Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los trece días del mes de noviembre de 2019, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew, doctores Roberto Adrian Barrios, Alejandro Gustavo Defranco y Hernán Dal Verme, con la presidencia del nombrado en primero término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"B., V. s/dcia. en rep. de su hijo menor - Trelew" (Carpeta 7769 OJTw - Legajo 75.031 MPFTw)**, con motivo de la impugnación ordinaria interpuesta por los Dres. M. C. y R. M. en representación de P. M. M. contra la sentencia Nro.2061/198 OJ Tw dictada en fecha 12/07/19.

El Tribunal, conformado por los jueces penales Ivana González, Gustavo C. y César Zaratiegui, condenó a P. M. M. a la pena de nueve años de prisión, accesorias legales y costas, como autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual doblemente agravado por acceso carnal y la relación de parentesco del autor y su víctima (arts. 45 y 119, 3er. párrafo y 4to., párrafo b) del C.p.), por los hechos ocurridos en la ciudad de Trelew en el mes de mayo del año 2017 en perjuicio del menor D.L.F.M.

El hecho por el que P. M. M. recibiera acusación resulto ser: : "*Se encuentra acreditado en autos que en fecha no precisa pero situada en el mes de mayo del año 2.017, en horas de la noche, en oportunidad en que el menor de edad* ***D.L.F.M.****, se había quedado a dormir en el domicilio de su padre,* ***P. M. M.****, sito en el Pasaje La Rioja N° X de la ciudad de Trelew, éste, sabiendo lo que hacía y conociendo el significado de su conducta, se introdujo en la cama del niño le manoseó la cola, le bajó el pantalón corto y tapándole la boca para que no gritara, lo penetró con su pene, vía anal*, provocándole mucho dolor, satisfaciendo de este modo su ánimo libidinoso, circunstancia ésta que fuera constatada mediante pericia ginecológica de fecha 26 de enero de 2.018, borramiento de pliegues en H 6, e imagen blanco- nacarada de aspecto

cicatrizal en H 5-6, tratándose de lesiones cicatrízales de vieja data, correspondiéndose con hallazgos categoría 3 de la clasificación de Muram y Adams, hallazgos específicos de abuso probable".

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 30/10/19 en la sede de este tribunal estuvieron presentes el imputado M. junto a sus defensores particulares, Dr. C. y M., el Dr. Néstor Fabián Moyano por el Ministerio Público Fiscal, y la denunciante y madre del menor víctima, Sra. V. B..

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrián Barrios y Hernán Dal Verme.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Vienen estos folios a la instancia revisora, incoada que fue impugnación ordinaria contra la sentencia recaída contra **P. M. M.**, quien fue hallado autor material y responsable de la comisión del delito de **Abuso sexual doblemente agravado por acceso carnal y la relación de parentesco** del autor y su víctima –sic-, de los arts. 119, tercer párrafo y cuarto párrafo, inciso b, Código Penal, y condenado a la pena de nueve años de prisión, accesorias legales y costas, por el hecho ocurrido en Trelew, en el mes de mayo del año 2017, en perjuicio del menor D.L.F.M.

2.- En efecto, los defensores de confianza del imputado se agravian de la sentencia por entender, en el escrito que se glosó a estas actuaciones, que "*…dicho resolutorio causa gravamen irreparable a esta parte ante la manifiesta arbitrariedad en la que incurren los Juzgadores particularmente los jueces Dra. González y Dr. C., no incurriendo así el tercer vocal integrante del Tribunal Dr. Zaratiegui quien ha dictado una sentencia que comporta una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa…*".

Explican en su recurso que "*tal arbitrariedad se patentiza por advertirse en ambos Jueces un análisis parcial y arbitrario de la prueba vertida en el debate oral circunstancia que evade un debido tratamiento totalizador del material probatorio reunido para tener por acreditada la materialidad ilícita investigada, como así también, se advierten serias fallas en la lógica y en la experiencia de*

la sana critica racional para tener por acreditada la autoría responsable del Sr. M. en el grave hecho que se discutió…”.

Concretamente, manifiestan que *“causa agravio a esta defensa de que tal circunstancia fáctica haya sido tenida por acreditada con certeza positiva por parte de la Dra. González y C., a pesar de que la misma detenta no solo notorias contradicciones que surgen de la declaración de la presunta víctima (13 años de edad) prestada en la Cámara Gesell, sino además, de la prueba testimonial vertida a través de los testigos: Sra. M. M., V. B. y T.… máxime teniendo en cuenta la prueba documental aportada por esta defensa, consistentes en las capturas de pantalla de la página web facebook, las cuales comprueban que el día del presunto abuso desde las 18 hs hasta las 23 hs el menor se encontraba en la casa de un amigo de su colegio…”.*

En resumen, concluyen que *“esto notoriamente contradice con la hipótesis fiscal quien aducía que no se pudo determinar fecha del presunto ataque, pero que con las constancias de la causa, por los datos extraídos por el menor y los enunciados por la Sra. B. y T., indudablemente la presunta víctima se refiere al día 9 de mayo de 2017. En tal fecha expresa que padeció de un ataque sexual y que luego de dormirse se fue a la casa de su amigo y ante el desconocimiento de su paradero lo comenzaron a buscar vía facebook. Fecha entonces que queda acreditada por la prueba documental… pero que en definitiva no acredita positivamente materialidad ilícita alguna.”*

Por último, *“entendemos que hubo al menos orfandad probatoria para acreditar”* la autoría en cabeza de M., *“…sostenemos lo referido, en base a lo expresado por la Licenciada P. F., quien estuvo a cargo de la realización de la Cámara Gesell y del informe psicodiagnóstico de la presunta víctima….”*, quien *“concluyo que el relato se encuentra cargado de contradicciones e imprecisiones importantes, por lo cual es de poca credibilidad…”*, quien *“también expreso desde el ámbito de su experticia que advirtió en el caso concreto que hubo una sustitución de autor, es decir, pudo haber sido abusado sexualmente, y por consiguiente haber sustituido su agresor. Ello en definitiva indica que si el relato no es creíble, y que*

posiblemente se sustituya el autor, la hipótesis acusatoria no pudo en modo alguno ser probada…”.

3.- En la audiencia a tenor del art. 385, C.P.P., mantienen los letrados C. y M., en lo sustancial, los agravios anteriores.

Agregan referencias concretas a la prueba testimonial, como, por ejemplo, *“la declaración de la Cámara Gessel del menor en donde se ha determinado de que hubo un relato que estaba totalmente cargado de imprecisiones y contradicciones entre sí…”*, no solo *“de cómo sucedió el presunto abuso sino también se afecta a circunstancias previas y posteriores…”*, las que puntualiza.

Destacan que la *“prueba documental* –captura de pantalla- *no fue valuada, no fue merituada por los jueces, tanto Gustavo C. como Ivana González, sí lo hizo correctamente el Dr. César Zaratiegui, al modo de ver de esta Defensa…”.*

Recuerdan también el testimonio de la Lic. F. que *“señaló que no es creíble lo que señala (d)el presunto abuso, es más hasta a preguntas de esta Defensa que surge la duda que si no es creíble por qué justamente está señalando a su padre y la mencionada licenciada dijo que puede haber en estos casos una sustitución del autor. Es decir, que el menor fue abusado, fue abusado sexualmente pero que no fue el padre el que lo había cometido…”.*

Se refiere luego a la *“declaración testimonial de la Sra. M. M., hermana del condenado. Tengo que aclarar también que los jueces cuestionaron mucho esta declaración, la consideraron hasta como parcializada y no creíble; por qué?, porque la Sra. M. en el debate le pidió perdón a nuestro asistido y ese perdón se basó justamente porque cuando se entera de esta denuncia obviamente lo primero que hace es creerle al menor, no podía creer que su hermano lo había abusado pero le creía al menor”.*

Como conclusión, pretenden los defensores que *“…los Sres. Jueces analicen todos los elementos probatorios, tanto cargosos como de descargo y que adviertan que en definitiva los Sres., jueces incurrieron en un sistema de valoración totalmente perimido, se basaron en una prueba seleccionada para arribar de esta manera con meras*

conjeturas a la construcción de un hecho que vuelvo a reiterar se encuentra totalmente contradictorio con el verdadero hecho que se ha podido comprobar en el juicio...".

4.- A su turno, la representante del MPF, Fiscal General Carolina Marín, contesta la vista conferida, a fojas 92/94, en estos términos: *"…en primer lugar he de manifestar que el a quo, ha resuelto en virtud de las pruebas producidas en debate, fundando el valor probatorio otorgado a cada una como asimismo el desincriminatorio, resultando luego de aplicar el criterio de la sana critica racional una resolución ajustada a derecho y fundada, todo ello en conformidad con nuestra manda ritual (art 25 C.P.P)…".*

"Que en modo alguno puede considerarse que los mismos hayan realizado un análisis parcial y arbitrario de la prueba vertida en el debate oral como expresara la defensa. Que han fundado debidamente y efectuado un análisis conglobado de la prueba producida en juicio para llegar al grado de certeza que esta etapa procesal requiere y que fundara la sentencia de condena de P. M.…".

Concretamente, afirma que *"el voto de la Dra. González se halla debidamente fundado explicando la valoración convictiva de la prueba producida en el juicio y de la cronología de la situación abusiva e intrusiva al menor víctima. Ha realizado un pormenorizado análisis de la prueba testimonial vertida, con especial atención a los dichos en Cámara Gesell, la pericia ginecológica efectuada por la Dra. K., poniendo en especial énfasis en que el relato del niño es veraz y no fabulatorio tal cual depuso la Dra. P. F.. Correlacionando la totalidad de la prueba el testimonio de E. amigo del niño, su madre V. B., el informe del Savd, los que resultan ser absolutamente contestes con lo concluido por la experta forense P. F.."*

Respecto de *"la autoría responsable de M.… cabe destacar el señalamiento directo y concreto que hizo el menor en Cámara Gesell, que lo repitió ante su amigo, madre, hermana e incluso en forma espontánea y con cierto grado de culpa ante la licenciada G.. Quedando a su vez demostrado la falta absoluta de un móvil y/o animosidad por parte del niño…",*

Destaca la Fiscal que *"…en mismo sentido y logrando certeza positiva respecto de la materialidad del hecho y la*

autoría del mismo por parte de P. M. se ha expresado el Dr. C., efectuando un análisis completo de la prueba desarrollada en debate, en pos de la máxima de la sana critica racional, la psicología y la experiencia… ha valorado la experticia sobre el cuerpo del niño victima realizada por el perito experto Dra. F. K., ginecóloga infanto juvenil quien en debate expuso que al examen físico del menor observó en la región anal, lesiones específicas de abuso sexual infantil… coincidente con ello, el informe de la Licenciada P. F. quien también concluyo en la sintomatología de abuso sexual…".

Que el Dr. C. efectuó también *"una valoración exhaustiva del testimonio de M. M., hermana del imputado, descartando el mismo utilizando la lógica, la experiencia común, y la sana crítica. Detallando asimismo y describiendo la convicción que ha logrado con otros testimonios de la causa como ser de la propia madre del menor V. B. y de su hermana A. T.. Sumado ello, al análisis del bajo rendimiento escolar del niño acreditado con el testimonio de la Sra. M. R. M., Análisis conglobado de ello, es lo que refuerza la coherencia externa del relato del menor…".*

5.- En la audiencia celebrada ante estos estrados la representante de la vindicta reiteró tales argumentos, en lo sustancial.

6.- Puesto a resolver el mérito que merece la pieza impugnada, bueno es advertir que su examen se enfrenta con un primer problema de índole epistemológico, esto es, el grado de aceptación que merece una sentencia de condena a la que se arriba por mayoría de sufragios.

El hecho que uno de los jueces del caso entienda que no se ha logrado la certeza necesaria para condenar, pone en crisis el grado de verdad alcanzado por la mayoría, toda vez que, al ser motivada y razonable la duda que embarga al primero, no podría predicarse de la sentencia que ha podido declarar la *culpabilidad indudable* del acusado que exige el art. 7 del código adjetivo.

Se ha dicho con acierto que *"…si en la sentencia uno de los jueces que integró el tribunal, después de haber hecho un adecuado razonamiento probatorio de naturaleza inductiva con cada una de las pruebas, comparando el grado de soporte inductivo con que cuenta cada hipótesis sobre*

los hechos a la luz de un conjunto dado de elementos de prueba… llega a la conclusión de que, o bien no se dio por probada la existencia del delito o la participación en él del imputado, entonces no se entiende cómo, a partir del voto de mayoría, esa descripción epistemológica de los hechos pueda dejar de tener sentido para el proceso penal, ser irrelevante y por lo mismo no impedir la condena…" (Carnevali, Raúl- Castillo V. Ignacio; *"El estándar de convicción de la duda razonable…"*, Rev. De Derecho Penal y Criminología, Año III, Numero 1, Febrero de 2013, La Ley, pág. 194).

No desconozco que, de *lege lata*, el art. 329 del ritual admite la condena por el voto coincidente de dos de los integrantes del Tribunal pero, lo cierto es que, en estos casos, se debería exigir una fundamentación más exhaustiva y rigurosa (por parte de la mayoría) acerca de cómo y a través de qué elementos probatorios se despejan las dudas razonables del disidente.

Concretamente, si uno de los jueces estima, a través de un sufragio razonado, que no se ha acreditado la teoría del caso fiscal, es deber de los magistrados que entendieron lo contrario, refutar los postulados del primero, fundadamente, para así descalificar las dudas introducidas echando mano a todo el "cuadro probatorio".

Al decir de Coloma Correa, *"…a un voto de minoría se le reconozca un cierto impacto en lo que se decide, se fundamenta y/o en la revocabilidad de la sentencia.*
Me refiero a que la afirmación de un juez en el sentido de que existe una duda razonable constituye una seña en orden a que la prueba disponible ha sido prima facie *menos persuasiva que en los casos de unanimidad: un sujeto con competencias similares o, al menos, no jerarquizables que ha sido sometido al mismo proceso de valorar pruebas ha llegado a una conclusión diferente. Esto implica que el punto de vista opuesto debe ser revisado con mas precaución que lo habría sido esperable en caso de inexistencia de disenso…"* (Coloma Correa, R.; *"Dos es más que uno, pero menos que tres…"*, Política Criminal, vol. 9, n° 18, Santiago de Chile, 2014.

Es que, en caso que los votos que optan por la condena no expliquen exhaustivamente las razones por la cuales el

juez de la minoría carece de una duda motivada, quedaría subsistente la incertidumbre por éste introducida y, salvo casos de prevaricación o irracionalidad manifiesta, traería como consecuencia la imposibilidad de soslayar la regla de distribución de errores contenida en el principio *in dubio pro reo* y por añadidura la absolución del acusado.

Repito. Si bien se encuentra previsto por el ritual la posibilidad de arribar a una sentencia de condena por mayoría, entiendo que la existencia de una duda por parte de uno de los jueces, obliga a los primeros a extremar los recaudos de la fundamentación de sus votos para despejar aquella y poder arribar a una declaración *indudable* de culpabilidad (art. 7, CPP).

7.- Es por ello que principiaré la revisión del fallo analizando el voto de la minoría.

El Juez Zaratiegui, resuelve y explica la imposibilidad de asignar valor de verdad a la hipótesis fiscal, luego de haber *"…tenido en cuenta cuatro cuestiones fundamentales que son las siguientes: el testimonio brindado por el menor en cámara Gesell, la develación del presunto abuso cometido, la búsqueda del menor iniciada por redes sociales con la participación de la familia y el análisis de credibilidad elaborado por la Lic. F. y las referencias dadas por la profesional sobre un presunto abuso sexual crónico…".*

Con respecto a lo primero, afirma el Juez de la minoría que *"…coincido con la Licenciada F. en que el relato del menor no es creíble (ver declaración de la profesional en audiencia e informe de fecha 19 de febrero de 2018) puesto que el mismo incurre en diversas y variadas contradicciones, no solamente desde el momento en que el menor habría ingresado a la vivienda en la que luego, según sus dichos, fue abusado, como asimismo las acciones que habría emprendido con posterioridad. Por caso, no consulta, al menos desde las reglas de la experiencia, que un niño de 13 años luego de haber sufrido una intrusión sexual, que él refiere como muy violenta, que le provoca dolores y éstos persisten en varios días, pueda quedarse dormido luego de este ataque, tal como el niño lo ha indicado…".*

"Asimismo, he advertido diversas contradicciones en el propio relato del niño en cuanto a cómo habría llegado a la

casa y cómo habría egresado de la escuela para ir a la vivienda de su progenitor. Cuando el niño comienza la exposición refiere que él está en la escuela, que luego tiene un incidente y que más tarde se va a la vivienda de su padre y es ahí cuando siendo más o menos las 21 hs. Se produce el ataque sexual del imputado sobre su cuerpo. Cuando se le hacen preguntas de la defensa cambia el relato y dice que en realidad se va de la escuela, pero se va a la casa de su madre; que ahí se baña y regresa a la vivienda donde almuerza con su padre y con sus abuelos paternos."

Advierte el *a quo* que *"se registran contradicciones en cuanto al tiempo en que habría sufrido el abuso sexual denunciado… diferencias tan notorias en cuanto al mes en que habría sido atacado (primero dijo enero y luego agosto), no son comprensibles en un joven que transita el primer año de la escuela secundaria y menos aún si lo comparamos con el mes inserto en la acusación, en donde se indica que " ...en fecha no precisa pero situada en el mes de mayo del año 2017, en horas de la noche ...".*

8.- Con referencia al tercero de sus postulados, la referencia al día preciso de los hechos que lo damnificaran, explica el Juez Zaratiegui que *"…sin perjuicio de la cuestión que estoy señalando, existe en el relato del menor una referencia concreta a ciertos hechos que ocurrieron con posterioridad al ataque sexual y que se vinculan con la búsqueda del mismo por sus familiares, conocidos y personal policial… pero que resultarían útiles para conocer la fecha exacta del hecho criminal investigado…".*

Retomando la idea más adelante, rememora los dichos del niño, quien dijo que *"después me fui para la casa de un amigo sin permiso, porque me había hecho eso, el mismo día" y "Esa misma noche me fui a la casa de un amigo que mi mamá conocía de la Iglesia, de nombre C. ...me quedé ahí un rato, después me fui y me andaban buscando ...", "Eran como las once de la noche, ahí me encontró mi hermana, toda la gente me estaba buscando, primos, amigos, mis padres ...", retomando el tema cuando ante preguntas de la defensa señaló: " ...me buscaban mis primos, Enza, F. y no sé quién más, no me acuerdo tanto, después mi amigo Eliot y mi papá, y la policía también, pensaron que estaba perdido o que me*

había pasado algo, estuve desaparecido ...".

"Queda claro, como dije más arriba, que el abuso sexual se habría perpetrado el mismo día en que se produjo la intensa búsqueda del menor por parte de varias personas, incluidos los funcionarios policiales."

Y, a modo de conclusión, expresa el disidente que *"…he mencionado la búsqueda del menor como algo que también me ha decidido en la posición minoritaria que estoy sosteniendo. Se ha mencionado aquí que el día del presunto abuso el niño habría permanecido perdido o al menos no hallado por los familiares y que esto habría iniciado una búsqueda que se inicia por la red social Facebook, que la inician sus familiares y que también habría participado la policía. La cuestión no resulta menor por circunstancias que desgrano a continuación: prueba que ha traído la defensa (capturas de pantalla de páginas de Facebook) donde se menciona que al niño lo estaban buscando y que la última vez que lo habían visto había sido a las seis de la tarde a bordo de una bicicleta. Esto coincide con la declaración de la hermana del imputado (M. M.) que "lo ví ese día a la tarde, venía con el hijo de C. R., pasó a buscar una bicicleta, se iban a la casa de ese chico...". La conclusión es que si lo estaban buscando desde las seis de la tarde, a las nueve de la noche (hora que consigna el niño en la que habría sido abusado) no podía estar en la vivienda del padre, porque sino el hallazgo hubiera sido muy sencillo de finalizar, bastaba con ir a la vivienda del padre y encontrar al niño…".*

Luego, en relación a tal fecha, agrega: *"…si el abuso coincide con la búsqueda (tal lo refiriera el menor en su declaración) se conoce el día exacto de la pretendida agresión sexual… tengo para mí que hay una fecha cierta entonces del presunto abuso que coincidiría con el día de la búsqueda; esto es el 9 de mayo de 2017. El niño en el testimonio en cámara Gesell refirió al inicio que el abuso se produjo "un fin de semana me parece", reafirmando luego "esto fue un fin de semana, de noche, puede ser sábado o domingo, yo no tenía escuela ese día… mencionó entonces cuáles eran las actividades que habría tenido ese día sábado. Pues bien, el día 9 de mayo de 2017 no fue sábado; fue martes por lo tanto todas las indicaciones que el niño*

hizo en relación a esa fecha no son correctas, ni la ida a la escuela porque en realidad los martes tenía escuela a la tarde, sino todas las otras circunstancias que fue relatando…".

9.- Vuelve el Juez Zaratiegui sobre el análisis del testimonio de D. y dice *"…si repaso lo manifestado por la Licenciada F. hago hincapié en lo que consigno textualmente: "que realmente ella puede asegurar que este chico ha sido víctima de una situación abusiva pero no hay o no encuentra un correlato entre lo que él presenta como sintomatología y lo refiere como vivencia. En términos más concretos dijo luego ante una pregunta de la defensa: "lo que se ve en la evaluación es traumático, es sexual, es intrusivo, pero no es esto, es otra cosa, no lo que el chico contó".*

Por fin, remata, *"…Si ese hecho que el chico contó no es creíble entonces lo que se pone en duda es la propia acusación. Las cuestiones sustanciales de todo debate oral y público resultan ser la acusación, defensa, la prueba y la sentencia; si la acusación no ha podido ser probada y la acusación es por un hecho único, el imputado debe ser absuelto."*

"Transitando el camino inverso y partiendo del informe psicológico de la Licenciada F. y haciendo propio lo que ella conjeturó, que es efectivamente que el menor ha sufrido un abuso crónico, lo cierto es que estas afirmaciones que hace la Licenciada no pueden corroborarse con otro elemento más que sus propias expresiones, porque el niño nunca refirió ser abusado crónicamente sino que sólo refirió un solo hecho. Esto mismo también no surge de otro relato; tanto la madre como la hermana han referido que antes de este episodio presuntamente acaecido la relación del padre con el niño era excelente, por lo tanto, no encuentro un modo o forma de verificar lo que afirma la Licenciada F. con ningún otro elemento de la causa, como tampoco, por supuesto, con la propia acusación que refiere a un único episodio."

10.- De todo lo trascripto, resulta que en la sentencia que se revisa existe un voto minoritario a favor de la absolución, al no poder el Juez salir del estado de duda que le genera el análisis de todo el cuadro probatorio.

Y, a modo de síntesis, es posible indicar que el Juez

Zaratiegui motiva la absolución en la no credibilidad de la declaración testimonial del niño abusado atento las contradicciones en que incurre, tanto en cómo habría llegado a la casa, como habría egresado de la escuela para ir a lo de su padre y en cuanto al momento preciso en que habría sufrido el abuso denunciado, habiendo dicho primero que fue en enero, luego en agosto, lo que tampoco se compadece con la acusación que sitúa el evento en el mes de mayo.

A más de ello, motiva la falta de acreditación de la hipótesis fiscal en el hecho que, de los propios dichos del niño, resultaría que luego de sufrir el ataque sexual del que fue víctima concurrió a la casa de un amigo lo que provocó su búsqueda ante la suposición que se hallaba perdido; que esa inquietud provocó la publicación por parte de su familia en el portal Facebook de la noticia de que se encontraban avocados a su búsqueda; si el día del hecho coincide con el de la búsqueda, aquel tendría que haber tenido lugar el día 9 de mayo de 2017 pero, conforme la declaración del niño el abuso fue durante un fin de semana, mientras aquella fecha correspondió a un martes.

Por último, basado en la opinión de la Lic. F., en punto a que no habría correspondencia
entre lo que contó y lo que habría sucedido en realidad, estima que *"lo que se pone en duda es la propia acusación"*.

11.- Ahora bien. ¿Ha despejado esta incertidumbre la mayoría del Tribunal?; o mejor dicho: ¿Han fundado adecuadamente los jueces de condena el grado de certeza requerido para dar por acreditada la tesis acusatoria?

A la sazón, ¿ha superado la mayoría no solo los embates de la defensa sino la razonada duda instalada por el juez disidente?

Veamos.

12.- Ha dicho la Jueza **Ivana M. González** que *"…tal como fuera adelantado en el correspondiente veredicto de responsabilidad, en una fecha que no se puede determinar con exactitud, pero que puede ser situada en el mes de mayo de 2017, se produjo -al menos en esa ocasión- un hecho de ataque sexual con acceso carnal sufrido por el menor D.L.F.M. en manos de su padre, el aquí acusado."*

Entiende acreditado ello a partir *"del ataque puntual descripto por el menor y la lesión anal hallada en la*

pericia ginecológica que se le realizara, sin perjuicio de que tanto los testimonios de la madre y su amigo E. N., el informe del S.A.V.D. y el psicodiagnóstico practicado por la psicóloga forense dan cuenta de una cronología del abuso, que nos da una clara pauta de cronicidad y de que se habrían suscitado otras situaciones abusivas de diversa índole y en distintas fechas, tales como besos y/o tocamientos inapropiados y libidinosos."

Sobre el mérito que le merece la declaración del niño víctima afirma, contra lo manifestado por la minoría, que *"…debo observar que no resulta contradictorio ni mendaz el testimonio y sindicación efectuada por el menor en Cámara Gesell. Ante todo: porque no fue esa la conclusión de la forense más allá de lo alegado por la defensa técnica, pues claramente concluyó en que si bien el relato no es creíble porque tiene huecos y le falta información que el joven no reveló, es veraz y no fabulatorio…".*

Más adelante, en relación a la autoría, considera acreditado *"con grado de certeza que el agresor sexual ha sido efectivamente el padre de la víctima… en virtud del señalamiento directo y concreto que hizo el menor en Cámara Gesell."*

"Pero, por otra parte, además de afirmar la inexistencia de una experiencia similar con cualquier otra persona que no sea el aquí acusado, repitió esta única sindicación directa y concreta frente a su amigo E., su madre, su hermana y la Lic. G. del SAVD. En todos estos ámbitos, indicó distintas conductas sexuales intrusivas e inapropiadas sufridas en manos de su padre, el acusado P. M.."

"Que, en consecuencia y como ya fuera adelantado, sin perjuicio de la presencia de algunas posibles contradicciones en las que la defensa alega que habría incurrido el menor en su declaración, entiendo que las mismas -ni lejanamente- resultan suficientes para desvirtuar la prueba de cargo relevada en mi decisión." I

"Es aquí, cuando sumado a las verdaderas conclusiones de la psicóloga forense (y no, las pretendidas por la defensa técnica), cobra fuerza la falta de fabulación verificada en el menor por la perito y, además, la falta absoluta de un móvil y/o animosidad por parte del niño hacia

el adulto que señala de manera única y directa, en todas las oportunidades; e incluso, hasta una relación previa de mucha afectividad para con su padre, según surge de la testimonial de su madre.”

Respecto al voto de la minoría, entiende, que *“lejos de la postura de mi distinguido colega… existe plena congruencia entre la acusación, la defensa, la prueba y lo que decide la mayoría del pleno. Ello así, porque quedó plenamente acreditado un hecho por el cual se acusó, se produjo la defensa, se sustanció la prueba respectiva y se obtuvo condena. No hay ninguna incongruencia. El único hecho que confirmó el relato y el propio cuerpo de la víctima,… quedó acreditado en este debate. No existe, por tanto, la incongruencia pretendida, pues el M.P.F. acusó y probó ese único hecho, del cual la contraparte se defendió específicamente.”*

13.- Entonces, puede concluirse que la Jueza González estima acreditada la hipótesis acusatoria a través del testimonio del niño D., el que, a pesar de asumir que la psicóloga forense lo tilda de no creíble, es veraz y no fabulatorio.

Encuentra acreditada la autoría a partir del señalamiento directo que hizo el menor en Cámara de Gesell, lo que repitió ante su amigo E., su madre y la Lic. G., y si bien admite algunas posibles contradicciones niega que las misma puedan ser suficientes para desvirtuar la prueba de cargo.

Por último, vuelve sobre la falta de fabulación comprobada a lo que une la falta absoluta de un móvil y/o animosidad por parte del niño hacia el adulto con quien tenía una relación previa de afectividad según surge del testimonio de su madre.

14.- Por su parte, el Juez **Gustavo Daniel C.**, en el mismo sentido que la anterior, fundamenta su certeza sobre la autoría, en estos términos:

“…En efecto, más allá de las contradicciones al que hace referencia la Defensa en sus alegatos que fueron tomadas por el magistrado disidente, entendemos junto a la Dra. GONZALEZ, que de ninguna manera las mismas poseen entidad suficiente como para desvirtuar la prueba de cargo existente contra el Sr. M.”.

Para su conclusión, se refiere en primer lugar "*…al testimonio de la Licenciada P. F., quien brindo al Tribunal y a las partes, un claro panorama de la salud psíquica que D. presentaba al momento de realizar la pericia psicodiagnóstica y su testimonio en Cámara Gessel en el mes de febrero del año 2018, a casi 9 meses después del hecho que se está investigando*", lo que considera relevante, "*porque aún luego de haber transcurrido tanto tiempo entre el evento denunciado y las pericias realizadas en el marco de la investigación de los hechos, todavía se podía advertir en el menor síntomas de stress post traumático, lo que revela, y así lo manifestó la Licenciada, la gravedad de la intromisión sexual a la que fue sometido D.M.*".

Continuando con el examen pericial, "*se afirma que D. no tiene tendencia a la fabulación, que le ha costado ordenar temporalmente el relato del hecho pero de ninguna manera significa que ellos sea mentira pues si bien alguno criterios de contenido se encuentran presentes, otros denotaban confusión, y precisamente por ese desorden temporal, su relato en sí puede ser contradictorio.*"

"*Agrega la experta que los varios ataques a que fue víctima lo puede haber naturalizado y que a este ataque no, debido a la gravedad del mismo, por tal razón puede ser que no lo pueda o no quiera contar las otras situaciones abusivas.*"

"*Valorando el dictamen y la declaración testimonial de la Lic. F., surge con meridiana claridad, al momento de referirnos a la autoría del hecho, que el mismo sindica a su padre, P. M., como el autor de los mismos, reconociendo que en relación a las circunstancias en que ocurrieron los hechos los mismos resultan confusos y en algunos casos contradictorios.*"

Párrafos más adelante, a partir de la hoja 15 de la sentencia, desacredita los dichos de M. M., testimonio que, es bueno recordar, es valorado por la defensa como creíble a fin de acreditar la fecha exacta del presunto abuso al niño D.

En efecto, a fin de asignar ningún valor a su declaración, "*como así tampoco las supuestas capturas de pantalla… en relación directa con la declaración*",

dice: *"…que se trata de un testimonio interesado en el resultado del procedimiento, su testimonio estuvo enderezado a mejorar sin duda alguna la situación procesal de su hermano, pero por otro lado me resulta a todas luces sospechoso, su declaración testimonial en relación a los hechos sucedidos el día 9 de mayo del año 2017, en donde aporta capturas de pantallas de la red social Facebook… que a pesar de haber declarado en la audiencia que ese día estuvo D. perdido desde las 18 horas hasta las 23 horas aproximadamente, y que no pudieron encontrarlo por ningún lado pese al esfuerzo realizado, recién ahora, a casi dos años de haber ocurrido los hechos y luego de haber visto la Cámara Gessel, se ha dado cuenta que todo lo que manifestó D. es falso".*

"La pregunta es, si las manifestaciones de la Sra. M. M., resultan, como afirma la Defensa ciertas, y ese día al que atribuye la defensa como que ocurrieron los hechos el menor se encontraba perdido, resultando fácticamente imposible que el padre lo hubiera abusado sexualmente, ¿porque la testigo luego de ver la Cámara Gessel advierte que el menor miente y no le creyó al hermano desde que se realizó la denuncia?".

Por último, a fin de fundamentar la coherencia externa de los dichos del joven, recuerda el Juez C. que la atribución de responsabilidad sobre su padre la *"…ha mantenido a lo largo de todo el procedimiento de investigación..."*, habiéndose lo transmitido a la licenciada G. del S.A.V., a la psicóloga forense y a su amigo E.M.N.

15.- En resumen, el Juez C. motiva su certeza sobre el hecho atribuido a M. a partir de la declaración de la psicóloga P. F. quien da cuenta del estrés post traumático del niño, lo que revela la gravedad del hecho, que aquél no tiene tendencia a fabular y que sindica a su padre como el autor, lo que sostiene en el tiempo.

Luego, desacredita el testimonio de la testigo M. M. por estar interesada en mejorar la situación procesal de su hermano y por ser sospechoso que casi dos años después del hecho haya declarado que todo lo que

manifestó D. es falso.

Por último, otorga coherencia externa al relato del niño por haber contado lo mismo a la Lic. G., a la Lic. F. y a su amigo E.M.N.

16.- Recordemos que esta extensa transcripción fue realizada para contestar el interrogante acerca de si puede afirmarse que los jueces de condena han alcanzado el grado de certeza requerido para dar por acreditada la tesis acusatoria o, lo que es lo mismo, si ha superado la mayoría no solo los embates de la defensa sino la razonada duda instalada por el juez disidente.

Entiendo que ello no puede predicarse válidamente de los votos a que me he referido.

Ello, porque no se ha formado con el material de prueba producido un verdadero "*cuadro probatorio*", producto del reflexivo tratamiento de aquellos elementos de evidencia.

Es necesario para ello, no solo describir (como primer paso lógico) e individualizar cada elemento de prueba, sino, además "*…tendrá que ser objeto de elaboración en sentido propio, destinada a determinar el rendimiento, todavía individual, de casa medio probatorio, para concretar los distintos elementos de prueba utilizables. Luego, se impone otro paso, la valoración sintética de la prueba como 'cuadro probatorio' propiamente dicho, es decir, en su conjunto: en la interrelación de los diversos elementos de juicio que la integran, mediante el cruce de la información que los mismos contienen.*" (Ibáñez, Perfecto Andrés; "*Prueba y convicción judicial en el proceso penal*", Hammurabi, 2009, pág. 65).

Por último, "*…el contenido del 'cuadro probatorio' deberá ser examinado a la luz de las hipótesis presentes, cuyo potencial explicativo ha de verificarse… para que una hipótesis pueda ser acogida como valida es preciso que resulte confirmada por una pluralidad de pruebas, que dé sentido a los datos disponibles… y no aparezca desmentida por alguna prueba contraria…*" (ob. cit., pág. 68 y 69).

17.- De los votos que optaron por la condena, por ejemplo, se advierte que nula respuesta se ha dado, en

el voto de la Jueza González, a la hipótesis planteada por la Defensa acerca de la exacta coincidencia ente la fecha del entuerto y el día de la búsqueda del niño, lo que acreditaría la absoluta imposibilidad no solo de la materialidad sino también de la autoría, como sí se encargó de ponderar el Juez Zaratiegui en su voto.

Por su parte, el Juez C., desoyó el testimonio de M. M., por creerla parcial y sospechosa, fundado ello en apreciaciones subjetivas del juez acerca del interés en beneficiar a su hermano –lo que no implica necesariamente que sea falaz, o al menos no se explicó el por qué de su creencia- y por el tiempo en que tardó en declarar que no le creía a D., cuando su declaración fue en el debate en la fecha en que fue llamada a declarar, no dependiendo de su voluntad la citación efectuada.

También niega valor convictivo alguno a las que califica de "supuestas" capturas de pantalla incorporadas por la defensa, atento su oposición anterior a que se incorporen como prueba por extemporáneas (ver página 16 de la sentencia).

Pero lo cierto es que se incorporaron, por decisión de la mayoría del Tribunal, y debían ser valoradas objetivamente como lo exige el hecho de ser una hipótesis de descargo.

En definitiva, ante la posibilidad que una hipótesis plausible sea opuesta a la teoría del caso de la acusación, es imprescindible que los jueces nieguen la primera, con las pruebas de que disponen, por cuanto, en caso contrario, no podrá afirmarse válidamente la certeza de la acusación.

En mejores palabras, se ha dicho "*…el proceso se configura como una contienda entre hipótesis en competencia que el juez tiene la tarea de dirimir: De aquí el valor de la separación, según un esquema triangular, entre acusación, defensa y juez: si la acusación tiene la carga de descubrir hipótesis y pruebas y la defensa tiene el derecho de contradecir con contrahipótesis y contrapruebas, el juez, cuyos hábitos profesionales son la imparcialidad y la duda,*

tiene la tarea de ensayar todas las hipótesis, aceptando la acusatoria sólo si está probada y no aceptándola, conforme al criterio pragmático del favor rei, no sólo si resulta desmentida sino también si no son desmentidas todas las hipótesis en competencia con ella…" (Ferrajioli, Luigi; "Derecho y razón", Trotta, 1998, pág. 152).

18.- Pero, además de obviarse el tratamiento de una prueba aportada por la defensa, fundaron los jueces de la mayoría la existencia del hecho y de la mayoría en una interpretación subjetiva del testimonio del niño.

En efecto, ha sido concreta la Lic. F., en expresar en varios pasajes de su testimonio, la ausencia de elementos de contenido que permita afirmar la credibilidad del niño D.

Ha dicho en la audiencia de debate que *"…fue un relato confuso, que le cuesta ordenar temporalmente, que tiene contradicciones. Es un relato que desde el punto de vista de su análisis de criterios basado en criterios de contenido,* ***es un relato no creíble****…"* (las negritas me pertenecen).

Luego, expresa la psicóloga forense que *"…Si bien uno puede pensar en que un chico tenga dificultades para establecer nociones temporales o para ordenar sus ideas en relación a un suceso traumático, la verdad es que mi impresión* ***el relato en sí era contradictorio****, porque yo sume además a esto el hecho que el tipo de sintomatología que el chico refería no era tampoco propio, no era acorde al tipo de ataque que refería…".*

Agrega que *"…la verdad es que sé que* ***la evaluación no arroja mucha luz en relación al caso*** *porque lo que yo puedo decir con certeza es que este chico tiene muchísimos indicadores de abuso sexual que realmente yo podría asegurar que este chico ha sido víctima de una situación abusiva, pero no ha, digamos* ***no encuentro un correlato entre lo que él presenta como sintomatología y lo que el refiere como vivencia.*** *Por eso, si bien es rutina pero se hizo mucho hincapié durante toda la evaluación si él había tenido otros episodios, si había sido víctima de situaciones abusivas previas, a lo cual el chico siempre contesta que no, refiere que no, con*

lo cual hay todo un universo sintomatológico que yo no pude explicar desde la evaluación porque no coinciden con el relato de los hechos que él refiere."

"…yo creo que no hay una relación entre lo que le pasa al chico, ***hay un hueco entre lo que al chico le pasó realmente y lo que el chico relató****, ya sea porque se trata de otra situación, porque no ha contado la totalidad de lo que le ha sucedido, pero no hay claramente, lo que yo encuentro desde lo psicológico no condice con lo que él refiere; no porque no haya síntomas de abuso sino porque supera esa situación, digamos, que él cuenta."*

Preguntada por la Fiscalía acerca de las contradicciones en el relato del niño, contesta "*la verdad es que hasta donde yo pude llegar, lo que puedo decir es esto que él dice no es lo que yo veo en la evaluación. En este caso como pasa en muchos otros que no veo en la evaluación lo que el chico dice no está, lo que yo veo en la evaluación, digamos, es traumático, es sexual, es intrusivo pero* ***no es esto, es otra cosa, no lo que el chico puede contar digamos, no lo que el chico contó****…".*

"…eso que él dice que sucedió puede haber sucedido pero tuvo que haber sucedido otra cosa sino no tengo estos síntomas. Estos síntomas no son propios de eso que exactamente contó, podría estar incluido, sí, podría estar incluido; podría ser eso y más; sí, podría haber tenido otros episodios abusivos en otras circunstancias con otras personas y no haberlo contado, sí también."

Para su determinación de la no credibilidad del relato, apeló al análisis basado en los criterios de contenido (CBCA, componente principal del SVA (Evaluación de la Validez de la Declaración), método que busca evaluar el grado de credibilidad de los testimonios de niños y niñas víctimas de abuso sexual y, tal como surge de su informe agregado a fojas 8/9 del legajo fiscal de prueba, concluye que *"…si bien cumple algunos criterios de contenido, resulta cargado d contradicciones e imprecisiones importantes, por lo cual según los criterios establecidos es de poca credibilidad…"*

Ahora bien, ¿es posible basar una sentencia de condena a partir de un testimonio que no puede superar el test de credibilidad? ¿es posible admitir que se ha acreditado un hecho que es distinto al que se refirió la víctima?.

La respuesta negativa, por obvia, se impone.

19.- Luego, la Lic. F., consignó textualmente *que "…al ser clasificado de manera negativa, esto no señala de manera lineal que se trate de un relato falso…"*, explicando en su testimonio en el debate que *"…un relato que no resulte creíble desde los criterios de contenido no significa que el relato sea mentira…"*.

Y destaco deliberadamente estas dos afirmaciones de la psicóloga porque, contra lo afirmado por los votos de la mayoría, jamás expresó la profesional que el relato era *veraz*, sino, lo que no es equivalente, siempre destacó que *podía no ser falso*.

Además, contra lo apuntado por los votos de condena, jamás ha expresado la psicóloga que el relato no era fabulado, solo se limitó a expresar que *"…el chico no tiene patología de base, no tiene nada, no tiene una tendencia a la fabulación patológica…"*, lo que obviamente no es idéntico a decir que no mintió.

Pero, a pesar de todo ello, los jueces afirman la verosimilitud interna de la declaración del joven, puesta en crisis por la defensa y por el voto en minoría, en forma subjetiva (por oposición a su acreditación con elementos objetivos de valoración), casi como un "acto de fe", como si hubieran alcanzado la verdad por una íntima convicción.

Definitivamente, no solo no puede asegurarse, salvo forzando los dichos de la psicóloga forense, que el relato es veraz y no fabulado; tampoco puede afirmarse su coherencia interna cuando la profesional ha dicho en numerosas oportunidades que según su contenido el relato no es creíble y, sobre todo, que lo narrado no se compadece con la sintomatología de lo que padeció; tampoco arroja luz el contenido de la pericia de la Dra. K., por cuanto el hecho de haberse comprobado una acceso carnal violento no implica, necesariamente,

que hubiera sido en la ocasión contenida en la acusación fiscal.

20.- Por otra parte, la mayoría entiende que sus dichos poseen credibilidad externa a partir de su coincidencia con el hecho relatado por el amigo E. en su declaración, aunque, es obvio, que se refiere a otro hecho distinto en que *"me había dicho que el papá casi lo había tocado no, que lo había tocado y que casi lo había violado"* y que habría tenido lugar mucho tiempo antes del que viene a estudio.

Que también valoran que se lo contó a la Lic. F., mas ya se ha dicho cómo valora su contenido la experta; en cuanto al hecho que también se lo contara a la Lic. G., del Servicio de Asistencia a la Victima, no menos necesario es precisar que se desconocen las razones por las cuales tal testimonio se produjo (y con qué recaudos) ya que, de haber existido, desoye no solo el más elemental de los protocolos para la investigación de casos de ASI sino que, a la sazón, excedería el marco de actuación del Servicio.

21.- Por el contrario, y en un todo de acuerdo con el voto de la minoría, entiendo que la única determinación concreta del posible día de los hechos fue, tal como acreditó la defensa, el día 9 de mayo de 2017 (conforme los dichos del niño y contrastados con las capturas de pantalla), pero, siendo que en ese día toda la familia se encontraba avocada a la búsqueda del niño, entre las 18 y las 23 horas, aproximadamente, incluso su padre (tal como da cuenta D. y su tía M.), resulta de toda evidencia que se ha instalado, al menos, una duda más que razonable acerca de la hipótesis acusatoria.

Sobre aquella teoría del caso fiscal es necesaria una pequeña digresión.

Es evidente que desde un principio, fue al menos errática la determinación concreta del hecho imputado; luce en el escrito de apertura de investigación que se dispone formalmente ella por el hecho *"ocurrido en fecha no precisa, situado en el mes de agosto del año 2017"*; luego, en la declaración en Cámara de Gesell, el niño comienza su testimonio corrigiendo presuntos dichos

anteriores –de los que se ignora en qué contexto habrían sido dichos-, diciendo que *"dije enero, pero como que me había equivocado, seguro fue agosto…"*; para luego el MPF, en su acusación, y a pesar de lo dicho por el niño, sitúa al hecho como sucedido en el mes de mayo, sin dar precisiones de la prueba en que se basa para ello.

Y es de observarse tal circunstancia, por ser el mínimo recaudo a observar para el respeto de la garantía de la defensa en juicio: la determinación concreta de la conducta atribuida; *"la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que atribuye al imputado…"* (art. 291, inc. 2, CPP).

Ha dicho el maestro Julio Maier que *"…para que alguien pueda defenderse es imprescindible que exista algo de que defenderse: esto es, algo que se le atribuya haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico con significado en el mundo jurídico, exigencia que en materia procesal penal se conoce como imputación… (la que)… no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, un relato impreciso y desordenado de la acción… sino que, por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular, de la vida de una persona…" (*Maier, Julio; Derecho Procesal Penal, I-Fundamentos, del Puerto, 2002, pág. 553).

Pero no solo eso. Luego de repasar toda la prueba rendida, en particular la declaración del niño en Cámara de Gesell y las conclusiones periciales de la Lic. F., surge diáfano que la imputación efectuada por la fiscalía fue más que deficiente.

Resulta de toda evidencia que el joven protagonizó una situación de abuso crónico, sostenido en el tiempo, que ha dejado improntas graves en su psiquis, pero, por razones que se desconocen, la Fiscalía ha optado por acusar a M. por un solo hecho, uno que si bien podría coincidir con los rastros hallados por la Dra. K., no puede precisarse en sus circunstancias de tiempo, lugar y modo ante la falta de credibilidad del testimonio de su víctima.

Está acreditado a través de la experticia

psicológica que el niño D. sufrió una situación de abuso crónico, pero el MPF no solo construyó su teoría del caso ciñendo el hecho a uno solo y concreto, sino que, en atención a ello, dirigió las preguntas en Cámara de Gesell (y la investigación toda) a ese fin, insistiendo con su teoría a pesar de la categórica constatación, a través de las capturas de pantalla y la declaración del niño y su tía M., de que ese único hecho no era, ni por asomo, capaz de ser verosímil.

22.- Por todo ello, en la inteligencia que del tratamiento de todo el "cuadro probatorio" producido en el debate no es posible afirmar con la certeza requerida que los hechos por los cuales recibiera acusación P. M. M. resultaron acreditados, es que corresponde acudir al *in dubio pro reo* para definir su situación procesal.

De la prueba producida en el juicio, surge de toda evidencia que al no poderse afirmar indudablemente que el hecho narrado por el niño se corresponda con la realidad, habida cuenta que ese mismo día estuvo siendo buscado por toda su familia hasta las once de la noche y que luego de ser hallado (y poco después de sufrir un ataque sexual por parte de su padre), se quedó a dormir con él, es que debe afirmarse, como lo ha motivado la minoría, que existe una duda razonable acerca de la verdad de la hipótesis acusatoria.

En síntesis, por los argumentos expuestos corresponde revocar el fallo venido en apelación, resolver la absolución del prevenido y disponer su inmediata libertad.

23.- Por el modo en que resuelvo propongo al cuerpo regular los honorarios de los Dres. C. y M. en la cantidad de TREINTA Y CINCO (35) JUS (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y ccdts. de la ley XIII-4, t.o. Ley XIII N° 15 antes decreto-ley 2.200), sin costas.

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. El detalle de los antecedentes de este caso que se encuentran desarrollados en el voto del doctor Alejandro Defranco, por lo que ingresaré sin preludios a los fundamentos del propio.

2. Aclaraciones previas.

En esta provincia del Chubut, una sentencia

condenatoria que merezca ser ratificada por un Cuerpo revisor, debe justificar la culpabilidad del acusado, en pruebas legítimas que la acrediten *indudablemente (art.7 del CPP)*.

Nuestro procedimiento penal prevé en el art. 329 que una condena pueda sostenerse con dos votos que se expidan en ese sentido, lo que transitiva y lógicamente nos lleva a considerar como posible un fallo condenatorio en un cuadro de mayorías.

En estos casos, pese a la deliberación, puede existir uno o varios puntos que no hayan podido ser consensuados en un único sentido entre los juzgadores.

Es por ello que en este tipo de situaciones, aquel magistrado que haya quedado en minoría, deberá identificar aquellas disidencias; y aquellos de la mayoría, deberán fundar las razones que justifican su distinto criterio sobre las mismas.

Con esta fórmula aplicada al presente caso, de cara al recurso que nos convoca, esta Cámara Penal revisará cuales son los argumentos de las dudas listadas por el juez Zaratiegui que lo hizo votar por la absolución del acusado, con los argumentos de los jueces C. y González, que debieron argumentar como han logrado superar las dudas de aquel colega.

3. De la supuesta arbitrariedad de los jueces González y C..

3.1 En el caso traído a conocimiento de este Cuerpo, existen dos versiones de un mismo hecho, que podríamos decir poseen idéntico peso, pese a sus sentidos contrarios sobre los extremos de su acaencia: la de D. L. F. M. (victima) que afirmó haber sido abusado una vez por su padre; y la de P. M. M. (el acusado) que lo niega.

Para poder confirmar la decisión de la mayoría del Tribunal, es necesario exigir que en cada uno de votos se encuentre el desarrollo de las razones que los han determinado a dar por cierto una versión por sobre la otra; y, como se adelantara en el acápite anterior, también las razones que los motivaron a superar las dudas del juez que quedó en minoría.

La que impugnó denunció a los jueces mencionados en el título de este acápite, de realizar un análisis

parcial y arbitrario de la prueba vertida en el debate, al evadir un debido tratamiento totalizador del material probatorio reunido, con serias fallas "…en la lógica y en la experiencia de la sana critica racional…", que culminaron por tener por acreditada la materialidad ilícita y la autoría del hecho achacado a su cliente.

Por todo ello, he de comenzar con los argumentos de ese juez de disidencia, doctor Cesar Zaratiegui, comparándolo con el de sus colegas.

3.2 La primera cuestión que determinó su distinta posición en el fallo, tuvo que ver con el testimonio brindado por D. M. en Cámara Gessel. He de adicionar a este punto, la cuarta y última cuestión listada por el juez, referido al análisis de credibilidad de dicho testimonio, elaborado por la licenciada P. F., puesto que tienen directa vinculación, y me facilita el análisis.

Partiendo del dictamen de la licenciada, el doctor Zaratiegui coincidió en que el relato del menor no es creíble.

a- Dudó de las referencias del niño, en cuanto a que luego de una intrusión sexual como la denunciada, se haya quedado dormido.

b- Dudó de las referencias del niño, vinculadas a detalles previos del hecho, como haber llegado a la casa de su padre luego de la escuela, y haber variado el relato ante preguntas de la defensa.

c- Dudó de las referencias del niño, vinculadas al tiempo en que habría ocurrido el hecho, ya que primeramente habría dicho que fue en enero, para luego decir que fue en agosto, sin justificar el mes inserto en la acusación fiscal, que habla que el hecho ocurrió en el mes de mayo.

d- Dudó de las referencias del niño, que dijo que nunca le pegó su papá, para luego decir que cuando estaba borracho lo hacía a veces.

e- Dudó de las referencias del niño, a que el abuso fue una sola vez, cuando el dictamen de la experta habla de una víctima de abuso crónico (nunca referida por el joven), y que su testimonio no tiene correlato entre lo que presenta y lo que refirió como vivencia, cargada de

contradicciones e imprecisiones importantes.

f- Dudó de las referencias del niño, en comparación a la pericia ginecológica, que si bien certificó que hubo penetración anal, dio también la pauta que pudo haber ocurrido una o varias veces.

Estos puntos para el juez que votó por la absolución, lo determinaron a sostener, como idea fuerza de su disidencia, que si lo que contó el chico no es creíble, "…entonces lo que se pone en duda es la propia acusación."

3.3 ¿Qué dijeron los jueces penales de la mayoría respecto de estas dos cuestiones?.

3.3.1 Quien obró como presidente del Tribunal, Doctora Ivana González, dijo que el testimonio del niño no es contradictorio ni mendaz. Avaló esta idea con la conclusión de la forense quien, a dichos de la magistrada, "…concluyó en que si bien el relato no es creíble porque tiene huecos y le falta información que el joven no relevó, es veraz y no fabulatorio".

Tuvo en cuenta que la víctima recién ingresada a la adolescencia con post-trauma al momento de la entrevista, sentía mucha culpa y vergüenza por lo vivido, y eso no puede soslayarse al momento de valorar la veracidad del señalamiento efectuado. Estimó que el joven ha sufrido un abuso sexual crónico, "…a pesar de relatar un episodio único…". Agregó la juez que su cuerpo relata algo "…casi…" idéntico a lo que describió.

3.3.2 Por su parte el doctor Gustavo C. partió en su análisis poniendo como horizonte para valorar la versión de la víctima, el hecho que se encontraba, meses después del hecho supuestamente padecido, con stress postraumático, con lesiones físicas y psíquicas.

Dijo el sentenciante que *más allá de las contradicciones*, de ninguna manera las mismas poseen entidad suficiente como para desvirtuar la prueba de cargo existente contra el acusado.

Tras la ponderación de la declaración de la licenciada F., dijo que si bien se indagó en el juicio de un hecho ocurrido en el mes de mayo del año 2017, la sintomatología que presenta el menor es de una situación abusiva de carácter crónico, de larga data, que "…de

ninguna manera se niega el único hecho que manifiesta haber sufrido…”.

Acusó a la defensa de fragmentar los hechos, bajo la afirmación de que si el menor presentaba síntomas de abuso crónico, un único hecho denunciado de ninguna manera podría generar tales consecuencias psíquicas.

3.4 Tras una ardua deliberación con los distinguidos colegas de esta Cámara, hemos arribado a una unánime decisión.

3.4.1 La dificultad de la solución ha venido con la complejidad de la prueba producida, base misma de la imputación contra el acusado. Y lo complejo no ha sido todo el plexo, sino el testimonio de la víctima y su dictamen pericial.

Nuestro código procesal establece el sistema de libre valoración de la prueba, lo que equivale a decir que el tribunal puede creer o no a un testigo en particular, aun como en el caso, de un único testigo de un hecho. La carga de los jueces es ponderar lógica y racionalmente el valor de convicción del testimonio, fundando su decisión al momento de redactar el fallo.

Si todos los testigos valen, *"su peso"* dependerá de las condiciones de credibilidad específicas de cada caso.

Por otro lado, no puede ser desconocida la inconveniencia que existe en la comprobación de hechos de abuso sexual, lo que exige la máxima de las prudencias al momento de valorar el material producido a su respecto.

En este tipo de delitos se caracteriza particularmente la existencia mínima o casi nula de elementos probatorios que acrediten el injusto.

En este punto deviene oportuno recordar que *“Hoy en día podríamos decir que los estándares de prueba que utilizan los tribunales a la hora de juzgar estos delitos comienzan desde el reconocimiento acrítico de un presupuesto que se transformó en muletilla de cualquier veredicto de condena: el niño nunca miente. En general, esta afirmación parte de la idea de que las características de los delitos contra la integridad sexual (consumación en un ámbito privado, sin testigos*

presenciales y, en muchos casos, sin evidencias o signos físicos en el cuerpo de la víctima) erigen al testimonio de la NNyA (abreviatura de NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, efectuada por los autores) *en la prueba dirimente a la que se pueda acceder. Y he aquí el quid de la cuestión; no se trata de sepultar el valor probatorio de la testigo NNyA sino de abrir al conocimiento el modo de llevar adelante el juicio de mérito a partir de los diferentes parámetros que deben utilizarse para determinar su eficacia en el caso concreto. En otras palabras, desterrar la idea de que la NNyA siempre dice la verdad no implica invertir el titulo para afirmar que siempre miente. Lo que se pretende demostrar es que los testimonios de la NNyA, como cualquier otra prueba (a lo que obviamente se agregan las particularidades constitutivas y distintivas de la NNyA por oposición al declarante adulto), presentan claroscuros que debenser adecuadamente analizados y escrutados a fin de no caer en simplismos que lleven a convalidar sin juicio crítico condenas con base en testimonios de dudosa credibilidad."* Del trabajo "Valoración de la prueba y delitos contra la integridad sexual" de Carlos S. Rego y Pablo A. Zalazar, incluido en el tomo 22 de "Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", dirección Leonardo G Pitlevnik, pág. 241/242. Editorial Hammulabi- José Luis Depalma.

3.4.2 Al análisis del fallo, surge evidente que los tres jueces han sometido la versión del menor a un examen objetivo tendiente a valorar agudamente su relato, en clave al dictamen de la licenciada P. F..

Tras ese examen, llegaron a las siguientes conclusiones: que la licenciada no encontró elementos para certificar la existencia de factor externo que pudiera influir en el ánimo del niño; que D.
M. presenta muchísimos indicadores de abuso sexual; que no hay correlato entre lo que presenta, y lo que refirió como vivencia en el testimonio.

Hasta aquí podemos encontrar coincidencias en los votos de los jueces, coincidencias a modo de certezas que se comparten.

3.4.3 En lo que no coincidieron los magistrados,

fue en las consecuencias que genera la interpretación de ese testimonio, de cara al análisis de los presupuestos facticos que debieron acreditarse en el juicio.

¿Cómo es esto?

Muy sintéticamente podemos decir que cuando el Estado pretende llevar una causa investigada a la instancia del juicio, debe conformar lo que técnicamente se denomina teoría del caso que se compone de tres elementos: presupuestos fácticos, evidencia y una teoría normativa; algo así como hechos que sean reprochados como delitos, posibles de ser probados.

Cada uno de estos elementos es indispensable, por lo que si falta alguno de ellos, el Estado no tendrá una teoría que amerite la realización de un debate.

Con esta necesaria obertura, el problema en el presente, reitero, fue la evidencia testimonial de la víctima, y su proyección en la decisión de los magistrados.

Así, para los jueces González y C. el testimonio de la víctima logró sostener los hechos acusados, mientras que para el juez que quedó en minoría no.

3.4.4 Las referencias declaradas por el niño vinculadas al tiempo en que habría ocurrido el único hecho denunciado (individualizada en este voto como duda "c" del juez Zaratiegui), es acaso uno de los extremos más patentes de contradicción.

Al control de la Cámara Gessel, a partir del minuto 14.43, apenas comenzado su testimonio, D. arrancó diciendo que si bien antes (no se sabe bien en qué oportunidad) le había dicho a la psicóloga F. que el abuso lo habría sufrido en el mes de enero, se había equivocado, que "seguro" le pasó en el mes de agosto, "del otro año".

La individualización del mes de ocurrencia del único hecho que el niño refirió, no sostiene el presupuesto factico temporal de la fiscalía, que acusó por un hecho ocurrido en fecha no precisa, pero situada en el mes de mayo de 2017.

Pese a acusar por la realización de un solo hecho abusivo cometido por el acusado, la fiscalía no justificó por qué lo circunscribió al mes de mayo del año 2017,

que no fue el indicado por la víctima.

Es más, en el libelo de apertura de investigación, se había incluido el mes de agosto como el de la ocurrencia del abuso, más luego se insertó el mes de mayo, sin justificar el porqué del cambio.

3.4.5 Por otro lado, de acuerdo a lo declarado por el niño, el abuso padecido en manos de su padre fue una sola vez (escuchar a partir del minuto 17.03 del soporte, vinculada en este voto como duda e) del juez Zaratiegui).

Si analizamos el testimonio cual lo analizaron los jueces, teniendo presente el dictamen de la perito forense, se colige que nuevamente no condice los dichos del niño con la base acusatoria. D. posee sintomatología de ser una víctima de abuso crónico, pese a que el joven nunca habló de haber padecido más de un hecho.

Esta situación de la víctima explica las innumerables contradicciones e imprecisiones de su testimonio, que no pueden ser obviados por los jueces.

3.4.6 El nudo de este punto es dilucidar si esta criatura, sin dudas sumida en un stress post- traumático, aportó suficiente evidencia para sostener los presupuestos fácticos de la teoría del caso, tal cual fue presentada por la fiscalía.

A diferencia de los jueces C. y González, coincido con el juez Zaratiegui y estimo que la respuesta es no.

En ningún tramo del debate, ni aun en el alegato de cierre, la acusadora justificó ni dió respuesta al interrogante que satelitó el juicio: porqué acusó por un solo hecho, ocurrido en mayo de 2017.

La circunstancia sostenida por el niño, en cuanto fue abusado una sola vez, no condice con los indicadores encontrados por la licenciada F. e incluso con los de la doctora F. K..

Recordemos que la pericia ginecológica, certificó que hubo penetración anal, más al momento de declarar, la médica dijo también que pudo haber ocurrido una o varias veces.

Hasta aquí, hemos advertido desde esta Cámara Penal que hay contradicciones y probabilidades en la versión de la víctima, que fueron marcadas por la psicóloga forense, y también por la galena, que desestabilizan la

certeza sostenida como pilar por la mayoría, e imponen dudas.

F. reiteró varias veces en el debate, que hay mucha sintomatología vinculada a un abuso crónico, y si bien no encontró síntomas de "…una tendencia a la fabulación patológica…" (escuchar minuto 46.40 del soporte que contiene la diligencia), conceptualizó al relato como "confuso", al menor le costaba ordenar temporalmente, tiene contradicciones, y a criterio personal de la experta, no era acorde al tipo de ataque que refería, es decir a un único ataque sexual violento (minuto 48.50).

Sin tapujos dictaminó que no encontró correlato entre lo que el niño presenta como sintomatología y lo que refirió como vivencia. Eso torna a su relato no creíble (minuto 47.15). "*Él, (D.) hace un relato de un episodio único de una violación y la sintomatología que presenta es de un abuso crónico y de larga data, ¿sí?*" (minuto 51.38)

3.4.7 Así las cosas hasta ahora, podríamos válidamente suponer que al conformar su teoría, la fiscalía estuvo ante dos alternativas: la primera, de acusar a P. M. M. por un solo hecho, como lo declaró el menor, y pretender probar con su testimonio esa circunstancia; o bien pese a lo declarado por D., acusar por un abuso crónico, lo que hubiera determinado una calificación legal por delito continuado, en donde sostendría dicha modalidad con los dictámenes periciales referenciados.

La fiscalía optó por la primera alternativa, pero no se hizo cargo de los dictámenes psicológicos y médicos que lo ponían en jaque.

Pero hay más.

3.4.8 Si estos dos extremos referidos a la materialidad del delito imponen dudas que no se pueden superar, se adiciona el tema de la autoría también cuestionada por la pretensa.

Yendo nuevamente al testimonio del niño, a partir del minuto 15.25 del soporte, indicó a su papá como al autor del delito padecido. La licenciada F. encontró un hueco entre lo que al chico le pasó realmente y lo que el chico relató, "*…ya sea porque se trata de otra*

situación, porque no ha contado la totalidad de lo que le ha sucedido…".

En la evaluación de dicho testimonio, dictaminó que lo que la víctima dijo, supera la situación relatada (escuchar a partir del minuto 52.59).

Respondiendo a preguntas de la fiscal, la psicóloga dijo algo sumamente trascendente, que lleva a la solución del caso: dijo que puede estar ocultado información, que no lo quiera contar, concretamente
sugirió como posibilidad que puede ser que la víctima "*…esté escondiendo información…*".

Más adelante, otra vez repitió esta misma premisa, y agregó que el niño pudo haber tenido otros episodios abusivos y no haberlo contado, en otras circunstancias, con otras personas (minuto 01.02.01).

Esta aseveración catapulta cualquier certeza que pueda llegar ser sostenida, tanto en la materialidad como en la autoría.

Aquí se justifica aquello que fuera advertido al principio de este acápite: la declaración del menor ha sido compleja, dijo menos de lo que le pasó, y lo que dijo es confuso, contradictorio y no creíble.

Sobre este punto, debemos decir que, muchas veces relativizada por los litigantes, constituye su carga la de acreditar debidamente a las personas que han de declarar en un juicio, incluso la de victimas menores de edad. Esta carga no posee un protocolo para lograr el objetivo de persuadir al decisor (sea este un juez técnico o un jurado) de la fiabilidad de la persona que ha de testimoniar.

Como enseña Gonzalo Rúa en su obra "Examen Directo De Testigos" (Ediciones Didot, 1ª edicion, 2015, página 114), "*…la acreditación es siempre flexible y depende de cada testigo y de las proposiciones fácticas que pretendamos incorporar con él. A mayor relevancia del testimonio, mayor será la necesidad de acreditarlo.*"

La acusadora poco y nada hizo para cumplir con esta labor.

Es que la subjetividad en el relato de los testigos, es parte de su esencia. Todas las personas perciben la realidad y la interpretan desde un punto de vista, lo

que los hace únicos. Cada ser humano que pretenda realizar un relato de algo percibido por sus sentidos, tomará una perspectiva, coincidente o no al de otro sujeto. Cuanto mas subjetivo que un relato de un niño abusado.

La sospecha de mendacidad del testimonio del joven, introducida por la misma prueba de cargo de la fiscalía (licenciada F.), debió determinar en la acusadora, una mejor labor tendiente a la acreditación de D. como testigo y de sus dichos, para que su esquema probatorio realmente funcione.

Si tuviera que sacar una conclusión, diría que el niño contó una mentira con partes de verdades: le pasó muchas veces, muchas cosas, posiblemente con el papá y/o con otras personas.

Que haya construido una mentira con verdades no torna al hecho en verídico. De ahí lo crudo de decir que su relato concreto, el referido por la fiscal en la acusación, no es creíble.

Considero que el niño contó lo que pudo, como pudo, y cuando pudo; con vergüenza porque se refiere a su sexualidad, y de seguro con dolor, porque se refiere a su padre.

Mas la calidad del testimonio tras el tamiz de las pericias psicológicas y medicas producidas a su respecto, no justifica la condena. No la sostiene.

3.4.9 Discrepo así en la consecuencia dadas por los jueces de la mayoría al testimonio.

Estimo también que no dieron suficientes fundamentos que justifiquen la superación de los interrogantes que invadieron a la minoría, y con ello el estadio de conocimiento arribado: certeza.

Nada dijeron de aquellas dudas de Zaratiegui, individualizadas en los incisos a, b y d del punto 3.2 de este voto.

La juez González tuvo por probado la cronicidad de abusos de distinta índole y en distintas fechas, pero debió juzgar por uno solo, presentado por el Ministerio Publico Fiscal: el ocurrido en mayo de 2017. Ese, …ése no se probó.

Concluyó en la existencia de plena congruencia entre

la acusación, la defensa y la prueba, mas a los puntos agraviados y analizados en este fallo que no le dan razón a la magistrada, se agrega la valoración del testimonio del joven E. N., mejor amigo de la víctima. Dicho testigo, también en Cámara Gessel, dio cuenta de una conversación con D., cuyo contenido no se relaciona con un abuso sexual con acceso que fue el juzgado, sino un abuso sexual simple. Es decir que esa prueba dio cuenta de otro hecho, no del debatido en el juicio.

El juez C. reconoció contradicciones en el testimonio de la víctima, sin perjuicio de las cuales estimó que ninguna de ellas posee entidad suficiente para desvirtuar la prueba de cargo existe contra M..

No obstante a los puntos agraviados y analizados en este fallo que no le dan razón al magistrado, se destaca la sustracción de todo valor al testimonio de M. M., por ser un testigo interesado, y a las capturas de pantalla por ella aportado, por haber votado en contra a su incorporación en el juicio.

Esto último, es decir votar por no ingresar una prueba nueva al juicio, no lo exime al juez de valorar dicha evidencia, si es que quedó en minoría ante la incidencia.

Finalmente, si tomamos por cierto que el día de la búsqueda que dieron cuentas esas capturas de pantallas, y la versión de la hermana del imputado, esto es el martes 9 de mayo de 2017, surge evidente que el hecho denunciado no pudo cometerse a la hora señalada por la fiscal, puesto que en ese horario la víctima era objeto de una intensa búsqueda, incluso de la policía.

3.4.10 Con todo ello, tengo para mí que no hay certeza del hecho acusado, que sostuvo uno solo abuso sexual, ocurrido en el mes de mayo de 2017.

Surgieron en el debate otras cosas, por las que no se lo puede condenar, ya que no le fueron intimadas al imputado.

En este peldaño de análisis y a modo de conclusión, podemos afirmar que bajo el ropaje de un abuso crónico no intimado al acusado por el Ministerio Público Fiscal, se justificó una teoría por la que en definitiva se impuso condena, relativa a un único hecho que no fue

acreditado.

3.5 Atento el carácter dirimente de estas dos cuestiones que se incluyeron en las dudas de la minoría, me exime del análisis de las otras dos referidas a la develación y a la búsqueda del menor por las redes sociales.

4. Es indispensable que un A Quo dé plausibles y suficientes fundamentos que justifiquen la certeza absoluta, en una sentencia condenatoria. Recordemos que el juicio de culpabilidad debe ser indudable (léase sin ninguna duda).

El sistema de valoración de las pruebas denominado de la "sana crítica racional", que sigue el CPP en su artículo 25, establece que "*…la determinación y eficacia de las pruebas se hace a partir de la utilización de reglas lógicas y de las llamadas máximas de experiencia, conformándose así una compleja trama lógico-experimental que debe ser expuesta como razón motivante de la sentencia. Estas reglas exigen que la apreciación de la prueba se realice sobre la base de la lógica, la psicología y la experiencia común, todo lo que conforma la sana crítica racional del entendimiento humano" (CHAIA, Rubén. "La prueba en el proceso penal". Edit. Hammurabi. 2da. Edición. Año 2014, p. 167)*.

Ello así, tras el necesario cotejo con el material probatorio en el juicio, considero que la mayoria del A Quo no ha dado suficiente contrapeso al planteo de la defensa, por lo que se impone la duda que por mandato legal beneficia al acusado.

Es por todo ello que voto por revocar la sentencia venida en revisión, y por imperio de ley, disponer la absolución de quien fuera condenado, quien deberá recuperar su libertad al finalizar la lectura de esta sentencia.

5. En materia de costas y honorarios, adhiero a la propuesta del primer votante.

Así voto.

El Juez Hernán Dal Verme dijo:

Los antecedentes del caso han sido suficientemente expuestos por los colegas que me anteceden en la votación, por lo que he de señalar únicamente que el

recurso en trato se sustenta en un único motivo de impugnación. Efectivamente, los Dres. M. C. y R. M., deducen la impugnación ordinaria en análisis, cuestionando la sentencia dictada por el Tribunal Colegiado que realizó el debate, haciendo hincapié en que la reconstrucción fáctica de los hechos motivo de acusación, no ha respetado las pautas que rigen el sistema valorativo de la prueba, y que los sentenciantes nunca pudieron arribar a un cuadro de certeza que posibilite sustentar un pronunciamiento condenatorio.

Fundamentalmente indican que, de acuerdo a lo narrado por la propia víctima, los hechos habrían ocurrido el mismo día en que el niño estuvo perdido por varias horas, y que de acuerdo a lo que pudo reconstruirse sobre tal episodio, el relato ligado al ilícito imputado, no resulta creíble. Por esa senda concluyen los recurrentes que el cuadro probatorio es dudoso, en particular en lo relacionado a la autoría del hecho, y que por lo tanto debió absolverse a su pupilo procesal, el señor P. M. M..

Los hechos que constituyen la base fáctica sobre la que versó la acusación pública ya fue transcripta precedentemente, por lo que no he de hacerlo nuevamente.

Para abordar la cuestión, considero ineludible exponer el relato de la víctima. Ello así, por cuanto el MPF basó su teoría del caso en los dichos del adolescente, un único hecho en el que D. M. señaló a su padre como el autor del ilícito contra la integridad sexual ventilado en el juicio oral.

Con tal norte, haré referencia a aquellos aspectos del extenso relato, obtenido mediante el sistema de Cámara Gesell, que guardan relación con el hecho, en particular, sus circunstancias de tiempo y modo.

Respecto su horario escolar, la víctima dijo que *"yo entraba a la una a la escuela, o a la dos, o más tarde, y salía como a las siete o a las seis, o a las cuatro. Cuando salía de la escuela le avisaba a mi abuela que me había ido a la casa de mi mamá para así mi papá no estaba preocupado y después me iba a la casa de mi abuela, porque lo esperaba a él".*

Al ser preguntado respecto del hecho, comenzó

señalando que se había equivocado, que no ocurrió en enero, sino en agosto del año previo a la entrevista, es decir, el año 2017. Sobre dicha modificación, dijo "*pensé que había sido un poco más pronto porque pasó muy rápido, no sabía qué decir porque estaba asustado, tenía miedo que él me pegara o algo así*".

Respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, el niño dijo en diferentes tramos de su declaración que "*Era un fin de semana me parece*". Allí la entrevistadora enfatiza la necesidad de que diga la verdad, tras lo cual el joven continúa su relato, agregando "*Yo había ido a la escuela, y me había peleado con un amigo, porque no sé qué me estaba diciendo, y justito lo agarré y lo empujé y me agarraba y me pegaba así, y empezamos a pelear. Y después de ahí me sentí medio enojado, y después me volví a la casa con bronca me quede en la casa de mi papá, llego mi papá y se fue a donde el amigo, digamos que es como su papá es. Y cuando se hizo de noche yo estaba muy cansado porque había jugado con mis amigos allá en la esquina, estábamos jugando a la pelota y justito me pegaron un pelotazo, me enojo y reacciono. Y después vuelvo a mi casa enojado de nuevo y me duermo y mi papá llega. Y después sentí algo que me tocaban en el culo y le estaba diciendo basta que no me toque así*".

Le pregunta la Lic. F., ¿a quién le decías eso? "*A mi papá… Sí. Y después decía que si decía algo me iba a pegar o algo… Estaba mamado, como furioso no sé qué, porque algo le había pasado… Si contaba algo me iba a pegar, o me iba hacer eso de nuevo. Y yo quede muy asustado, y me quede callado. Me agarraba la boca para que no gritara o algo…. Me penetro por dentro… Por acá abajo, en el ano… Con el pene… Me penetro y lo tuvo un buen rato y después lo saco y yo quede muy asustado y me dolía tanto que cuando iba a la casa de mi mamá no podía hacer caca y no podía ir al baño me dolía, y mi mamá pensaba que era por la comida. Y después mi mamá estaba hablando conmigo porque me llevaba muchas materias y ahí le conté que papá me hizo eso. A mi mamá le impacto y todo eso.*"

La entrevistadora le pregunta cuantas veces había

ocurrido esto, a lo que el testigo respondió "*Una vez… la única vez, pero fue como un castigo o algo…*"

Le pregunta la psicóloga la razón por la que sintió que se trató de un castigo, manifestando que fue por "*La forma de que me penetraba por dentro, me hacía doler mucho y me miraba con una cara de bronca… Me miraba como medio enojado y a la vez como feliz… Así… Como feliz y enojado… Cuando me di vuelta así y él me agarraba la boca, trataba de dar vuelta para mirarlo y me miro con cara de enojado…*"

En relación al lugar físico del hecho, dice que "*en una pieza, porque nosotros tenemos dos piezas y una está vacía, porque mi mamá se llevó la cama de nosotros. Una cama marinera era que nosotros habíamos comprado y después la llevamos para allá, y después mi papá yo dormía con mi papá al lado de él en una cama de dos plazas y después ahí hizo eso… Estaba acostado boca arriba y me levanto así y sentí algo y me tapo la boca, y estaba como arrodillado, arrodillado estaba… Si… Una remera y un pantalón corto… Me la saco, me bajo el pantalón y me saco la remera…*"

Le preguntó la profesional si en alguna oportunidad otra persona le había hecho lo mismo, a lo que D.M. respondió negativamente. También le preguntó al testigo si había alguien más en ese momento, respondiendo a ello "*Mi abuela estaba durmiendo arriba con mi abuelo, pero como ellos son medios sordos y no escuchan, están muy viejos y no escuchan nada y para que yo no grite me tapaba la boca…*"

Luego comenzó a narrar lo que ocurrió con posterioridad, diciendo "*Después no sé yo me dormí, y cuando yo me dormí y él se durmió también porque estaba muy cansado, después de hacer eso y después un día, coso, para que mi mamá no supiera que me fui le dije a mi hermano que no dijera nada… A la casa de un amigo, porque él me había hecho eso y quería irme un rato de la casa… No sé, era como muy de noche entonces… Era un fin de semana o sea un sábado o domingo puede ser, sábado…*" La entrevistadora le recuerda que había dicho que ese día había ido a la escuela, y responde que no. "*… Me fui para la casa de un amigo sin permiso, porque me había*

hecho eso…”

A otras preguntas, dice “*Si me desperté un rato y me fui a la casa de un amigo… Yo había dormido un rato, y mi hermano había aparecido de repente, mi otro hermanito, como digamos que fue como a las nueve… De la noche, y mi hermanito llego y yo le dije que no diga nada y salí a escondidas y me fui… Si… De un amigo, que mi mamá conocía en la iglesia… C. y la mamá no me acuerdo… Me quede ahí un rato, después me fui me andaban buscando, y mi papá estaba calmado y sobrio…*”

Ya a partir de este tramo del relato, el niño vincula el hecho con otro, el episodio en el que se fue a la casa de un amigo, y a raíz de ello lo comenzaron a buscar familiares, conocidos, e incluso la policía. Narró, que lo encontró su hermana cuando estaba regresando a la casa de su padre.

Este hecho, según la defensa, ocurrió el 9 de mayo de 2017. El suceso existió. No lo menciona únicamente la hermana del imputado, sino también la hermana de la víctima, y las fuentes probatorias indican, con un considerable grado de consenso, que la búsqueda concluyó entre las 23 y 24 hs. del día de la desaparición, cuando el niño regresó a la casa de su padre, aparentemente acompañado por la madre del amigo de D.M., con quién habría estado jugando. A partir de las capturas de pantalla de Facebook, la defensa afirma que determinó la fecha exacta, el 9 de mayo de 2017, un martes.

Al preguntársele al niño si había ocurrido otra situación semejante con posterioridad al hecho que contó, D.M dijo “*Me tocaba la cola pero no me penetro*”.

También señaló que después de haberle revelado los hechos que le ocurrieron a su madre, se los contó a un amigo, M. N..

Luego de una interrupción, la entrevistadora le vuelve a pedir precisiones sobre el aspecto temporal de los hechos, a lo que el testigo agrega “*Digamos que, dije que era el sábado no…* No importa lo que dijiste, lo que quiero que pienses qué es lo que recordas? (le remarca la Lic. F.) *Bueno el sábado, bueno a veces yo el sábado tengo talleres, a las diez de la mañana, hasta no sé qué hora, porque soy como medio*

ignorante no me pasa nada la hora… Si, y ahí me peleé con… con un amigo, con un amigo llamado M.… Digamos como a las doce o a las once, o un poquito más tarde, porque no sabía nada la hora…"

Dice luego que cree que salió antes del taller, y que de allí fue a la casa de su mamá, se bañó y después "*me fui a la casa de mi papá a desayunar y después comí… después de un rato más desayuné y comí… comí con él, con mi abuela y mi abuelo… después me quedé ahí, sentado esperando hacer algo y después me fui con mis amigos a jugar* (allí es que jugó al fútbol y se peleó con uno de los chicos) *con un amigo llamado Y.… No le quise hacer nada porque él es como chiquito, tiene como ocho años como M.. Y él me pegaba todo pero yo no quise hacer nada porque no quería tener problemas con él… Entré a la casa y no había nadie y después me fui a la casa de mi abuela a mirar la novela con ella… Y después me fui abajo y estaba él y se fue a buscar el celular, y después se fue de nuevo, y después yo me fui a dormir, y después paso eso… A las nueve de la noche… ¿Cómo se llama? Mal de Amores…* (haciendo referencia a la novela que vio con la abuela)".

La Lic. F. le vuelve a preguntar si el episodio ocurrido en torno a que se fue a la casa de su amigo sin permiso fue el mismo día en que se produjeron los hechos denunciados, respondiendo que sí.

También le preguntó por el grado que cursaba en la escuela cuando sus padres se separaron, a lo que respondió "*estaba en primer año, sexto, quinto, cuarto, tercero, me parece…*"

Tras una nueva interrupción, y en virtud de los interrogantes planteados por las partes, la psicóloga forense le vuelve a preguntar al niño respecto del horario del hecho, quién responde "*a las nueve… nueve y algo, por ahí…*".

Transcribiré desde aquí, del modo más fielmente posible las preguntas y sus respuestas. ¿A la nueve es cuando estabas acostado, decís: "*Si*". ¿Y vos después de eso decís que te dormiste? "*Sí*". ¿Pero después decís que te fuiste a lo de tu amigo? "*Sí*". ¿Cómo fue eso a ver, contame un poco en el tiempo para que yo entienda? "*No*

porque me dormí así como no sé cuantos minutos, como cinco o diez”. ¿Te dormiste un ratito y te levantaste? “*Me levanté por que escuché un ruido”*. ¿Y qué pasó, a ver? “*Apareció mi papá, y yo pensé que se iba a acostar y dormir no más, pero me agarró y me penetró”*. ¿Bueno y después de que te penetró, vos dijiste que ahí se durmió? “*Sí”*. ¿Y qué paso? “*Y, después apareció mi hermano”*. ¿Aparecieron tus hermanos ahí, y después que paso? “*Le dije a mi hermano que no diga nada”*. ¿Que no diga nada, aparecieron tus hermanos en la casa de tu papá? “*Sí”*. ¿Solitos fueron? “*Sí”.* ¿A las nueve de la noche más o menos? “*Sí”*. Bien, ¿entonces ahí es donde le dijiste a tus hermanos que no dijeran nada porque, qué ibas a hacer vos? “*Porque yo me iba a ir a la casa de un amigo”.* ¿Y no le dijiste a la casa de quien, sí o no, le dijiste o no le dijiste? “*No le dije”*. ¿Y te fuiste? “*Si me fui no más”*. Que te fuiste a la casa ¿de quién?, me olvidé, “*C.”*. ¿Y te quedaste en la casa de C.? “*Sí”.* ¿En la casa de C. estaba C., la mamá, la hermana, el papá y la otra hermanita. Vos decís que esto pasó a las nueve y que después te volviste de la casa de C. como a las once, pero que te buscaba todo el mundo? “*Sí”.* ¿Qué te acordas de esa noche, quienes te buscaban? “*Mis primos que son E., F., y no se quien mas no me acuerdo tanto y después mi amigo E. y el papá de él”*. Y la policía, ¿te buscaba? “*Sí”*. ¿Porque te buscaba la policía? “*Porque pensaban que estaba perdido o que me había pasado algo”.* ¿Y entonces cuantas horas estuviste desaparecido? “*Si me fui a las nueve entonces volví a las once así que…*” Dos horas? “*Si”*. Y ¿en dos horas te buscó toda esa gente, policía? “*Sí”*. ¿Vos, estás seguro de la hora, o estas, supones que era esa hora? “*No estoy seguro”*. Bien y cuando te encontraron, ¿qué paso, quienes estaban? “*Estaban todos llorando preocupados y me agarro mi hermano y me abrazó, y se puso a llorar y yo también me puse a llorar y pensé que alguien me iba a pegar, o algo me iban a retar, me iban a castigar pero no me hicieron nada…*”

Tras este relato sobre lo ocurrido, finalmente el niño cuenta que luego de ser encontrado se quedó a dormir en la casa de su padre, no así sus hermanos que

pernoctaron con la madre.

Lo más significativo que puede extraerse hasta aquí, es que el niño une irremediablemente el hecho imputado con otro en el que su familia salió buscarlo por la ciudad porque no podían encontrarlo.

Como mencioné en párrafos anteriores, el segundo hecho ocurrió el 9 de mayo de 2017, un martes. Por su parte, el niño ubica el hecho un sábado, en el que tiene taller por la mañana.

La secuencia que narra podría resumirse del siguiente modo, D.M. fue a clases, recordando que se peleó con un compañero. Luego fue a la casa de su padre, mencionando que éste se fue a lo de un amigo. Tras ello, el niño fue a jugar a la pelota, y al volver se acostó porque estaba muy cansado. Fue allí, según el relato, que el imputado lo accedió por vía anal. Luego se quedó dormido por unos minutos, siendo despertado por su hermano menor, que llegó a la casa en ese momento. Fue allí, siendo las 21 hs., que se fue a la casa de C. R., sin decirle a nadie. Ello motivó que lo salieran a buscar parientes y amigos.

Finalmente, siendo las 23 hs. aproximadamente, volvió a la casa de su padre acompañado por la madre de R..

Allí fue donde su hermana lo divisó, en las inmediaciones del domicilio del acusado.

Al concluir el debate, se le dio la palabra al imputado, quién por su parte, dijo: "*En primer lugar, sería incapaz de cometer ese hecho, realmente, más con mis hijos, tanto que viví dos años con mis hijos, sólo, cuando mi mujer se fue del hogar, me abandonó con los hijos, yo los crie, yo les saqué los pañales. Y esta acusación, no queda, más clara que un resentimiento de una mujer que no deja ser feliz a una persona. Utilizando las artimañas, las ventajas, ser oportunista, de esa manera, colocando a una criatura sin pensar en el futuro, sin el daño psicológico del nene. No tener una personalidad, algo, algo concreto en la cabeza, creo que los análisis psicológicos no serían para mí tampoco. Sí los necesito, porque lo que yo tuve que pasar, todo este año, fue, éste año completo fue bastante complicado, pagando algo que no tengo nada que ver. Nunca se me pasó*

por la mente, dije muchas veces, ehhh, como este, las, cuando estaba el juez, en cada audiencia, siempre fui escuchando, siempre me gustó escuchar porque de ahí aprendo. Nunca presentaron nada de la fiscalía, mandé una carta, quise presentar, nadie me dio importancia. Incluso la denuncia que yo quise hacer nunca la policía me la aceptó, contra la mujer, para que no me molestara. Hay denuncias en la comisaría. ***Al nene, yo salí a las seis de la tarde a buscarlo yo cuando salía del trabajo y, hice la denuncia en la segunda, yo lo recibí al nene cuando la señora R. lo traía. Y yo, yo lo abracé a mi hijo delante de toda la gente de, muchísima gente que lo buscó, y lo buscó, y yo a las nueve de la noche le mandé un mensaje a la madre, a las nueve de la noche, mandé a buscar a la madre, y me dijo, vengo del gimnasio, el nene debe estar por ahí.*** *Si ustedes, yo pedí que le hicieran, realmente, un seguimiento muchísimas veces, nunca me dieron importancia. Porque yo a los nenes, así como ella apareció embarazada un día, me sacó los hijos, me está cometiendo, o sea, esto, mis hijos, no tienen que estar pagando estas cosas, yo tampoco. Soy incapaz de hacer esas cosas, y mis hijos recibir eso, no me quepa ninguna duda, me atengo a lo que la justicia quiere, pero yo a mi hijo lo puedo mirar de frente. Mis hijos a mí, no me pueden reprochar nada, mis hijos, el día de mañana, a futuro, a mí, no me pueden decir nada. Lo que no me, lo que no me dejaron dárselo, fue el impedimento de la madre, no fue un impedimento mío, estaba por recibir una vivienda, salgo con esto. Me estaba por salir de vacaciones con la señora que está atrás acá, por eso vino el conflicto. Porque yo le compré muchísimas cosas a ella, cosas que, siempre digo yo, que es una guerrera que te acompaña, la cualquiera busca el bolsillo, cuando yo encontré realmente una mujer, de verdad, una mujer que realmente, no es que uno, dice, el dicho que dice detrás de algún hombre hay una gran mujer, no, al lado de un buen hombre hay alguna mujer al lado. Cuando yo empecé a formar esto, y formamos las vacaciones, ese fue el dolor más grande de la mujer, que yo me iba de vacaciones con mi hijo y yo le dije a ella, y ella estaba de acuerdo, es esa situación. Ni que yo me vaya con los*

chicos. Para noviembre no aparecieron los chicos, para diciembre tampoco, enero me trajo la, la, mi patrón me daban la plata para que yo me vaya de vacaciones, tengo todo bajo papeles, todo lo que es el lugar en donde estaba alquilando para irme de vacaciones con los chicos, y con mi señora y su hijo. No soportó que yo pueda realizar una vida, siendo que mis hijos mismos, a mí me, ella misma llevaba, iba la gente y yo me hacía poner borracho, y ahora pregunten, no le preguntaron los otros día, dijo, estoy con un amigo de él. Claro, con el que iba a la casa conmigo, pero nunca, no soy rencoroso, ni reprochón, ni nada, porque no me interesa. Únicamente quiero ser feliz, nada más. Muchísimas gracias y mil disculpas" (he resaltado la mención concreta que hace el imputado de los hechos para facilitar la comprensión de la línea argumentativa que se trae).

Concordante con la fecha determinada a partir de las capturas de pantalla incorporadas por la defensa, el imputado –tal como surge de su declaración- comenzó a buscar al niño cuando salió de la escuela, a las 18 hs. La hermana, M. M. M., fue parte del grupo que buscaba a D.M. y señaló que había visto al niño, junto a R., en bicicleta, momentos después de la salida de la escuela. Este tramo del testimonio resulta concordante con el contenido de las capturas de pantalla que introdujo la defensa durante el debate, ya que dan cuenta –en el marco de la búsqueda que se organizó- de que la última vez que el niño había sido visto fue a las seis de la tarde a bordo de una bicicleta.

En definitiva, de la versión opuesta por el imputado emerge que ese día, 9 de mayo, el niño salió de la escuela y no fue a su casa hasta las 23 hs. y que durante ese lapso, familiares, amigos, e incluso la policía, lo buscaban.

La principal inconsistencia del relato, sobre el que el MPF basó su teoría del caso, emerge de la pregunta que la Lic. F. le formuló al adolescente, ¿cómo pudo ser que por haber desaparecido entre las 21 hs. y las 23 hs. hubiera tanta gente buscándolo? El niño responde que así ocurrieron las cosas, no logrando dar una respuesta o explicación que permita conciliar dos hipótesis

incompatibles entre sí.

En su alegato de cierre la Fiscal del caso no pudo dar una respuesta sobre la cuestión, tampoco lo hizo en esta instancia. La representante de la vindicta pública centró sus argumentaciones en afirmar que el niño presentaba signos psicológicos y físicos compatibles con un abuso sexual, y que siempre sindicó a su padre como el autor de los mismos, pero pasó por alto que intimó un único hecho, y que éste, dada la versión de la víctima, quedó ligado a la existencia de otro evento que introduce una hipótesis fáctica que pone en duda que el delito investigado hubiera podido ocurrir en ese momento. Es decir, sobre lo ocurrido ese día, hay dos hipótesis que resultan irreconciliables entre sí.

Esta inconsistencia es, a mi juicio, la que llevó a la Lic. F. a sostener que el relato no era creíble, a pesar de que pudo relevar una sintomatología compatible con un abuso sexual crónico en D.M.

Por otra parte, la existencia de esta hipótesis –búsqueda del niño- estuvo presente en la declaración del niño desde antes de judicializarse el caso, al igual que la pericia realizada por la Lic. F., circunstancia de debió alertar, no sólo sobre la complejidad del caso, sino sobre la necesidad de profundizar la pesquisa para lograr determinar si, efectivamente, ambos sucesos ocurrieron el mismo día.

En mi fuero íntimo creo que fueron dos hechos traumáticos diferentes, y que el niño, por alguna razón los unió en un mismo día. El estrés post traumático relevado por la perito oficial permite especular sobre un estado confusional, e incluso con la amnesia disociativa descripta en el manual de psiquiatría DSM V, que permitiría explicar lo que afirmé intuitivamente. Pero lo cierto, es que esto debió ser objeto de investigación por parte de la acusadora, ya que es quién tiene la carga de probar los hechos en nuestro sistema de enjuiciamiento.

Comparto con el Dr. Gustavo C. que los argumentos vertidos por la defensa, respecto de las dudas que genera el develamiento, no son atendibles, ni que exista una falsa denuncia, o que ésta estuviera motivada en un

encono personal por parte de V. B..

Hubo diversos elementos que llevaron a la denunciante a hablar con su hijo (malas notas, los comentarios que le hicieron desde la iglesia respecto de lo ocurrido en un retiro espiritual, e incluso la conducta inapropiada que D.M. habría tenido con su sobrina), y fueron éstos factores los que llevaron al joven a contar lo que le ocurría. En muchos casos, es la presión lo que lleva a las víctimas de ASI a romper el secreto que los involucra en este tipo de ilícitos.

También es lógico suponer que la señora B. omitió referir que en el develamiento estuvo involucrada la conducta de su propio hijo, respecto de su sobrina, por temor a que se descrea el niño, o que se le impute algún delito, pero no advierto ninguna circunstancia que, a mi juicio, permita suponer una falsa denuncia sobre lo ocurrido. Por el contario, la circunstancia de que la hermana de D.M., A. J. T., narrara éste aspecto del develamiento –que no presenció- da clara cuenta de que no medió un discurso armado o previamente ensayado.

Sin embargo de ello, y en lo que tiene que ver con la contradicción que se viene remarcando, respecto de la versión del niño y los hechos ocurridos durante la tarde del 9 de mayo de 2017, el análisis que realizó el Dr. C. se basó en descartar los dichos de M. M. y las capturas de pantalla de las publicaciones efectuadas por Facebook.

Para ello el Magistrado señaló que las publicaciones no debieron ingresar al debate, pero lo cierto es que el Tribunal Colegiado, por mayoría, las aceptó. De allí, que pese a su disenso, debió valorar dicha fuente probatoria y exponer su potencialidad para probar o descartar la propuesta defensista. No puede soslayarse aquí que la Fiscal nada dijo en esta instancia sobre la admisión de tal fuente probatoria.

En mi opinión, una vez que el Tribunal Colegiado admitió las capturas de pantalla y el interrogatorio directo de la hermana del imputado sobre los hechos (aunque fue ofrecida por el MPF como testigo de actuación en la diligencia de allanamiento) el MPF debió habilitar el interrogatorio de C. R. y su madre para establecer

qué había ocurrido, y de ese modo despejar las dudas sobre el episodio y sus horarios. Obviamente es la Fiscal quién conoce su caso, y habrá tenido sus razones para no hacerlo, pero el costo que asumió fue justamente el de mantener un velo de duda sobre lo ocurrido.

En definitiva, y más allá de las suspicacias que válidamente pueden formularse respecto del posicionamiento subjetivo de M. M., lo cierto es que con sus dichos corroboró el contenido de la publicación de Facebook que daba cuenta de que la búsqueda de D.M. se había iniciado a las 18 hs, es decir, tres horas antes de que el presunto hecho ocurriera, según la versión del niño.

Resulta tentador sostener que el hecho ocurrió otro día, pero tal afirmación conlleva violentar el derecho de defensa en juicio de P. M. M.. Al nombrado se le imputó un único hecho ocurrido en el mes de mayo de 2017, en su domicilio. Ese único hecho fue narrado por la víctima de modo que quedó atado a otro evento cuya ocurrencia pudo ubicarse en una fecha determinada, el 9 de mayo de 2017. Respecto de ello fue acusado M., y respecto de tal imputación fáctica se defendió. De allí que modificar dicha base fáctica, escindiendo la versión de la víctima en cuanto a que el presunto abuso sexual ocurrió un día y su extravío en otra oportunidad, implica violentar el principio de congruencia, como así también lo normado por el art. 332 párrafo primero del C.P.P., que consagra el principio referido.

Por otra parte, no debe pasarse por alto que, dadas las particularidades que presentan éste tipo de ilícitos, que ocurren normalmente alejados de la vista de eventuales testigos; resulta factible arribar a un pronunciamiento condenatorio sobre la base de la declaración de la víctima. He sostenido en varias oportunidades que cuando el relato presenta coherencia interna y externa, resulta un elemento suficiente para arribar al grado de certeza exigido por la ley para imponer una condena. He seguido en tal sentido los estándares trazados por nuestro Superior Tribunal de Justicia al respecto[1].

Ahora bien, cuando la coherencia interna y/o externa

del relato presenta fisuras, y, como en el caso, habilita alternativas igualmente válidas, una que permite afirmar la acusación y otra que la echa por tierra; la duda debe operar, como en cualquier otro delito, a favor del imputado por más grave y repudiable que pueda resultar la conducta.

A favor de la tesis acusatoria, puede argumentarse que el niño presentó una sintomatología compatible con la de un abuso sexual crónico. En igual sentido corren los vestigios relevados en la zona genital de D.M., ya que las lesiones que presentó fueron evaluadas como indicadores específicos de ASI. Todo ello, sin perjuicio de reseñar que la víctima hizo referencia a un hecho único.

El modo en que se produjo el develamiento, también va a favor de la teoría del caso fiscal.

[1] "*Todo testigo ha de ser examinado en sí y en relación con las demás evidencias que nutren el debate, otra manera de dar contenido a las categorías "coherencia interna" o "externa" de un relato que orbitan alrededor del examen. Con menos pulcritud y sapiencia, la noción de Taruffo. Cuando el relato del testigo se expone en un discurso que es expresión de una vivencia posible, carece de alteraciones, no es contradictorio en sí mismo, es nítido y persistente, cuando exterioriza acerca de percepciones ostensibles en un contexto temporo espacial concreto, hay coherencia interna. Cuando se corresponde con evidencia palpable, cuando se vincula con circunstancias de la causa que han sido traídas por otra vía, cuando encastra perfectamente con el todo, como una pieza que completa el damero, allí hay coherencia externa. Cuando se produce ese enlace la validez es indiscutible... En relación con los tipos de delito de la naturaleza del que ocupa debo admitir que se trata de "casos difíciles", pues como todo asunto que concierne a la determinación de abusos sexuales "crónicos" que además suceden en un contexto familiar, existen numerosos factores que inciden en el análisis de la prueba de cargo o de descargo. Esto conduce a aguzar los sentidos cuando, sana crítica mediante, se efectúa lo que los viejos maestros llamaban el pasar por la "zaranda procesal" a los elementos que se tuvieron a la mano a la hora de emitir un juicio…"* (autos caratulados "**IBARRA**, **Mónica Ester s/ denuncia abuso sexual**" (Expediente N° 22.215 - Folio 24 - Letra "I" - Año 2011).

En contra, debe tenerse en cuenta la negativa planteada por el propio imputado, quién negó los hechos, y argumentó ese día había estado buscando a su hijo desde que salió del trabajo. Las capturas de pantalla, que dan cuenta de la búsqueda organizada utilizando Facebook, y que en las publicaciones se señalaba que el niño había sido visto por última vez a las 18 hs., al tiempo que la hermana del imputado agrega que vio a D.M. junto al hijo de C. R.. Aquí debe tenerse en cuenta que el episodio de búsqueda fue mencionado por la propia víctima, su hermana, A., y su madre, la señora B..

Además, la versión del niño respecto del modo en que derivaron los hechos, carece de coherencia interna. Si la búsqueda del niño comenzó luego del hecho, a las 21 hs., como dice la víctima, caben dos interrogantes. Primero, ¿cómo comenzó la búsqueda? Tras haber abusado sexualmente del niño, ¿fue el propio M. el que socializó la desaparición del joven? Nada de eso se probó. Por otra parte, ¿por qué participó tanta gente de la búsqueda si el niño sólo se ausentó por dos horas? Por qué razón tanta preocupación si, al parecer, los hermanos de la víctima, de 8 y 10 años, iban y venían desde la casa de B. a la del padre por su cuenta. No debe olvidarse aquí que D.M. menciona que tras el hechos –ya en horas de la noche- llegó a la casa uno de sus hermanos, que lo despertó, siendo en ese momento que se fue del lugar sin avisarle a nadie. En dicha versión, el niño pernoctó luego en la casa de su madre, ya que esa noche D.M. cuenta que sólo él se quedó a dormir con el imputado.

El aspecto temporal presenta otra dificultad. Sabemos que el 9 de mayo fue martes, porqué el niño menciona el sábado. El sábado D.M. asistía a un taller en la mañana. No es lo mismo salir de la escuela a las 5 o 6 de la tarde, que hacerlo al medio día. A pesar de ello, insiste en que fue ese el día en el que, tras el hecho, se ausentó de su casa, dando pie a la búsqueda ya mencionada.

Conjuntamente con ello, no puede soslayarse lo concluido por la Lic. F. quién, en base a los criterios de credibilidad de contenido utilizados, calificó al relato como no creíble. Remarcó las dificultades que

presentó el adolescente para ordenar temporalmente los sucesos, y adjetivó el relato como contradictorio y confuso. Explicó que estas impresiones podían explicarse, pero no encontró fundamentos para inclinarse por una explicación concreta, solo las contempló como factibles.

Comparto también con el Dr. Zaratiegui, que del análisis efectuado del testimonio prestado en Cámara Gesell por M. N. surge que D.M. le contó sobre los hechos varios meses antes de la ocurrencia del ilícito por el que fue acusado M.. Dice el niño que vio mal a D.M., como triste, y tras preguntarle qué le ocurría, éste le manifestó que su padre, en estado de ebriedad, lo quiso violar. Refirió el testigo que D.M. le contó el episodio entre que terminó el sexto grado y comenzó el primer año del secundario, es decir, antes de mayo de 2017.

En cuanto a la coherencia externa, como ya mencioné anteriormente, la búsqueda de D.M. existió, pero se habría iniciado con anterioridad, lo que indicaría que al momento del hecho referido por el niño, éste no estaba en su domicilio.

Fracturada la credibilidad del relato, y en ausencia de una explicación que permita entender la razón de las inconsistencias de dicho relato, debe plantearse la posibilidad de que otros aspectos de la narración hayan sido modificados. Aquí no puedo dejar de mencionar que en el curso del contraexamen realizado por la defensa a la señora B., se mencionó la realización de una denuncia posterior por hechos de similar factura, en el que otro miembro de la familia M. habría victimizado a otro de los hijos de la denunciante. Ello es motivo de investigación, pero al encontrarnos ante un relato inconsistente, no puede obviarse la posibilidad de que la víctima hubiera sindicado al padre como autor, cuando en realidad los hechos pudieron ser perpetrados por otro integrante de la familia, tan o más próximo en los afectos del niño.[2]

[2] No se aportó prueba sobre la dinámica familiar, ni del vínculo entre la víctima y el resto de los integrantes de la familia paterna.

En definitiva, el cuadro probatorio presenta alternativas que aparecen equilibradas en cuanto a su posible ocurrencia en la realidad, sin que existan elementos acrediticios y/o argumentales, que posibiliten inclinarse por la hipótesis condenatoria. En tales términos, por aplicación de lo normado por el art. 44, último párrafo, de la CCH y 28 del C.P.P., el cuadro dubitativo deberá beneficiar al imputado.

Sostiene Julio Maier que frente a los elementos de prueba pueden adoptarse posiciones diferentes respecto de la verdad, el juez puede "*convencerse de que la ha alcanzado, tiene la certeza de que su reconstrucción es correcta; se inclina a admitir que ha alcanzado la verdad, pero en un grado menor al anterior, pues los elementos que afirman esta conclusión superan otros que la rechazan, hábiles sin embargo para evitar su convicción total de haber elaborado un juicio correcto, sin errores, afirma sólo la probabilidad de que su reconstrucción es acertada; por último, comprende que no conoce la verdad, pues los elementos que afirman algo se balancean con los que lo niegan, la duda es absoluta… es correcto afirmar que sólo la certeza positiva permite condenar y que los demás estados del juzgador respecto de la verdad remiten a la absolución, como consecuencia del in dubio pro reo…*" ("Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos. Ed. Del Puerto, pag. 496).

En conclusión, voto por hacer lugar al recurso ordinario interpuesto por la defensa, debiéndose revocar la sentencia recurrida, absolviendo a P. M. M. respecto de los hechos por los que fuera acusado, constitutivos del delito de Abuso sexual agravado por mediar acceso carnal y por el vínculo, y hacer cesar en forma inmediata las medidas cautelares que pesen sobre el mismo (art. 45 y 119 párrafos 3 y 4 inc."b" del Cód. Penal, art. 18 CN, 44 "in fine" de la CCh, 28, 332 y 333 del C.P.P.).

En cuanto a la imposición de las costas y los honorarios profesionales de los abogados de la defensa del señor M. devengados en esta etapa, habré de compartir los parámetros seguidos por el colega que lidera el

acuerdo, a cuyos términos me remito en honor a la brevedad.

Así voto.

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

S E N T E N C I A:

1) Hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la defensa técnica del imputado P. M. M. -cuyas demás circunstancias personales obran en autos- contra la sentencia nro. 2061/19, dictada en fecha 12/07/19;

2) Absolver a P. M. M., por los hechos que recibiera acusación y posterior sentencia de condena, (art. 44, último párrafo del C.CH), disponiendo su inmediata libertad desde los estrados de este Tribunal, previo fijar domicilio para futuras notificaciones. (art. 333 del C.P.P.);

3) Regular conjunta y proporcionalmente los honorarios profesionales de los Sres. Defensores particulares, M. C. y R. M., en la cantidad de TREINTA Y CINCO (35) JUS (arts. 5, 6 *bis*, 7, 13, 44 y ccdts. de la ley XIII-4, t.o. Ley XIII N° 15 antes decreto-ley 2.200), sin costas.

4) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Alejandro Gustavo Defranco **Roberto Adrián Barrios**

El Juez Hernán Dal Verme no suscribe materialmente la presente, habiendo remitido su voto via correo electrónico. Registrada bajo el Nro. 130/2019 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.

Carlos Enrique Pedelaborde
Secretario de Cámara