológico indiscutible que cuanta más información relevante está a disposición de quien debe decidir, mayor probabilidad de acierto habrá en la decisión.-

Ahora bien, por otro lado, también debemos tener en cuenta que el juicio sobre la relevancia de la prueba debe realizarse necesariamente *ex ante* respecto de la práctica de la prueba misma, por lo que el mismo se tratará de un juicio hipotético acerca de su resultado. Es decir, el juicio consiste en conjeturar si la prueba, en el caso de resultar exitosa, tendrá o no incidencia en la probabilidad de la hipótesis; pero si se desconoce cuál es el objeto de la prueba (por ejemplo, qué se pretende probar con una prueba testifical), puede suceder que el juzgador deba adoptar una decisión acerca de la relevancia de la prueba sin conocer si esta resultará, a la postre, relevante.-

Entonces, a modo de conclusión provisoria, el filtro de

relevancia debería tender a la admisión, en caso de duda sobre la relevancia final de la prueba; pero también es cierto, que ello puede conducir a una sobre-inclusión de elementos de juicio por completo irrelevantes, con el consiguiente peligro de producir "confusión por sobrecarga de información" –lo que puede deberse, incluso, a una estrategia de alguna de las partes-. Es por ello que el autor citado opta por concluir, en definitiva, que el principio general de que ninguna regla de exclusión probatoria está justificada epistemológicamente, salvo la regla de la relevancia, debe ser "matizada" (cfme. Ferrer Beltrán, Jordi: "La valoración racional de la prueba", edit. Marcial Pons, año 2007, págs. 61 y ss.).-

Así, puede suceder que una prueba que es relevante, si se analiza de forma aislada, resulte redundante con otras pruebas ya incorporadas al conjunto de elementos de juicio, todo lo cual conllevaría la exclusión de la prueba en cuestión. Explica Ferrer que en estas situaciones, deberá encontrarse un adecuado punto de equilibrio entre dos ideas en tensión: la primera indica que el grado de corroboración de una hipótesis aumenta con el número de resultados favorables de la contrastación, y ello nos conduce a la admisión de la prueba redundante, puesto que superaría el test de la relevancia; la segunda idea es que la abundancia de información puede producir el denominado "peligro de desborde" en su tratamiento, haciendo muy difícil la toma de decisiones. Siendo así, para evitar el mismo,

parece epistemológicamente razonable poner algún límite a la admisibilidad de pruebas redundantes, por razones de economía procesal. En cuanto al interrogante acerca de: ¿cómo podrá el juez determinar que –por ejemplo- dos pruebas testificales son redundantes, "antes de que las declaraciones se produzcan"?, la respuesta está en exigir a la parte que las propone, que "justifique su propuesta y la utilidad de las mismas" (ibídem). Recordemos que ello no se cumplió, en absoluto, en nuestro caso.-

Asimismo, también debe considerarse que si bien el principio general es la admisión como prueba de cualquier elemento de juicio relevante para la adopción de una decisión, en la medida en que ello garantiza la mayor probabilidad de que los enunciados que se declaren probados coincidan con la verdad; esta prioridad del fin de "averiguación de la verdad", no significa que sea el único a tener en cuenta. Agrega el autor que: "La celeridad en la toma de decisiones, **la protección de derechos fundamentales**, la protección de secretos de Estado, el secreto de las relaciones abogado-cliente, etc., son **también** fines habitualmente reconocidos" en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos; y es por ello que, para garantizar la obtención de esas otras finalidades, los ordenamientos establecen reglas jurídicas procesales "que funcionan como **un filtro de admisibilidad de la prueba**, adicional y posterior al juicio de relevancia". Resulta claro que la "racionalidad instrumental" de dichas reglas no puede ser

evaluada teniendo en mente la finalidad de la averiguación de la verdad, sino la finalidad a la que en cada caso respondan, con su carga valorativa de gran importancia tenida en mira por el legislador (ibídem, el destacado ha sido agregado al original).-

Un razonamiento bastante similar es el que utiliza también, por su parte, el jurista italiano Michele Taruffo, al recordar que: "… es necesario tener presente que el descubrimiento de la verdad es un fin esencial del proceso y una condición necesaria de la justicia de la decisión, pero no es el único fin que el proceso persigue. En consecuencia, la función epistémica que el proceso puede cumplir es muy importante, pero **no** es la única. El proceso es, en realidad, **también** un 'lugar' en que se aplican normas, se realizan **valores**, se aseguran garantías, se reconocen **derechos**, se tutelan intereses, se efectúan elecciones económicas, se enfrentan problemas sociales, se asignan recursos, se determina el destino de las personas, se tutela la libertad de los individuos, se manifiesta la autoridad del Estado… y se resuelven controversias por medio de decisiones deseablemente justas…".-

Para luego enseñar sabiamente, que todo ello no debería extrañarnos, si tenemos en cuenta que: "…También la investigación científica, que puede ser considerada como el modelo ideal de actividad epistémica, puede sufrir limitaciones derivadas de la necesidad de realizar valores a los que se atribuya prevalencia, como los que se refieren a la

dignidad o a la libertad del hombre o a la tutela de la vida. La cuestión **no** consiste, entonces, en excluir en absoluto cualquier límite o reserva a la búsqueda de la verdad en el ámbito del proceso. Se trata, más bien, de **evaluar qué límites y reservas están justificadas** y cuáles, en cambio, -además de resultar epistemológicamente contraindicadas- carecen también de una justificación ideológica aceptable" (cfme. aut. cit.: "Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos", edit. Marcial Pons, año 2010, págs. 155 y ss., el destacado no pertenece al original).-

Por último, Ferrer expone además, que una decisión sobre los hechos será válida si está fundada en los elementos de juicio disponibles, y será, en cambio, verdadera si se corresponde con los hechos del mundo; de donde el aumento de la riqueza del conjunto de elementos de juicio, aumenta la probabilidad de que la decisión válida sea también verdadera, todo lo cual favorece adoptar como principio, entonces, el de la inclusión probatoria. Pero aún resta considerar un argumento más: el aumento de información puede ser contraproducente para la corrección de la decisión "si hay dudas sobre las credenciales de la información, esto es, sobre su fiabilidad"; la respuesta es que, en ese supuesto, lo que corresponde es un nuevo aumento de la información, "que nos permita evaluar la fiabilidad de la nueva prueba adquirida". Tampoco nada de esto se cumplimentó en el presente caso, como ya lo anticipáramos *ut supra*, de manera que nunca se exploraron los motivos

–si existían-, por los que la primera declaración del niño testigo debía: ¿complementarse?, ¿ampliarse?, ¿rectificarse?, ¿reproducirse?, ¿excluirse por ilegalidad?, etc. No lo sabemos.-

Sobre el particular, también merece citarse nuevamente la opinión de Taruffo (ibídem), quien advierte que el criterio acerca de la exclusión de una prueba superflua por ser redundante, debe ser interpretado "de forma epistémicamente correcta"; por la cual entonces: "… es claro, … que una prueba que se refiera al mismo hecho que ha sido objeto de otras pruebas pero que apunte a refutar lo que de esas pruebas ha resultado, o que apunte a proporcionar elementos para una reconstrucción diferente del mismo hecho, no es de modo alguno superflua o redundante y, por consiguiente, no puede ser considerada inútil. Por el contrario, podría aportar elementos relevantes para el conocimiento y la determinación de los hechos y, por consiguiente, no debiera ser excluida". Una vez más se reitera, que nada de ello ocurrió en nuestro caso, toda vez que en ningún momento se motivó adecuadamente la razón por la que se peticionó, y luego se decidió, reproducir la testimonial del niño K. O. B..-

c) Finalmente, al momento de su valoración en la sentencia, el juzgador se ha limitado a escoger la primera versión, como más fiable sin más, por hallarla validada por el testimonio de la Psicóloga forense; aunque puede verificarse que, ante las diferencias apreciables en el relato del

niño, ninguna actividad de esclarecimiento se desplegó en la audiencia de debate, para dilucidar tales extremos. De manera entonces que las deficiencias ya expuestas, en la etapa correspondiente a la formación de la prueba testimonial, se prolongan en la concerniente a su merituación jurisdiccional, lo que provoca una ausencia de motivación que condiciona el resultado del proceso, y resta legitimidad en definitiva a la condena del acusado B.. Recordemos, a mayor abundamiento, que en el apartado II de este voto, ya hubieron de señalarse los puntos débiles que pueden advertirse, en la actividad desarrollada por la experta psicóloga, y en relación con el testimonio de la víctima; por ende, todo cuanto allí se expusiera, también es aplicable al caso del testigo K., ya que el informe respectivo incluyó oportunamente a ambos hermanos en conjunto, como sujetos del abordaje.-

IV.- En las condiciones expuestas hasta aquí, debe prevalecer entonces en la solución del caso, el principio *favor rei* (art. 28 CPP), que conducirá a la revocación de la condena y a la absolución del acusado. Sobre este particular, Roxin enseña: "El principio del derecho vigente reza: 'sobre el resultado de la recepción de la prueba' –por tanto, sobre los hechos,- 'decide el tribunal según su libre convicción extraída del la totalidad del juicio'. Esto significa que el juez debe considerar cierto un estado de cosas determinado, sin duda alguna ... por otra parte, se debe postular que la mera certeza subjetiva del juez no es suficiente allí donde el

resultado objetivo de la recepción de la prueba no admite una conclusión racional y convincente sobre la autoría del acusado... El acusado también debe ser protegido de los errores de valoración del juez en la formación de la convicción. Por ello, es exigible que el proceso de formación de la sentencia también pueda ser controlado posteriormente por otros jueces y que no se base en meras suposiciones" (aut. cit. "Derecho Procesal Penal", pág. 103).-

Y en relación a la duda, señala el autor que un importante principio probatorio del proceso penal, es aquel según el cual ante la duda se debe decidir a favor del acusado (*in dubio pro reo*); con la salvedad de que este principio "no es una regla para la apreciación de las pruebas, sino que se aplica sólo después de la finalización de la valoración de la prueba...", -el destacado ha sido agregado al original-.-

En apoyo a lo expuesto precedentemente, tengo en cuenta la jurisprudencia de la C.N.Cas.Pen., que ha sostenido que: "El control de la Casación se diferencia… del análisis de la arbitrariedad asumido por la Corte, en tanto la revisión de la Cámara ha de controlar el **respeto por el método** en la fundamentación del fallo. En ese campo **no pueden quedar abiertas hipótesis** a pesar de que alguna de ellas resulte más plausible que las otras. Se requiere para el juicio de responsabilidad que una de las posibilidades que en abstracto compiten por explicar lo sucedido **se imponga a las demás con un grado de certeza** que permita su descarte…". –del voto del Dr.

Yacobucci causa: “Pereira, Guillermo Claudio…”, sentencia del 8 de marzo de 2010. (el destacado ha sido agregado al original, en nuestro caso valorado como argumento a contrario).-

El Superior Tribunal de Justicia, de nuestra provincia, ha sentado posición sobre el principio *in dubio pro reo*, en general, en estos términos: “...Conviene aclarar que la falta de certeza se puede presentar tanto respecto de la imputación y sus elementos (las circunstancias fácticas e, incluso, los elementos normativos o culturales fundantes de la acción u omisión típicas, la participación del imputado y su culpabilidad), como en relación a las causas de diverso orden que excluyen la condena y la pena... la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena **sólo** puede estar fundada en la *certeza* del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. Precisamente la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la **absolución**. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la *duda* o la *probabilidad*, **impiden** la condena y desembocan en la absolución...” (cfme. Superior Tribunal de Justicia, sentencia nº 14/05, con cita de Maier, el destacado me pertenece).-

Por su parte, y en torno a la interpretación en esta materia el Sr. Ministro de la Sala Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, Dr.

Pfleger, en la carpeta nº 16, sentencia nº 14/10 dijo: "…estimo, que la solución del caso se encontró fuertemente condicionada por la idea del principio político "in dubio pro reo" (en caso de duda debe siempre estarse a lo que resulte más favorable al imputado, refiero en castellano para darme a entender más correctamente) que en materia procesal penal incide vigorosamente en la capacidad de expansión del poder estatal. Como ya lo he expresado en causa: *"RODRÍGUEZ WATSON, Delfín Heriberto s/Homicidio con exceso en la legítima defensa." (Expte. 20.249-178-R-2005)*, para los que ejercemos el poder por el Estado, existen limitaciones constitucionales al ejercicio de esa potencia, tanto y más en el contexto en que la tensión entre poder político y derechos individuales se hace más intensa: el proceso penal. Así, en el caso en que se produzca el conflicto, siempre ha de estarse por la aplicación de cualquier regla limitativa, pues es de la naturaleza del Estado Constitucional de Derecho, precisamente, la restricción. Cuando Julio B. Maier, con sencillez encomiable aborda el tema que he esbozado antes – y entre otros conceptos- habla de "... choque de intereses..." que cuando se produce, obliga a elegir entre uno y otro extremo de aquella tirantez. Para ejemplificar el modo en que operan los predicados considera capital "... al in dubio pro reo como regla básica de valoración de la prueba, que, al menos al final del debate judicial, privilegia por medio de una ficción, la situación del imputado frente a los órganos de persecución estatal..." (ver el autor en su

"Derecho Procesal Penal" T II pág. 423, el encomillado es textual). El principio político enunciado y la garantía del juicio legal y regular, por otra parte, constituyen verdaderos desequilibrios que perjudican al Estado (la acusación) o a los legitimados que coadyuvan con su tarea (los querellantes adhesivos). Quien esto sostenga se habrá pronunciado con absoluta verdad y habrá acertado en reconocer, si la opinión no es descalificante, la clave del orden legal que impera…".-

V.- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo mi voto por la afirmativa a la presente cuestión, en la forma que se explicitará más adelante.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- En función de evitar reiteraciones estériles, no he de reproducir en su integridad los términos de la impugnación contra la Sentencia de condena, los argumentos de esta y del Ministerio Fiscal, o los antecedentes del caso, remitiendo para ello a la completa reseña incorporada en el sufragio precedente.-

Sí he de reproducir el hecho por el que fuera condenado el Sr. B., de la manera en que lo expusiera el Ministerio Fiscal en la Acusación: haber realizado tocamientos, en reiteradas oportunidades entre los años 2008 y 2011, en las zonas corporales íntimas, pechos y vagina, de la menor R. B. O. B. de 9 o 10 años en ese momento, en el domicilio familiar ubicado en España y

Avenida Estrada de la ciudad de Sarmiento, B. además de ser pareja de la abuela materna de la niña, había reconocido su paternidad en cuanto a la menor el día 19/9/08, lo que desde ya constituyó al menos una "irregularidad" cuyo tratamiento excede el marco de este acto.

II.- He de resaltar, como lo hago siempre en esta clase de reproches, los parámetros que en mi criterio juegan en ellos, quizás los de mayor especificidad del catálogo represivo.

En primer término, el tipo de conductas como la que aquí se analiza, se desarrollan en un contexto de intimidad que impide generalmente contar con testigos presenciales, circunstancia que obliga, por imperio del método de valoración de la prueba vigente, la sana crítica racional (art. 25 3er. párrafo del CPPCh.), a extremar los recaudos de interpretación en torno a la versión, de la víctima, la cual debe ser analizada necesariamente como incluida dentro de un todo compuesto a su vez, y especialmente, por la prueba pericial psicológica, la que permite otorgar al Sentenciante herramientas para que pueda decidir sobre la veracidad de la versión de los damnificados, que en los casos de ASI resultan ser niños o adolescentes, e incluso es posible que develen acontecimientos del pasado, como en el que nos ocupa.

Es que los infantes no poseen conocimientos sobre sexo, por lo cual lo que expresen al respecto debe concitar la atención, más si lo refieren como experiencias propias, lo que constituye un fuerte indicio de

veracidad en sus expresiones (conf. Clínica de Abuso sexual en la infancia y la adolescencia, Dra. Susana Toporosi, Archivos Argentinos de Pediatría 2003, 101 (6); Carlos Alberto Rozanski "Abuso Sexual Infantil, Denunciar o Silenciar" pags 189 y ssgts.).

Pero tal principio general no impide las excepciones, que los niños, por ejemplo, fabulen, mientan, exageren, posibilidades que aumentan en la medida que los menores van creciendo y convirtiéndose en adolescentes, etapa de la vida caracterizada, precisamente, por el despertar sexual.

Si a todo niño que denuncia lo consideráramos como inobjetable en el ítem veracidad, tendríamos un serio inconveniente con la vigencia del estado de inocencia, pues allí denuncia sería igual a condena. Por el contrario, sí desconociéramos las particularidades del injusto del que estamos hablando, y pretendiéramos pruebas imposibles de incorporar (por ejemplo requerir siempre testigos presenciales), como imprescindibles para arribar a la culpabilidad, estaríamos yendo en contra de la aludida sana crítica racional y transitando caminos de arbitrariedad.

En lo particular, considero que no es que los delitos contra la libertad sexual hayan aumentado exponencialmente, sino que la Sociedad ha evolucionado, y aquello que era tolerado, pues ocurría en la intimidad del hogar, ya no lo es más, y se fue "develando" en la medida en que fue cambiando el enfoque sobre la autoridad del hombre en el hogar, la patria

potestad, los derechos de la mujer, el interés superior del niño y su protección. Entonces, si en el pasado en general no ser abordaba la fenomenología, por tanto se actuaba con defecto, en el presente no deberíamos pasar al otro extremo, y hacerlo con exceso, admitiendo toda clase de denuncias como demostrativas de hechos ocurridos realmente.

De allí la importancia, en primer lugar, como pauta objetiva para el logro de parámetros de evaluación del ASI, del dictamen pericial psicológico.

Es un tema sensible en el que este Tribunal, desde hace largos años, aplica un esquema de razonamiento consistente en atribuir, tal lo dicho, particular importancia a la evaluación psicológica efectuada sobre la versión de los niños, la "validación", y luego a otros indicios, inespecíficos, pero de peso complementario, como el rendimiento escolar, el comportamiento intra familiar, con amigos etc..-

Por ende, además de la prueba psicológica, de particular importancia, el plexo por lo general en estos asuntos se compone de otros elementos de convicción, idóneos a fin de proporcionar noticias que convaliden, o no, el relato de la presunta víctima, como las que verifiquen trastornos ya de salud que puedan ser consecuencia de un menoscabo a la libertad sexual, ya de la personalidad, sea en la vida intra familiar como escolar, espectro que pueden componer los testimonios de quienes por una u

otra razón tienen trato diario con la menor.

En el caso, por la naturaleza del reproche, se imponía descartar secuelas de carácter físico, pues no existió penetración, aunque la médica E. S. del Hospital Rural de Sarmiento constató lesiones cicatrizadas en el himen de la menor, de larga data, y aseveró que la niña le relató que la pareja de su abuela, B., tocaba sus partes íntimas.

Nuevamente, pero ahora desde el caso concreto, se aprecia lo trascendental que resultaba la pericia psicológica.

Seguimos al maestro Jauchen (Tratado de la prueba en Materia penal Ed. Rubinzal Culzoni pags. 415 y ssgts), en cuanto a que el Juez puede apartarse del dictamen de los peritos solo en los siguientes casos: cuando exista contradicción entre estos y el resto de la prueba, la cual debe ser evidente y el plexo poseer una eficacia vehemente en tal sentido; cuando la experticia resulte inverosímil o vacía de contenido; cuando la pericia se vea afectada por un vicio de índole procesal que la desnaturalice, ameritando ello su nulificación.

Aquí las expresiones de la Licenciada M. S., del Cuerpo Médico Forense, fueron fruto de una intervención reducida, al puro efecto de asistir a la niña R. y su hermano K. en el acto en el cual prestaron su testimonio en Cámara Gesell, manteniendo una entrevista previa con ellos y la madre de ambos, C. O..

Justificó la experta ello en las características de la Jurisdicción de Sarmiento y en la actuación del Servicio de Asistencia a la Víctima del Delito (SAVD), el que entre la denuncia y la formalización de la investigación mantuvo una serie de entrevistas con R., K. y su madre.

A ello se remitió la experta forense, en Juicio declaró la Licenciada P. del SAVD, y el conjunto fue tomado por el A-Quo como validación Psicológica de la versión de la víctima.

Varios inconvenientes se desprenden de dicho esquema si lo que se pretende es tomarlo como constitutivo de prueba de cargo eficiente para derribar el estado de inocencia.

Primero, la Psicóloga Forense no ha referido la razón (derivada de los principios de la Ciencia d la Psicología), ni la forma (la metodología utilizada en el caso), por las que ha arribado a atribuir credibilidad a las expresiones de la niña y su hermano, lo cual encuentra explicación en la naturaleza de su intervención, conforme a sus propia descripción, insisto, reducida.

Ello remite a un mérito insuficiente de su dictamen. Lo que no es posible compartir con el Sentenciante, es que este pudiera remitirse a lo actuado por el SAVD, ya que su función es meramente asistencial, y lejos esta de asimilarse con la de un experto forense (art. 31 Ley V nro. 94).

Pero más allá del cometido formal del Organismo de la Ley

Orgánica del Ministerio Público, fue la propia P. la que aseveró que mantuvo reuniones con R. y K. para "contenerlos" y "prepararlos" para que afrontasen la declaración, lo cual es bien distinto a desarrollar técnicas específicas de validación de sus versiones.

Luego, el SAVD funciona en la órbita del Ministerio Fiscal, que es parte en este proceso. Toda su intervención se ha llevado a cabo sin control de la Defensa, lo que no es objetable, pero comienza a serlo, procesalmente, en la medida en que se pretende asignarle una naturaleza pericial, por todo lo expuesto, inaceptable.

Hemos expresado en otros casos que la Fiscalía puede llevar a cabo medidas a efecto de evaluar, a priori, si mínimamente se verifica la veracidad de las denuncias, en el contexto de los arts. 268 y 269 del CPPCh., y ellas no requieren control de su contraria, pues es lógico descartar la presencia de mendacidad o fabulación groseras en la noticia críminis, para no iniciar un trámite a priori sin fundamento, lo cual, desde ya, beneficia a la administración de justicia y al denunciado.

Ahora, una vez superada dicha instancia original, y si de lo que hablamos es de la obtención de la validación de una versión sobre Abuso sexual infantil, la tarea compete a los organismos periciales de la Judicatura, por razones de objetividad. Lo que realizan los expertos de oficio es una pericia y debe poder ser controlada de alguna manera para evitar menoscabo al

derecho de defensa (art. 198 CPPCh.).

Nada de ello ocurrió en el sub-júdice. Ni lo sustancial de la intervención sobre los menores fue efectuado por peritos de oficio, ni fue permitido el control por el acusado. Tampoco fue posible determinar los fundamentos, ni la metodología para obtenerlos, mediante los cuales se arribó a la validación.

Todo ello impone descartar la opinión de la Psicóloga forense como elemento de convicción, resultando inatendibles las particularidades de la Jurisdicción de Sarmiento o las capacidades tanto de la experta del SAVD, como de la perito oficial, lo cual nadie discute por otra parte, como argumentos para disimular los extremos que coadyuvan para llegar a tal conclusión.

III.- Descartada la validación psicológica, queda una historia familiar compleja. O. en tanto joven madre, dejó a sus hijos al cuidado de su progenitora, M. G.. Allí entraron en contacto con su pareja, B., el que los reconoció como hijos propios. Hasta que R. con 14 años,, ya adolescente dijo que este la ultrajó. O. radicó la denuncia y lo demás ya lo hemos reseñado.

K. en una primera oportunidad, declaró como su hermana mayor, pero luego, en Juicio, prestó otra declaración desdiciéndose de la anterior. El testimonio del niño también debió ser abordado psicológicamente de otra forma, al igual que el de R., por lo cual ni de su primer deposición ni de

la segunda, en la cual directamente no hubo abordaje alguno, cabe extraer conclusiones terminantes.

Es necesario tener presente que el imperativo de no re-victimizar en el proceso penal a los menores alcanza tanto a los niños damnificados por los hechos delictivos como a los que supuestamente los presencian, más si son cometidos contra un familiar, y más aún si este es otro menor (conforme principios que emergen de las cláusulas 40 y 41 de la Convención de los Derechos del Niño).

K., y R., dejaron de vivir con su abuela, y por ello con el acusado, luego de la denuncia. Pero el niño regresó, y esa puede ser una explicación del cambio de su versión.

En cualquier caso no se han incorporado elementos de convicción idóneos para poder determinar cuando dijo la verdad y cuando no. Ya hemos descartado la prueba psicológica, no hay evidencia médica, y en lo que hace a otros indicios, la tutora docente de la víctima, M. V., declaró que R. siempre fue una joven problemática desde su rendimiento y comportamiento escolar, lo que poco aporta para superar la incertidumbre sobre lo ocurrido, más aún si de lo que se trata, en el mejor de los casos, es de un indicio relativo a un síntoma inespecífico de ASI.

IV.- En definitiva, hemos hablado de incertidumbre pues es posible que los acontecimientos hayan ocurrido como sostuvo el Acusador,

pero es posible también que se hayan desarrollado de otra forma, tal como sugirió el propio imputado.

La prueba rendida no permitía dilucidarlo, y cuando ello ocurre, los Jueces, a riesgo en caso contrario de incurrir en arbitrariedad, deben hacer prevalecer el beneficio de la duda (art. 28 del CPPCh.), pues no consiste su tarea en elegir una versión sobre los hechos, sino en consagrar la que mejor se adecua a los elementos de convicción incorporados, explicando las razones por las que se descartan otra u otras hipótesis posibles.

Ante tal cuadro se impone la revocación de la Sentencia y la absolución del acusado, pues sería imposible para el Acusador en un nuevo Juicio obtener mayores, y mejores, pruebas que las que hemos analizado, ello sin perjuicio de la vigencia del principio del ne bis in idem. Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

I.- Emitiré mi voto sin exponer los antecedentes del caso ni los agravios esgrimidos por el impugnante pues la completa reseña efectuada por quien lidera la votación resulta suficiente.

Se agravia el recurrente por considerar que el Juez ha valorado arbitrariamente la prueba y no ha brindado motivación suficiente al decisorio, con apoyatura en los Arts. 372 inc. 3° y 5°, 382, 383, ss. y cc. del código de procedimientos, en el convencimiento que la prueba arrimada no resultó suficiente y convincente como para vencer el estado de inocencia.-

Cabe destacar que la atenta lectura del libelo y consideración de los argumentos expuestos por el Sr. Defensor en la audiencia del art. 385 del C.P.P. permite inferir que la principal crítica gira en torno a que el sentenciante ha juzgado creíble el relato de la menor víctima cuando a su juicio entiende que es inconsistente y porque además tampoco encuentra apoyo en el resto del caudal probatorio cuestionando severamente la pericia psicológica que valida su relato.

A los fines de realizar un análisis organizado de la cuestión, corresponde entonces analizar el testimonio de la menor y luego verificar si las pruebas rendidas le prestan apoyo.

1.- Para iniciar es necesario recordar que esta Cámara tiene dicho que frente a los delitos contra la integridad sexual aparece como dirimente el testimonio de la víctima puesto que este tipo de hechos suelen cometerse en ámbitos de intimidad (Sentencias N° 4/2013, 5/3/2013, Mococain – N° 11/2013, 15/5/2013, Ramírez), y los elementos de prueba que corroboran el relato constituyen prueba indirecta por lo que deben valorarse en forma conjunta y no fragmentada. La Corte Suprema de Justicia se ha expedido en tal sentido, “la confrontación crítica de todos los indicios resulta inexcusables para poder descartarlos, por lo que el argumento de la supuesta ambivalencia individual de cada uno de ellos constituye un fundamento sólo aparente que convierte en arbitraria a la sentencia portadora de este vicio”

(C.S.J.N., “Fiscal c/ Huerta Araya”, 12/6/90, citado por Caubet, Amanda y Fernández Madrid, “La Constitución, su jurisprudencia y los tratados concordantes”, Errepar, 1995, N° 4840).

Sobre el particular se recurre a peritos psicológicos para proveer, sobre una base técnica, una opinión fundada sobre la fiabilidad de sus dichos; además la experiencia común nos indica que el relato de un niño no puede ser objeto de un estricto control de logicidad propio de la inmadurez y afectividad características de su edad.

Retomando las críticas traídas por el recurrente, advertimos que las argumentaciones resultan ajustadas en cuanto a la validación del relato de la menor por la psicóloga, aunque sabemos que tales informes no resultan vinculantes para el Juez.

El caso revela una profunda problemática familiar pues la víctima, R. B. O., y su pequeño hermano K., fueron abandonados por su madre quedando al cuidado de la abuela, M. G. y su esposo, J. B., quien posteriormente los reconoció como hijos.

Declaró C. O. que los dejó al cuidado de su madre y de la pareja de esta, porque ella era muy joven cuando quedó embarazada y que fue su madre quien le informó lo dicho por la niña y por ello se los mandó para hacerse cargo, aunque expone que luego su madre le creyó a su esposo quien negaba los dichos de la menor.

No puede perderse de vista que los hechos fueron fijados temporalmente entre los años 2008 a 2011 aproximadamente siendo develados a más de tres años contando la menor al inicio de las acciones con diez años de edad y que ello acontece en el ámbito familiar, lo que merece extremar cuidados para la ponderación.

La denuncia que habilita la acción penal fue radicada el 10 de octubre de 2011 ante el Ministerio Público Fiscal por C. O. y se concretan como anticipo jurisdiccional de prueba las declaraciones de los menores en Cámara Gesell el 15 de noviembre de 2011, disponiendo el órgano acusador la apertura de la investigación a más de cinco meses con una intervención importante durante ese tiempo y hasta octubre de 2012 del Servicio de Asistencia a la Víctima, a la cual el Juez le ha otorgado un valor preponderante.

Al respecto es cierto que la calidad del informe original efectuado por la Psicóloga Forense M. S. resulta básico sin dar mayor referencia a los parámetros a los que recurrió para expedirse, y al brindar declaración en la audiencia de debate quedó expuesto que no profundizó en demasía y que consideró la actuación del S.AV.D.

Señaló además que realizó una sola entrevista previa con los dos menores y su madre, que solo ésta le refirió algunos problemas en otros ámbitos como falta de atención en la escuela, reconoce que en este tipo

de hechos es apropiado la realización de varias entrevistas y que por las dificultades que presenta la circunscripción no se pueden concretar, por lo que considera y toma en cuenta el trabajo previo del S.A.V.D.

Como puede advertirse el análisis de credibilidad del relato de la menor y de su hermano no ha sido completo, ni precisas las técnicas empleadas e inconexas de las restantes pruebas, lo que desmerece el trabajo.

Al respecto el sentenciante recepta linealmente la validación sin profundizar en el trabajo realizado por la psicóloga forense, otorgando erróneamente valor convictivo al informe del S.A.V.D. sobre el que sí se detiene y analiza, agregando que los dichos de la Licenciada S. concuerdan con la exposición de la Licenciada Perciavale del S.A.V.D., otorgando preeminencia a una actividad desarrollada por un organismo perteneciente al propio Ministerio Público Fiscal y que no está sujeta al control de las demás partes, lo que resulta inaceptable.

Debe tenerse presente además que el rol que asume el S.A.V.D. es prácticamente terapéutico, conteniendo y asistiendo a la menor para superar el trauma producido por el daño ocurrido, preparándola en este caso para exponer su vivencia, y no son neutrales ni imparciales porque para realizar el abordaje deben creer en el abuso, desconociendo los más elementales principios legales; por el contrario un psicólogo forense no lo

trata al menor terapéuticamente, debe actuar con objetividad, imparcialidad y neutralidad, tanto externa como internamente es decir que cuando lo aborda no le cree ni descree, solo lo evalúa.

En el caso bajo examen la perito llegó comprometida con una versión de los hechos proveniente de un servicio a cargo del órgano acusador, y sometida al examen y contraexamen de las partes que impone el contradictorio no salió airosa.

La única respuesta que merecieron las críticas precisas de la Defensa a este trabajo por parte del juez a-quo fue que no cuestionó con anterioridad la labor ni la intervención, ni propuso otros estudios o análisis a cargo de otros profesionales; tal respuesta resulta no solo inapropiada porque invade la esfera de su Ministerio que fija la estrategia a seguir para la mejor defensa del caso, sino también arbitraria porque no es obligación del imputado demostrar su inocencia sino por el contrario será el Ministerio Público Fiscal quien con sólidos elementos de prueba logre desmoronar el estado de inocencia del que goza todo individuo, y justamente la teoría presentada por la Defensa fue que la prueba reunida por el Fiscal no resultaría suficiente para acreditar la materialidad y autoría del hecho.

En definitiva, y por las consideraciones efectuadas, esta pericia psicológica a fin de establecer la fiabilidad del relato de los menores no ha sido acompañada de una explicación suficiente y confiable, no

alcanzando para sustentar la teoría del caso del Fiscal.

El relato de la niña en Cámara Gesell se aprecia en principio como un relato lógico, algo organizado, ubica correctamente el contexto espacial y temporal y las acciones desplegadas por quien era considerado como padre.

2.- Entonces, examinado el informe pericial y el relato de la menor, corresponde analizar el resto del caudal probatorio valorado por el sentenciante a los fines de verificar si el mismo le presta apoyo.

En primer lugar tenemos dos declaraciones en Cámara Gesell del hermano menor de la presunta víctima, quien en la primera señaló que en una oportunidad cuando estaba durmiendo con su hermana se acercó el "N." y la empezó a tocar y que luego se retiró. Que la hermana le contó que esto pasaba, y que no quería contarle a la abuela. También aclara que esto sucedió hace cuatro años.

Luego, en la segunda declaración en el juicio, dijo que lo que declaró con anterioridad lo fue bajo la influencia de su madre C. O., que le decía que cuente cosas que nada que ver y que si no lo hacía su hermana podía ir presa.

Ahora bien, el Juez descarta sin más al segunda porque no fue validado por la Psicóloga Forense en tanto la primera sí, como ya expusiera en el punto anterior por lo que caben las mismas consideraciones

que las realizadas en relación a la valoración del testimonio de R. B. O..

La primer declaración fue prestada junto a su hermana en un contexto distinto al que se daba en la segunda oportunidad, ya que inicialmente el menor K. fue retirado del ámbito donde se crió, en tanto para la segunda ya había regresado con su abuela y con quien considera como padre, evidenciando un rechazo a la madre biológica que resulta comprensible por la situación familiar detallada.

Como ya señalara, el Magistrado ha aceptado el informe, y sin perjuicio de mis conclusiones respecto a la calidad del mismo, en esta evaluación no puede desatenderse que si efectivamente se daban situaciones de abusos en ese ámbito no es comprensible que le permitieran regresar al menor K. sin ninguna asistencia del estado cuando potencialmente quedaba en situación de riesgo.

Tenemos entonces que las únicas versiones provienen de sus allegados resultando encontradas las de la abuela con los de la madre, el menor K. que brinda dos versiones diametralmente opuestas informando porque efectuó en determinado sentido la primer declaración y ningún otro indicador válido puesto que tampoco cabe asignar el carácter de concluyente al informe sobre rendimiento escolar ya que no necesariamente los niños víctimas de ASI modifican su comportamiento en la faz educativa, pero aquí se extrae de la información de la Sra. V. como tutora de R. en la escuela 739

que desde que ingresó al establecimiento su rendimiento y comportamiento no era bueno, incluso puedo afirmar que aun siendo probable que modifique la conducta, no es indispensable para que prospere el reproche.

En definitiva tenemos que el sentenciante ha receptado el informe pericial psicológico, imprescindible en estos supuestos, sin efectuar un análisis crítico cuando a todas luces resultó inconsistente, otorgó carácter concluyente a la información brindada por el S.A.V.D. y la prueba indirecta no fue valorada en forma conjunta, es decir que no confrontó críticamente todos los indicios efectuando su construcción sobre una valoración fragmentada que convierte a la sentencia en arbitraria, por ello debe ser revocada y así lo voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

De acuerdo al resultado al que se ha arribado en la cuestión precedente, propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por el Sr. Defensor del acusado J. U. B.; revocar la sentencia condenatoria nº 322/13 de fecha 11 de abril de 2013, y en consecuencia **ABSOLVER** a J. U. B., en orden al delito de Abuso sexual agravado por haber sido cometido por ascendiente (arts. 119 último párrafo en función del párrafo primero e inciso “b” y 45 CP), por los hechos ocurridos en la ciudad de Sarmiento entre los años 2008 y 2011 aproximadamente, en perjuicio de la menor R.B.O.B.-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en la suma de pesos seis mil cuarenta con ochenta centavos ($6.040,80) (20 JUS) Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

Atento al tratamiento de la cuestión que antecede coincido con lo propuesto por mi colega, es decir se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por el Sr. Defensor del acusado J. U. B.; revocar la sentencia condenatoria nº 322/13 de fecha 11 de abril de 2013, y en consecuencia **ABSOLVER** a J. U. B., en orden al delito de Abuso sexual agravado por haber sido cometido por ascendiente (arts. 119 último párrafo en función del párrafo primero e inciso "b" y 45 CP), por los hechos ocurridos en la ciudad de Sarmiento entre los años 2008 y 2011 aproximadamente, en perjuicio de la menor R.B.O.B.-

Asimismo coincido con la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

En orden al resultado al que se ha llegado en la primera cuestión, adhiero a lo propuesto por mis colegas y que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por el Sr. Defensor

del acusado J. U. B.; revocar la sentencia condenatoria nº 322/13 de fecha 11 de abril de 2013, y en consecuencia **ABSOLVER** a J. U. B., en orden al delito de Abuso sexual agravado por haber sido cometido por ascendiente (arts. 119 último párrafo en función del párrafo primero e inciso "b" y 45 CP), por los hechos ocurridos en la ciudad de Sarmiento entre los años 2008 y 2011 aproximadamente, en perjuicio de la menor R.B.O.B.-

De igual manera adhiero a la regulación de honorarios profesionales.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

----------**RESUELVE:**----------

1º) HACER lugar a la impugnación deducida por el Sr. Defensor del acusado J. U. B. (arts. 374, 376 inc. 5to. del CPP y 18 CN).----------

2º) REVOCAR la sentencia condenatoria nº 322/13 de fecha 11 de abril de 2013, y en consecuencia **ABSOLVER** a J. U. B., en orden al delito de Abuso sexual agravado por haber sido cometido por ascendiente (arts. 119 último párrafo en función del párrafo primero e inciso "b" y 45 CP), por los hechos ocurridos en la ciudad de Sarmiento entre los años 2008 y 2011 aproximadamente, en perjuicio de la menor R.B.O.B. ----------

3º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en la suma de pesos seis mil

cuarenta con ochenta centavos ($6.040,80) (20 JUS) Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

4º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

Protocolo nº 20/13 de fecha 5/8/13

Fdo. Dres. Guillermo Alberto Müller. Martín Roberto Montenovo. Daniel Luis María Pintos.