

ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, Capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 14 días del mes de octubre de 2020, se reúnen en Acuerdo ordinario los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, Jueces María del Carmen Battaini, Javier Darío Muchnik y Carlos Gonzalo Sagastume, para dictar pronunciamiento en el recurso interpuesto en los autos caratulados “**R., F. A. s/ Abuso sexual simple**”, **expte. n° 699/2019 STJ-SP.**

ANTECEDENTES

1.- Con fecha 13 de noviembre de 2018, el Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Sur absolvió sin costas a F. A. R. en orden al delito de abuso sexual agravado (art. 119 párrafo 1° y 4° incs. b y f del Código Penal), hecho por el que fuera llevado a juicio (arts. 371 y 491 del Código Procesal Penal) y dispuso la cesación de la inhabilitación general de bienes oportunamente dispuesta (fs. 395).

2.- La parte querellante interpuso recurso de casación a fs. 397/400vta.

Denuncia errónea valoración de la prueba, por considerar que el Tribunal omitió realizar un examen conjunto de la totalidad de las pruebas rendidas. Específicamente, considera que el Tribunal demostró “...*un direccionamiento arbitrario hacia la pericia oficial en desmedro de la versión de la menor...*” (fs. 398).

A fs. 400/402vta., el Tribunal de Juicio concedió el remedio procesal intentado.

3.- Radicadas las actuaciones ante este Estrado, se corrió vista al representante del Ministerio Público Fiscal. A fs. 415/416 el Sr. Fiscal, sostuvo que no corresponde expedirse acerca del recurso de casación –siguiendo el criterio sentado por el Ministerio Público- por no haber sido la sentencia recurrida por el Fiscal de la causa.

Llamados los Autos al Acuerdo (fs. 417), la causa se encuentra en estado de ser resuelta. En virtud de ello, el Tribunal dispone formular y votar las siguientes

CUESTIONES

Primera: *¿Es procedente el recurso interpuesto?*

Segunda: *¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

A la primera cuestión la Juez María del Carmen Battaini dijo:

1.- A fs. 382/395vta., el Tribunal de Juicio absolvió a F. A. R., del delito de abuso sexual agravado (Art. 119 párrafo 1° y 4° incs. b y f del Código Penal), hecho por el que fuera llevado a juicio (Arts. 371 y 491 del Código Procesal Penal), y dispuso la cesación de la inhabilitación general de bienes oportunamente dispuesta (fs. 395).

El Tribunal tuvo por acreditado que la menor Z. I. P. estuvo expuesta desde una temprana edad a un contexto de promiscuidad, donde se naturalizaron conductas como sexo explícito y desnudez. Sin embargo, consideró que dicha circunstancia no demuestra que la niña haya sido víctima del delito sexual denunciado por su madre e investigado en la presente causa (fs. 393).

Luego de ello, la instancia de mérito refirió que la adjudicación del hecho a R. (esto es la atribución de responsabilidad) se debe a lo relatado por la menor, sin contar con la presencia de otra persona o elemento probatorio que lo acredite, y refirió a fs. 393vta., “...que el hecho aquí denunciado no pudo comprobarse, por las claras y demostradas inconsistencias en el relato de la niña...”.

Recordemos que en el requerimiento de elevación de la causa a juicio de fs. 261/262vta., el Sr. Fiscal describió el hecho de la siguiente manera: “*Resulta materia de investigación en autos la conducta llevada a cabo por F. R. consistente en haber abusado sexualmente de la menor Z. I. P. (presumiblemente de 5 años de edad al momento del hecho). Dicho suceso habría ocurrido mientras la menor, sus hermanos y su madre (la denunciante, C. M. A.) residían temporalmente en el domicilio sito en el Barrio 000 V., tira 00, t. piso, departamento “A” de Ushuaia, donde fueron alojados por amigas de la denunciante hasta octubre de 2014, siendo una de ellas esposa del imputado. Si bien se desconoce la fecha exacta o las circunstancias precisas de los actos de índole sexual padecidos por la niña, estos habrían ocurrido dentro del dormitorio ocupado por R. cuando Z. se encontraba circunstancialmente a su cuidado. En esa ocasión y aprovechando la ausencia de la madre de la víctima, R. habría exhibido su miembro a la niña, además de haberle bajado los pantalones y tocarle la vagina, desconociéndose si aquella fue accedida carnalmente por el causante. Estos hechos fueron relatados por la víctima a la denunciante el 13 de febrero de 2015, cuando señaló “F. se mueve como mi oso Pepe”, “F. se movía de arriba para abajo, me mostró el pito”. “En la cama de la 000, yo estaba acostada y el estaba cerca, se movía para arriba y para abajo”, “me bajó los pantalones y me tocó la potota (vagina), después se cansó y se fue al comedor y yo también”.*

2.- A fs. 397/400vta., C. M. A., por derecho propio y en nombre y representación de su hija Z., en carácter de parte querellante y con el patrocinio letrado del Dr. Carlos Alberto Alfonzo, interpuso recurso de casación.

Luego de describir los aspectos formales del recurso, expone los motivos del mismo y los antecedentes de la causa y sentencia recurrida. Seguidamente desarrolla los agravios que le ocasiona la sentencia absolutoria y formula su petitorio.

Considera que la sentencia recurrida resulta carente de fundamentación adecuada. Concretamente, aduce que el Tribunal valoró la prueba producida de manera arbitraria, ya que omitió efectuar un examen integral del conjunto probatorio, direccionándose de manera arbitraria “...*hacia la pericia oficial en desmedro de la versión de la menor rendida de manera concordante en varias oportunidades...*” (fs. 398).

En su exposición de agravios sostiene que la sentencia se sustenta solamente en el informe pericial de la Lic. Zamar, soslayando -como ya se adelantó- la valoración de todo el conjunto probatorio, especialmente los dichos de la menor (fs. 399).

Entiende que el relato de la menor no puede ser producto de una fabulación, toda vez que ha descrito el hecho de abuso en varias oportunidades, ante la Sra. V., en la audiencia celebrada a tenor de lo establecido en el art. 105 del C.P.P., ante la perito oficial y finalmente frente a la lic. Padilla, coincidiendo siempre en las circunstancias en que se llevó a cabo y mencionando a su autor en todas las ocasiones (fs. 399/vta.).

A fs. 399vta., agrega que en la sentencia absolutoria, el Tribunal no brindó una explicación sobre los motivos por los cuales no merituó la prueba en su conjunto, sobrevalorando la pericia oficial.

Considera inaceptable que la Perito Oficial tilde de mentirosa a la menor Z., descalificando su versión y justificando su comportamiento debido a circunstancias de vida y entorno familiar (fs. 399vta.).

Manifiesta que es inaceptable relativizar el relato de la afectada, que siempre ha sido coincidente, por el sólo hecho de haber vivenciado situaciones de índole sexual que no eran acordes a su edad y por el entorno familiar (fs. 399vta.).

Refiere -a contrario del Tribunal- que Z. ha sido clara y contundente en su relato en todas sus intervenciones, y que la Lic. Padilla remarcó la espontaneidad de los dichos (fs. 399vta.).

En otro orden, refiere que el Tribunal nunca analizó los motivos por los cuales la menor, pese a tener conductas hipersexualizadas, recién hizo mención del imputado como autor de los hechos cuando se fueron a vivir al barrio 000 Viviendas, siendo que R. frecuentaba ese domicilio y se quedaba allí por las mañanas, cuando la joven también residía en dicho inmueble (fs. 399vta./400).

Terminando con su exposición de los agravios considera injusto el análisis y razonamiento del Tribunal, por no valorar el dictamen de la Lic. Padilla (también profesional en psicología), de la misma forma que lo hizo con el de la Perito Oficial Lic. Zamar.

3.- La crítica desarrollada por el casacionista se centra en la valoración de las piezas de convicción efectuada por el Tribunal de Juicio. Por un lado, plantea una errónea ponderación de la prueba pericial al conferir mayor relevancia a la intervención de la profesional forense en relación a la licenciada que asiste a la menor a los fines terapéuticos. En otro orden, cuestiona que no existe motivo alguno para no creer el relato de la niña, el que no puede ser relativizado en función de los antecedentes y entorno familiar.

Ello remite al examen de la tarea axiológica llevada a cabo por aquél, en cuanto consideró que no pudo comprobarse el hecho denunciado, esto es, el abuso sexual agravado (Art. 119 párrafo 1° y 4° incs. b y f del Código Penal).

Aún cuando la doctrina no es unánime en establecer si acusador -público o particular- adquiere el derecho al recurso en similares condiciones que el imputado, corresponde recordar que en los autos "*A., H. A. s/ Homicidio culposo s/ Cuestión de competencia*" este Estrado ha reconocido el derecho del querellante a promover e impulsar el proceso, aún cuando el Ministerio Público Fiscal hubiera pedido el sobreseimiento del imputado, ya que el hecho de que el acusador sea particular no impide ni obstaculiza la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, prueba, defensa y sentencia (expediente n° 2498/11 SDO, resolución del 07.09.2011, registrada en el Libro LXXIII, folios 168/170). De este modo, se siguió la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "*Santillán*" (Fallos: 321:2021).

En consecuencia, fijada la potestad recursiva de la parte querellante en las normas contenidas en el Código Procesal Penal, el examen de este Estrado debe ser amplio, con el objeto de no incurrir en un remedio meramente formal, de manera tal de respetar adecuadamente el derecho del interesado a acceder a un recurso que le brinde una tutela oportuna y eficaz.

4.- El Tribunal de Juicio restó credibilidad al relato de la víctima. Ello a partir del informe pericial de fs. 132/vta. suscripto por la licenciada Marina Zamar, psicóloga forense y su ampliación durante el debate (fs. 363).

La profesional aludida sostuvo que el relato de la menor no resulta creíble, que tiene tendencia a la fabulación en virtud de conductas hipersexualizadas anteriores al hecho denunciado (fs. 132vta.).

De otro costado, la licenciada Constanza Padilla, también psicóloga, que asistió a la joven a los fines terapéuticos, expresó un parecer contrario, esto es, que la afectada no es fabuladora (fs. 389vta.).

Frente a dos opiniones diametralmente opuestas, corresponde examinar si la decisión de conferir mayor valor probatorio a la perito oficial en relación a la licenciada tratante de la víctima resulta ajustada a las reglas de la sana crítica.

En esa dirección cabe mencionar que los fundamentos invocados por el Tribunal de Juicio para brindar más peso convictivo al dictamen de la perito oficial podrían sintetizarse en los siguientes: a) la versión de la niña no resultaba compleja ni difícil de mantener en las distintas etapas procesales, debido a la hipersexualización advertida por ambas psicólogas y a la fabulación; b) esas conductas sexuales exacerbadas tuvieron lugar con anterioridad al hecho denunciado en autos; c) la Lic. Padilla intervino con un fin terapéutico, asistiendo a la menor a raíz de los hechos denunciados, no para ilustrar al tribunal y por ello no examinó el conjunto probatorio como sí lo hizo la Lic. Zamar; d) aún si eventualmente se considerase su intervención como consultora técnica, debe prevalecer la actuación del perito oficial.

5.- El presente caso tiene como posible víctima a una niña menor de edad, y por ello resulta indispensable juzgar con perspectiva de género y niñez. Nutrida es la normativa y opinión de los organismos internacionales en la materia.

En tal sentido, en el Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua- la Corte IDH sostuvo que corresponde aplicar los cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño. Estos son: *“no discriminación”*; *“interés superior de la niña”*; *“respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo”*; y *“respeto a la opinión de la niña en todo el procedimiento que la afecte, de modo que se garantice su participación, en lo que resulte pertinente para identificar las medidas especiales que son requeridas para dotar de efectividad a los derechos de niñas, niños y adolescentes cuando son víctimas de delitos de violencia sexual”*.¹

Corresponde además, en relación con su condición de mujer y menor, referir al art. 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Para), el que establece que *“...los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.”*²

Esta doble situación de vulnerabilidad fue también observada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso *“S, J M s/*

¹ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 4. Derechos Humanos y Mujeres, pág. 105.

² Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Artículo 9.

abuso sexual – art. 119 3° párrafo” CSJ 873/2016/CS1, ocasión en la que citó a las sentencias de la Corte IDH en: “Caso González y otras –‘Campo Algodonero’- vs. México” 2009, y “Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala” 2014.

En la misma dirección, las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad establecen que “*Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico*” (Regla nº 3). Y en su Regla nº 4 reconoce como causas de vulnerabilidad, el género y la edad.

La especial condición que reviste una mujer, menor de edad, presunta víctima de un delito contra su integridad sexual, requiere una intervención particular de todos los operadores del derecho en el desarrollo del proceso penal.

Sobre este asunto en el “*Caso K.T. Vertido c. Filipinas*”, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) recomendó al Estado filipino “*Asegurar que todas las actuaciones judiciales en casos que incluyen crímenes de violación y otros tipos de violencia sexual sean imparciales y justos, y no se vean afectadas por prejuicios o nociones estereotipadas sobre la sexualidad femenina y masculina*” (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comunicación 18/2008, K.T. Vertido c. Filipinas, 16/07/2010).

En otro orden, cabe tener presente que los hechos como los que aquí se han denunciado tienen lugar, generalmente, en la intimidad, circunstancia que dificulta su acreditación. Además, en variadas ocasiones la víctima resulta ser

una persona menor de edad, por tal motivo, resulta indispensable tener en cuenta los estándares mínimos fijados por la doctrina y la jurisprudencia en materia de protección de sus derechos y la ponderación de la prueba.

En este sentido tiene dicho la Corte IDH que el derecho de los niños a ser oídos por la autoridad competente, *“debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones, con el objeto de que la participación de la niña, niño o adolescente se ajuste a su condición y no redunde en perjuicio de su interés genuino”*.³ Y agrega que *“concebir tal participación sólo en términos de la prueba que pueda aportar, no responde a su calidad de sujeto de derecho, ya que debería encontrarse legitimada a actuar en su propio interés como sujeto participante en el proceso. Para ello, es necesario que se brinde a la niña, niño o adolescente, desde el inicio del proceso y durante todo el transcurso del mismo, la información relativa a su procedimiento, así como sobre los servicios de asistencia jurídica, de salud y demás medidas de protección disponibles”*.⁴

En igual sentido, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación refirió en el caso *“S, J M s/ abuso sexual -art. 119 3° párrafo”* CSJ 873/2016/CS1, a la Corte IDH en el *“Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”*, sentencia del 24 de febrero de 2012, donde esta última sostuvo que el derecho a ser oído, previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Asimismo, tiene dicho la Corte IDH que *“las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático de ellas,*

³ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 4. Derechos Humanos y Mujeres, pág. 107.

⁴ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 4. Derechos Humanos y Mujeres, pág. 107.

cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Por ello, (...) ha advertido que las imprecisiones en declaraciones relacionadas a violencia sexual o la mención de algunos de los hechos alegados solamente en algunas de éstas no significa que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad". (Caso Espinoza Gonzales vs. Perú, 2014; Caso Fernandez Ortega y otros vs. México, 2010; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, 2010; y Caso J. vs. Perú, 2013).⁵

En este sentido, la Corte IDH recordó en el "Caso Rosendo Cantú vs. México" que *"la violación sexual es un tipo de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho"*.

Por último, corresponde agregar que *"...en las niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual, este impacto podría verse severamente agravado, por lo que podrían sufrir un trauma emocional diferenciado de los adultos, y un impacto sumamente profundo, en particular cuando el agresor mantiene un vínculo de confianza y autoridad con la víctima..."* (Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua).

6.- En el supuesto de autos, los fundamentos desarrollados por la instancia de mérito para brindar mayor relevancia probatoria a la pericia de la Lic. Zamar encuentran sustento en dos direcciones, a saber: la modalidad de intervención de la Lic. Padilla y los antecedentes vivenciales de la niña.

⁵ CSJN, Caso S, J M s/ abuso sexual -art. 119 3° párrafo- CSJ 873/2016/CS1.

En relación a la diferente función de ambas profesionales y su incidencia para creer o no el relato de la víctima, disiento con el criterio sostenido por el Tribunal de Juicio.

A fs. 393 el Tribunal refirió que, respecto a la preponderancia que debe darse al informe de la Lic. Padilla comparativamente con el de la Lic. Zamar, es mayoritaria la inclinación -tanto doctrinaria como jurisprudencial-, *“por responder que debe prevalecer la opinión del perito oficial por sobre la del experto designado por la parte, porque el primero es imparcial, mientras que el segundo defiende los intereses de la parte que lo nombró”* (cfr. C.Fed., Sala B, 21-2-89, L.L. 1989-700, cit por Martínez Crespo, Mario, “Temas prácticos de Derecho procesal civil”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2004, p. 17).

Sin embargo, en el caso sometido a examen, la Lic. Padilla no es una perito de parte, contratada por la querrela para contrarrestar la fuerza de la pericia oficial, sino que -como bien sostuvo el Tribunal-, su actuación con Z. tuvo lugar con fines terapéuticos, razón por la cual no se aprecia el riesgo de imparcialidad al que alude la cita a la que remite el Tribunal.

Se encuentra fuera de discusión que la Lic. Padilla tomó intervención con fines terapéuticos asistiendo a la niña a partir de la denuncia radicada y que motivara el inicio de las presentes actuaciones. A diferencia de la Lic. Zamar, psicóloga de este Poder Judicial, responsable de llevar a cabo la tarea pericial ordenada en los presentes obrados. Más ello resulta por sí insuficiente para descalificar las conclusiones enunciadas por la primera de las nombradas. En primer término, porque la labor profesional de asistencia terapéutica no opaca la objetividad con la que debe manejarse la profesional, ni esa situación ha sido acreditada en autos.

Además, tampoco puede ser evaluada su actuación como consultora técnica, pues resulta evidente que en estas actuaciones no asumió dicho rol. Ello sin perjuicio de considerar que la calidad de consultora o perito de parte no implica necesariamente motivo suficiente para sortear los principios deontológicos que debe respetar cada profesional en el ejercicio de su función.

Sentado lo anterior, se debe concluir que las apreciaciones vertidas por el Tribunal de Juicio en lo que respecta a descalificar el valor probatorio de la intervención que le cupo a la Lic. Padilla no encuentran correcto encuadramiento en las reglas de la sana crítica.

7.- El Tribunal justificó que la presunta víctima haya mantenido su relato en las distintas etapas, en función de su hipersexualidad adquirida con anterioridad al hecho investigado y a la fabulación.

Estas afirmaciones se aprecian ajenas a los estándares que deben respetarse en casos como el presente en materia de protección de derechos.

En efecto, la instancia de mérito recurre a la historia de vida y antecedentes de la niña para argumentar que sus vivencias de orden sexual anteriores al hecho de marras, facilitaron o permitieron la construcción de un relato fabulador y su sostenimiento a lo largo del tiempo.

Sobre el particular, corresponde indicar que la existencia de experiencias de la índole señalada que no resultan acordes a su edad y madurez, previas a los hechos denunciados, importa introducir en la causa elementos que podrían perfectamente resultar extraños o indiferentes al momento de describir la realidad de lo sucedido. Dicho de manera diferente, el sometimiento a conductas de carácter sexual en una niña no significa inexorablemente un condicionamiento en la elaboración de un relato auténtico,

pues ello implicaría considerar que en todos aquellos supuestos en los que una víctima de delitos contra la integridad sexual haya padecido situaciones de esa naturaleza de manera previa, tiene una tendencia a desvirtuar su relato.

En relación a ello, tiene dicho la Corte IDH que “...*las pruebas relativas a los antecedentes sexuales de la víctima son en principio inadmisibles, por lo que la apertura de líneas de investigación sobre el comportamiento social o sexual previo de las víctimas en casos de violencia de género no es más que la manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos de género...*” (Corte IDH, Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Sentencia del 19 de mayo de 2014).

Suponer que frente a situaciones como la presente, la veracidad de los dichos de la supuesta víctima debe ser relativizada por su historia de vida, es prácticamente exigir un plus para que su relato sea creíble, conculcándose así sus derechos consagrados en el marco de las convenciones internacionales de jerarquía constitucional, tales como a ser oídas y que su opinión sea tenida en cuenta, como así también los estándares que reconocen una situación de vulnerabilidad a partir de la cual merece una mayor protección durante el desarrollo del proceso penal.

En suma, asiste razón a la casacionista cuando sostiene que el examen axiológico efectuado por el Tribunal de Juicio adolece de parcialidad y de justificaciones incompatibles con la sana crítica.

8.- El Tribunal de Juicio valoró la prueba colectada y relativizó el testimonio de la víctima a partir de fundamentos que no se condicen con los estándares mínimos que deben aplicarse en situaciones de doble vulnerabilidad como el presente caso.

El desarrollo argumental exige el análisis integral del conjunto probatorio incorporado a las actuaciones, sin desconocer las particulares circunstancias del caso, que en el supuesto bajo estudio se da a partir de que la víctima es mujer y menor de edad. Esa doble caracterización impone no sólo la adopción de medidas de protección para la menor, sino también una especial atención en la producción de la prueba y en su ponderación al momento de dictar la sentencia.

En el caso bajo estudio, la instancia de mérito basó la absolución dictada en función de una errónea apreciación de la intervención de la Lic. Padilla y a partir de un análisis del relato de la víctima cuya descalificación tuvo lugar como consecuencia de haber omitido juzgar con perspectiva de género y niñez, ingresando en cuestiones de la vida pasada de la afectada que consideró determinantes para inferir que su testimonio no resulta creíble. En el mismo sentido, confirió mayor relevancia probatoria a la pericia de la psicóloga forense mediante la invocación de fundamentos dogmáticos. Ello torna arbitraria la decisión cuestionada en esta instancia.

Cabe concluir que la sentencia de fs. 382/395vta., en cuanto fue materia de pronunciamiento, no presenta fundamentos serios y atendibles.

Asimismo, el proceder del Tribunal se aparta de ciertos estándares internacionales en materia de Derechos Humanos, teniendo en cuenta que la presunta víctima se encuentra en una doble situación de vulnerabilidad al ser mujer y menor de edad.

Por todo lo expuesto, a la primera cuestión voto por la **afirmativa**.

A la primera cuestión el Juez Javier Darío Muchnik dijo:

I) Corresponde indicar que se tienen presentes las directrices relacionadas con el género y la edad, así y como la perspectiva de género que estos casos involucra, de conformidad con lo dicho en el recurso en tratamiento al aludir a que *“el caso tiene de víctima a una menor de edad, de preferente tutela en nuestro ordenamiento jurídico”*.

En efecto, diversos tratados y decisiones de organismos internacionales han establecido principios guías para ser considerados cuando las víctimas son menores de edad.

De acuerdo con el caso en estudio, la doble condición de la niña, menor de edad y mujer, determina que resulte imperativo tener presente la particular vulnerabilidad a la violencia (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso González y otras - `Campo Algodonero` - vs. México”, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrafo 408; en el mismo sentido, “Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala”, sentencia del 19 de mayo de 2014, párrafo 134).

Sobre las características particulares de la situación en que se halla el menor de edad y teniendo en cuenta el compromiso de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer plasmado en la Convención de Belém do Pará (artículo 7º, primer párrafo), el precitado tribunal internacional sostuvo que “para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere `cuidados especiales`, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir `medidas especiales de protección`. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia” (Opinión Consultiva Oc-17/2002, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, del 28 de agosto de 2002, párrafos 60 y 61).

A su vez, el derecho a ser oído, previsto en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser interpretado a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, que contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino (“Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 196).

Y con el propósito de determinar los alcances de los términos descriptos en el artículo 12, indicó -entre otras especificaciones- que el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto” (*idem*, párrafo 198).

Sobre este punto, también el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en la Observación General N° 12 (2009) -”Derecho del niño a ser escuchado”- destacó que **“el niño víctima y el niño testigo de un delito deben tener la oportunidad de ejercer en plenitud su derecho a expresar libremente sus opiniones** de conformidad con la Resolución N° 2005/20 del Consejo Económico Y Social, `Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos` “ (párrafo 62), cuyo artículo 8° establece que “con sujeción al derecho procesal nacional, todo niño tiene derecho a expresar libremente y en sus propias palabras sus creencias, opiniones y pareceres sobre cualquier asunto, y aportar su contribución, especialmente a las decisiones que le afecten, incluidas las adoptadas en el marco de cualquier proceso judicial y a que esos puntos de vista sean tomados en consideración, según sus aptitudes, su edad, madurez intelectual y la evolución de su capacidad”.

De otra parte, en lo tocante a los casos de violencia sexual, la Corte Interamericana ha establecido que “las agresiones sexuales se caracterizan, en general, por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de estas formas de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, **la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho**. Asimismo, al analizar dichas declaraciones se debe tomar en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar, por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente. La Corte, igualmente, ha tenido en cuenta que **las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático de ellas, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos**. Por ello, la Corte ha advertido que **las imprecisiones en declaraciones relacionadas a violencia sexual o la mención de algunos de los hechos alegados solamente en algunas de éstas no significa que sean falsas o que los hechos carezcan de veracidad**” (“Caso Espinoza González vs. Perú”, sentencia del 20 de noviembre de 2014, párrafo 150; en el mismo sentido; “Caso Fernández Ortega y otros vs. México”, sentencia del 30 de agosto de 2010, párrafos 100 y 104; “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia del 31 de agosto de 2010, párrafo 89, y “Caso J. vs. Perú”, sentencia del 27 de noviembre de 2013, párrafos 323 y 324); (confr. CSJN, causa “Sanelli”, sentencia del 4 de junio de 2020).

Que el juzgamiento “con” perspectiva de género, en general, implica tener presente, sin duda, la situación de vulnerabilidad de la víctima, evitando valoraciones que solo trasuntan esquemas conceptuales rígidos, apoyados en estereotipos que solo respondan a prefiguraciones culturales y que rompan la igualdad propia de la naturaleza humana; o utilizando definiciones pasibles de modificarse únicamente por circunstancias del género involucrado en el caso, pero sin que el cuadro fáctico sea distinto a otro hecho de similares

características; o bien, admitiendo o desechando posturas de las partes sin tomar en consideración si el esquema normativo aplicado es utilizado con una rigidez estructural que desconsidera la especial situación de la persona vulnerable; empero al mismo tiempo, no permite por sí mismo construir una hipótesis acusatoria alejada de las circunstancias comprobadas de la causa o que no pueda resistir el escudo protector de las garantías constitucionales. Si así no fuera seguramente se estaría promoviendo el juzgamiento “en” perspectiva de género cuyos efectos podrían generar situaciones por las que la instauración de “la” perspectiva hubo de imponerse.

Es decir, perspectiva de género resulta un estándar valorativo que permite ampliar espacios de protección de aquella persona humana que se encuentre en clara desventaja con la imagen ideal prevista por la norma, cualquiera sea, para la mejor y más amplia consideración de su situación conflictiva, permitiendo “flexibilizar” esa imagen normativa al caso concreto para, justamente, poder extender a la situación específica la respuesta que se pretende del subsistema penal. La razonabilidad en la comprensión del caso y la situación especial de la víctima, por la que con dicho estándar se pretende tutelar mejor, no puede empero desvanecerse generando un ciego mecanismo de persecución procesal penal.

Es por ello que los criterios de imputación y sus requisitos probatorios deben también respetarse, hasta donde el límite de aquella “flexibilización” lo permita, junto a las garantías constitucionales que nuclea el juzgamiento penal. Así, respetados estos, no pueden ser descartados con valoraciones afincadas en meros estereotipos abstractos, so peligro de convertir a este estándar normativo de valoración en una simple “moda” lingüística apta para provocar procesos de persecución inmotivados. Y ello debe ser enfáticamente erradicado manteniendo el equilibrio entre el “manto” protector hacia la víctima y las garantías válidas de cada caso.

Que el mejor criterio, quizás, para valorar si aquel equilibrio se rompió en favor de alguno de esos extremos y en detrimento del otro, es analizar si los fundamentos utilizados fueron “contaminados” con valoraciones que no contemplen la mentada perspectiva, esto es, argumentos solo apoyados en afirmaciones o apreciaciones en las que el más vulnerable termine desamparado por esa sola circunstancia.

Por ello, sin olvidar la importancia de analizar las declaraciones de las niñas y niños bajo el tamiz de la inexperiencia que pueden presentar en alguno aspectos de su vida y teniendo en cuenta especialmente su edad y madurez, tampoco debe olvidarse que esa declaración debe poder sustentarse en otras pruebas, aún indirectas-propias de delitos como el aquí juzgado- que permitan arribar a la convicción que efectivamente el hecho ocurrió conforme a dicho relato.

El hecho hipotetizado como delito requiere de un intenso y estricto control de su consistencia, debiéndose atender también a otros aspectos como prueba de significación. Es justamente tal requisito el que se exige en los delitos contra la integridad sexual, al referirse que la declaración de la víctima debe ser sometida a un estricto escrutinio, en tanto suele ser la única prueba directa del hecho.

Teniendo presente entonces, el marco legal, la jurisprudencia elaborada al respecto y el marco conceptual de la “perspectiva de género”, corresponde evaluar los puntos de agravio propuestos por la parte querellante.

El recurso en tratamiento planteó pues que el tribunal de mérito “... *considero que el hecho investigado no pudo comprobarse por las claras y demostradas inconsistencias en el relato de la niña, valoración probatoria que*

no se comparte en absoluto desde esta parte, causando agravios de imposible reparación posterior a los intereses de la menor víctima, razón por la cual se recurre...”.

En el párrafo identificado “V” propone entonces los siguientes y concretos agravios: a) que la sentencia únicamente se sustentó en el informe de la Licenciada Zamar, que en éste aspecto resalta que la menor Z. *“...de manera espontánea ha mencionado el hecho de abuso en varias oportunidades y ante personas diferentes, así primeramente comentó el hecho a la Sra V., para posteriormente rememorar la misma versión en la audiencia del art. 105 CPPTDF ante la Señora Juez de Instrucción, ante la Perito Oficial y finalmente ante la Lic. Padilla, siempre manteniendo el mismo relato de abuso sufrido, mencionando a su autor en todas estas oportunidades.”.* *“En la sentencia absolutoria se ha omitido dar explicaciones sobre estas circunstancias, reduciéndose a sobrevalorar la pericia efectuada por la perito oficial Lic. Zamar.”*

También indicó que la perito oficial tildó el relato de la menor como “mentiroso” y que no resulta conducente mencionar el contexto de vida de la menor y su entorno familiar.

Que si bien acepta que la menor presenta una conducta “hipersexualizada”, el nombre del acusado *“aparece en su relato después que la menor fue a vivir en la vivienda de la 000, vivienda que frecuentaba el imputado y que inclusive se encontraba allí a la mañana cuando la menor también vivía allí.”*

En consecuencia, lo previamente detallado constituyó el agravio concreto con el que se pretende la revocación del fallo absolutorio. Dicho con otras palabras entonces, cuestionó que el tribunal de mérito no hubiera

valorado la declaración de la menor, en todas las oportunidades en que se manifestó, siendo, que a su criterio lo hizo siempre de la misma manera y refiriendo al acusado y, que se hubiera valorado mal, también a su criterio, la labor de la perito oficial; en rigor cuestiona puntualmente sus reflexiones sobre la menor.

Así planteado el recurso, sin mayores precisiones que efectuar en términos de explicaciones o prueba relevada durante el debate, corresponde como primera aproximación, establecer cómo y de qué manera el fallo absolutorio abordó los puntos reseñados.

El tribunal del juicio relevó, tanto material incorporado por lectura como las declaraciones efectuadas durante el debate. Así fueron reseñadas con detalle: Lo documentado al inicio del proceso, que motivó su apertura; lo expuesto allí por la madre de la menor; lo dicho en ocasión de la ratificación de la denuncia; el relato efectuado en ocasión de declarar ante el tribunal de juicio; la incorporación por lectura de la declaración realizada por medio de la audiencia prevista por el artículo 105 del C.P.P de la menor A., hermana de la menor mencionada como víctima; la declaración efectuada también en la audiencia prevista por tal normativa de la menor Z.; el dictamen pericial, incorporado por lectura del perito psiquiatra Cavallieri, con relación al acusado; el dictamen pericial efectuado por la Licenciada Zamar, como su ampliación dispuesta por la juez de instrucción; se valoró durante el desarrollo del fallo y luego de efectuar varias referencias a éste último peritaje, cómo la madre de la víctima en su declaración en el debate reconoció o confirmó “...*que su hija seguramente imitaba de ella, los aludidos contactos de índole sexual con otras personas...*” (hoja 388 tercer párrafo); la declaración efectuada en el debate por parte de la perito oficial, ocasión en que se explayó sobre sus anteriores informes y los ratificó, todo lo cual puede leerse desde la hoja 388 hasta la 389

del fallo cuestionado. Luego se continuó relevando el resto de la prueba introducida al debate y la allí sustanciada.

A partir de la hoja 391 vta, el tribunal comienza a valorar aquella prueba y con relación a la (cuestionada por el recurso) declaración de la perito oficial, expuso que durante la audiencia del juicio aquella se explayó en orden a la declaración tomada por virtud del artículo 105 del C.P.P respecto de la menor Z., sobre la diferencia entre mentira y fabulación, lo que no motivó ninguna pregunta por parte de las partes acusadoras. Se explicaron allí las razones por las que el juzgador tomó por válida evidencia científica lo declarado por la perito oficial y por qué el relato de la menor pudo remontarse a una etapa anterior al hecho materia de juzgamiento, con apoyo en lo declarado por otros testigos. También fueron explicitadas las razones por las que el tribunal relativizó el fundamento dado por la terapeuta particular de la menor, apoyándose para ello no sólo en lo manifestado por la perito oficial, sino que también en un razonamiento que tuvo por base la totalidad de la prueba sustanciada durante el debate.

Sentado cuanto precede, no logro advertir los motivos fundados que el recurso de casación debe poder exhibir para concretarse en una crítica razonada del fallo que pretende revertir.

Si bien el motivo indicado relativo a la “preferencia” que el “a quo” dio a las palabras de la perito oficial, prologa atinadamente por donde discurre el agravio, lo concreto es que a ello debió agregarse cómo y por qué el desarrollo argumental del fallo no resultó suficiente respuesta, además de precisar por cierto, del conjunto probatorio tomado por base por el tribunal de mérito, cómo y por qué se puede llegar a una conclusión contraria, más allá de toda duda razonable que justifique una casación negativa para determinar un nuevo juicio.

Que la alegada coherencia en el relato de la menor en ocasión de sus distintas manifestaciones en el tiempo, si bien y también preanuncian un atinado motivo de agravio, en lo puntual tampoco fue acompañado de argumentos que desvaloren, con apoyo en la prueba reunida durante el debate, el fundamento utilizado por el “a quo”, con apoyo en la prueba allí descripta y analizada, para erigir a dicho relato con suficiente poder convictivo para sostener la hipótesis acusatoria.

No obstante la falencia apuntada del recurso, procederá en esta segunda y más detallada aproximación, el análisis del material probatorio utilizado por el juzgador de mérito para arribar al pronunciamiento absolutorio. Justamente, aplicando el estándar de la perspectiva de género, corresponde “flexibilizar” el molde rígido propio del recurso, aun relevando el límite que la propia CSJN puso en el precedente “Casal” al aludir a que el límite del agravio marca el ámbito de conocimiento del tribunal del recurso, junto a la intermediación por cierto (cfr. voto de la ministra Argibay).

Lo dicho impone la necesidad de ahondar en las probanzas utilizadas y analizadas por el tribunal de mérito, que lo condujo a pronunciar un fallo absolutorio.

Es decir, corresponde corroborar si el relato de la niña Z. I. P., que fuera mencionado en el recurso en tratamiento, permitió por sí mismo sostener la hipótesis del acusador particular; e igualmente, si resulta concordante con cada uno de los elementos de prueba colectados en el expediente. Es que el relato de la menor, congruente con su “realidad psíquica” y por tanto aceptado por válido desde dicho marco, debe poder penetrar e introducirse en el subsistema penal sin mengua de los principios que gobiernan la imputación y posterior reprochabilidad de la conducta prevista en el tipo objetivo. No debe perderse de vista que si bien el Estado debe proteger a la persona vulnerable y que al final

de un proceso penal se encuentra, a todo evento, la privación de libertad de otra persona, no siempre ambas cosas deben inexorablemente transitar en paralelo.

Que asimismo la parte querellante, en el marco del derecho a la jurisdicción consagrado implícitamente en el art. 18 de la Carta Magna, tiene la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia útil relativa a sus derechos, precisamente, por su condición de litigante (CSJN, S.1009. XXXII, “Santillán, Francisco Agustín s/Recurso de casación”, 13 de agosto de 1998, voto de los Sres. Ministros Julio S. Nazareno, Eduardo Moline O’Connor, Carlos S. Fayt, Augusto C. Beluccio, Enrique S. Petracchi, Antonio Boggiano, gustavo A. Bossert y Adolfo R. Vázquez).

En este rumbo, cabe entonces preguntarse si en el caso bajo estudio se ha logrado reunir el plexo probatorio necesario como para que pueda considerarse vencida la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*.

Es decir, corresponde corroborar si el relato de la niña Z. I. P. resulta concordante con cada uno de los elementos de prueba colectados en el expediente, como para vencer con éxito la natural resistencia de aquellos principios.

Por otra parte, no obstante que el recurso de casación adolece de una crítica completa de los fundamentos enunciados por el tribunal sentenciante para arribar a las conclusiones que motivan los agravios, tales carencias no son óbice, como ya se indicara, para desarrollar el análisis acerca de la eventual configuración o no de la arbitrariedad alegada.

II) Aclarado cuanto precede, corresponde comenzar con la revisión anunciada señalando que el judicante, después de traer a la memoria la denuncia efectuada por C. M. A. -progenitora de la niña Z. I. P.- y su ratificación (hojas 384 vta./385), expuso que durante la audiencia de debate, “... A. agregó que estuvo hablando con su actual pareja, M. D. S. y entre charlas recordó que algo sucedió cuando residía junto a sus hijos en el Barrio 000 Viviendas, Tira 00, 0° piso, depto. `A´, sin recordar el día exacto pero hacía alrededor de seis o siete meses, cuando se encontraba en la habitación junto a sus hijos e ingresó el imputado junto a su mujer, V. R., y él asustado o enojado le expresó: `Z. me pidió que me bajara los pantalones, te aviso, no sea cosa que Z. después invente algo´” (hoja 385 vta., primer párrafo).

“... En este punto es de resaltar el informe técnico N° 079/2015 del que se desprenden las transcripciones de audio entregados por la denunciante, que lucen a fs. 39/55, en donde la niña a las preguntas que le iba haciendo la madre sobre los hechos denunciados, iba respondiendo, notándose que muchas de las respuestas no eran espontáneas, sino en base a lo que la progenitora le iba señalando” (hoja 385 vta., tercer párrafo).

“... A fs. 165 vta., amplió su denuncia A., ocasión en la que manifestó que su hija no fantasea y que si bien no recuerda exactamente si fue en la sala de cuatro o cinco años, efectivamente la citaron del Jardín `B. T.` donde asistía la menor, porque ésta empleaba lenguaje de adultos y estaba siempre distraída, necesitando, por ello, apoyo del gabinete de la institución educativa”.

“Agregó que la mamá de una compañerita de Z. llamada Y. le refirió que ésta le decía a su hija: ´vamos a jugar a ...´, refiriéndose a tener relaciones sexuales pero en términos vulgares, siendo que se enojó con ella porque pensó que la denunciante le inculcaba ese tipo de frases, pero en realidad dicho lenguaje estima que lo aprendió de A., que es hija de su ex pareja, pues,

ésta refirió haber visto a su madre teniendo relaciones sexuales con su ex marido” (hojas 385, último párrafo/386).

Más adelante, acerca de la evaluación pericial psicológica realizada por la Lic. Marina C. Zamar a la menor Z. I. P. (hoja 132/vta. -Dictamen Pericial N° 383/2015-), resulta relevante lo allí graficado: *“Comenta diversas actividades escolares, familiares, sociales con contradicciones en su narrativa, relatos donde mezcla sucesos aparentemente reales con producciones fantaseadas y tendencia a la fabulación. Los mismos son corroborados en entrevista con los adultos, quienes dan cuenta que parte de lo descrito por la niña carece de realidad”.*

“... Durante el proceso evolutivo se observa que Z. diferencia las partes de su cuerpo, surgiendo indicadores de hipersexualización”.

“... De todo el material analizado en el examen pericial, respecto del hecho investigado en marras, no se observan en la niña Z. indicadores de A.S.I. que guarden relación con lo denunciado [...] Atento a sus conductas hipersexualizadas anteriores, relato con contradicciones, tendencia a la fabulación, no es creíble su narrativa”.

El *a quo* recordó lo complementado por la perito oficial en su Informe N° 686/2015 (hoja 210/vta.), cuando señaló: *“La inestabilidad constante a la que es sometida la niña desde su corta edad psico-evolutiva careciendo de un ámbito familiar sólido, se infiere que causan en ella el suficiente impacto psíquico como para conformar los síntomas observados en los diferentes ámbitos (familiar, escolar, examen pericial, terapéutico)” (hoja 387 vta.).*

También señaló que durante la audiencia de debate, al narrar los dibujos hechos por la menor durante la susodicha evaluación, aclaró que desde los

primeros momentos de la pericia había empezado a notar contradicciones, mostrando una noción parcial de la realidad, toda vez que mezclaba realidad con fantasía, extremo que había corroborado con la progenitora, a quien había entrevistado con ulterioridad (hoja 388, penúltimo párrafo).

Parafraseando lo dictaminado por la perito oficial, el *a quo* remarcó que había mucha producción de fantasía, aclarando que: en la “mentira” la persona sabe que lo que dice no es cierto, mientras que en la “fabulación” el protagonista cree lo que cuenta, como si lo hubiera vivido en la realidad (hoja 388 vta., primer párrafo).

Durante su discurrir lógico, el sentenciante también recordó que “... *la perito graficó los relatos fabulados de Z. y cómo llega al relato del hecho aquí denunciado. Indicó que comenzó diciendo que se bañaba con su hermana A., su mamá y el perro, extremo que no resultaba creíble. Luego de decir que ningún varón la tocó, refirió la fantasía de la mordida del perro, para culminar expresando que F. le mostró ‘el pito’ y se movía*” (hoja 389, tercer y cuarto párrafo).

“... *respecto del episodio con F., la perito le preguntó cómo era lo que le había mostrado y la niña para graficar su tamaño -según imitó Zamar- abrió sus brazos de par en par hasta el máximo de su extensión, a la vez que decía que en su extremo tenía como una aguja que la ‘clavó’ en su ‘pochola’, siendo este último el nombre asignado por la niña a su vagina, perdiendo posteriormente, el hilo conductor del relato como para que resultara creíble [...] sumándose a lo fantasioso de la versión, la perito exhibió en el debate un dibujo que efectuó Z. del ‘pito’ de F., que a simple vista, en nada se asemejaba al órgano viril masculino*” (hoja 389, tercer y cuarto párrafo).

A su vez, el tribunal de mérito sostuvo que las constancias escolares del Jardín “B. T.”, daban cuenta de episodios de violencia intrafamiliar relatados por la propia niña: “... *mi mamá pelea mucho, grita a su novio ... se pegan ... yo me asusto y me escondo; no me gusta y me da miedo*, las cuales, claro está, incidieron ya desde el 2013 de manera negativa en su normal desarrollo socio-afectivo, esto conforme a lo expresado durante la fase instructoria por la Profesora de Educación Inicial, María Belén Luna (hojas 185 y 389, respectivamente).

No sin importancia, fue la evaluación practicada a A. A. P. -hermana de Z. I. P.-, por la Lic. Alicia Aracena en otras actuaciones judiciales, oportunidad en la cual concluyó que junto a A. y H., hacían juegos de exploración sexual, habiendo considerado la Lic. Marina C. Zamar que algo similar había sucedido con la niña Z., dado que su madre también se había referido a esas conductas de A. (hojas 388 *in fine*/389, primer párrafo).

En cuanto a la psicóloga de Z. I. P. -Lic. Constanza Padilla-, terapeuta personal a partir del episodio objeto de proceso y de acuerdo a lo pautado con su madre, el sentenciante destacó la observación de la profesional sobre las actitudes de exploración sexual mediante las cuales lucía evidente que la niña estaba atravesando un proceso de identificación de sexualidad y que presentaba conductas hipersexualizadas que se ponían de manifiesto mediante actos de masturbación reiterada e intentos de tocamiento a sus compañeritos.

A renglón seguido, recordó que durante la audiencia de debate la citada profesional había asociado tales conductas hipersexuales para su edad, a hechos que pudieron ser significativos para la niña, pudiendo tener que ver esto con un evento sexual (hoja 389, último párrafo/vta.).

En torno a esto último, menester es señalar que el abuso sexual es un hecho fáctico, objeto de la ciencia jurídica, que determinará con sus propios métodos si se cometió -o no- el delito.

En cambio, las dimensiones de “verdad” con las que trabajan los terapeutas psicológicos obedecen a pautas distintas, propias de su ciencia, que no siempre pueden traducirse en términos de su concreta manifestación empírica. Las realidades psíquicas de las personas son valoradas y aceptadas tal y como estas se manifiestan, no resultando aplicable en ese marco el parámetro de verdad como correspondencia con lo efectivamente acontecido.

Puede suceder que este tipo de conflictivas, impacten en la memoria de los niños de una forma que no respondan a los parámetros de “hechos probados” propios del derecho penal. Las pseudomemorias co-construidas no permiten saber realmente lo sucedido, resultando muy difícil o imposible restaurar la memoria original. Una vez que el niño es inducido a aceptar el haber sido víctima de un falso abuso, llega a un convencimiento tal, que luego es muy difícil de contrarrestar.

Sabido es que la tendencia de creerle al niño y aceptar los informes elaborados por su terapeuta personal como reales es muy grande, empero estos deben, no solo ser necesarios, también tienen que ser suficientes, en términos de conformación de imputación y reproche jurídico-penal.

De allí, la importancia o el deber de diferenciar la télesis de la ciencia jurídica y la de la psicología, tanto en su rol terapéutico como en la labor de perito oficial.

Recuérdese que el sistema penal supone respetar el principio de inocencia, que al decir de los procesalistas impone el “estado jurídico de

inocencia”. Los profesionales de la salud mental que asumen un rol terapéutico, no requieren para su actividad utilizar variables propias de principios legales.

Por lo general, el terapeuta está predispuesto a aceptar lo que la madre o el niño le han dicho, en tanto ello obedece a la realidad psíquica de la persona y sobre la cual no corresponde asimilar a hechos “reales” acontecidos. Así, la naturaleza de la terapia, no siempre servirá para arrojar luz sobre la credibilidad del testimonio infantil al momento de reconstruir el hecho penal, aun cuando constituirá una importantísima fuente de conocimiento sobre la estructura mental de la persona evaluada.

Por otro lado, la bibliografía más reciente, mantiene que hasta el momento no se pudieron identificar científicamente, reacciones “típicas” de los niños abusados, que permitan diferenciarlos confiablemente, de los no victimizados. En cambio si se acepta la presencia de indicadores orientativos, en tanto se respeten parámetros de abordaje que permitan descartar hipótesis de “sugestibilidad” en el menor (cfr. BURKHARD SCHADE “*La declaración de niños menores de edad (preescolares) como testigos en casos de un supuesto abuso sexual*”. Conferencia dictada en el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, el 20 de marzo de 2013; *Política Criminal*, vol. 8, n° 16, Santiago-Chile, 2013, versión On-line ISSN 0718-3399).

Las organizaciones internacionales, como la Asociación Americana de Psicólogos y la Asociación Americana de Psicólogos Forenses, entre otras, alertan a los jueces sobre el “mal uso de los síndromes de abuso”, o listas de “signos y síntomas de abuso” (confr. TCASBSAS, III, c. Reg. 41.299, “F., D.J. s/Recurso de casación”, La Plata, 31/05/2011; *Jurisprudencia Penal de Buenos Aires*, t. 151, f. 471, ps. 270/277).

De otra parte, el *a quo* puso de relieve la oportunidad en que parte de la familia R., la cual dio cobijo a la denunciante y su familia, en ocasión de quedarse estos últimos sin vivienda, fueron oídos testimonialmente durante el debate, sin objeciones planteadas por las partes acusadoras.

Efectivamente, tanto J. R. (suegro del imputado), D. G. (esposa de J. R.), B. R. y B. R., fueron contestes en la falta de cuidado o desinterés de C. M. A. para con sus hijos, *“insertos en un ámbito de promiscuidad sexual no deseado para niños de su corta edad”* (hoja 389 vta., penúltimo párrafo).

Ilustrativa fue la declaración testifical de J. R., quien especificó las circunstancias en que C. M. A. se desvestía con intenciones de seducirlo *“paseándose en ropa interior”*, a lo que nunca accedió, pidiéndole inclusive que cuidara las formas puesto que no iba a permitir tales actitudes ya que se trataba de una casa de familia, donde además estaba su esposa e hijos.

Más específicamente, cuando en relación a la menor Z. I. P., expuso que esta última solía abrirle la puerta cuando se bañaba y también quería que le mostrara su pene. Añadiendo que supuestamente el ex marido de C. M. A. (M.), se lo había mostrado, llamándole la atención de que su madre no hiciera absolutamente nada para evitar eso.

Asimismo, cuando puntualizó que la menor tenía la actitud de querer estar con hombres, habiendo contado la niña, mientras tomaban mate, que su madre mantenía relaciones sexuales delante de ella; e igualmente, que tenía un oso de peluche llamado “Pepe”, al cual lo agarraba y se movía para adelante y para atrás (hoja 390).

A su turno, D. G. (esposa de J. R.) refirió que la niña *“tenía la costumbre de decir que su marido y G. querían tocarla, especificando que siempre se*

refería a tener relaciones, porque estima que debió haber visto a su madre, aclarando la testigo que ella misma la encontró, en algunas ocasiones, cuando vivían en A. teniendo sexo con su entonces pareja, estando sus hijos presentes en la vivienda, que era reducida en dimensiones” (hoja 390 último párrafo/vta.).

En el camino discursivo escogido, el tribunal de mérito tuvo también en consideración el testimonio de B. R., quien narró que en ocasión de estar residiendo en la vivienda de sus padres con C. M. A., esta última solía sacarse fotos semidesnuda con el propósito de enviárselas a hombres, comportamiento que llevaba a cabo estando sus hijos presentes, como asimismo consumir droga.

Habiendo añadido, que dejaba a sus hijos solos cuando salía a bailar o con algún hombre; y que solía contar frente a ellos sus aventuras sexuales, habiendo señalado un episodio en que volviendo de bailar, C. M. A. se hallaba desnuda arriba de M. (M. D. S., su actual pareja), todo esto ante la presencia de los menores.

También dio cuenta de una pelea sostenida con su padre, dado que la prenombrada no se encargaba ni siquiera de comprar alimentos para sus hijos y que en una oportunidad la niña le pidió a su amigo G. que le mostrara su miembro viril (hoja 390 vta., segundo, tercer y cuarto párrafo).

En similar sentido se manifestó B. R., quien además puntualizó un episodio en que la niña se puso una almohada entre las piernas y hacía movimientos.

A esto agregó, que un día había llegado su pareja y la niña se sentó en su regazo y comenzó a moverse, lo cual fue corroborado por E. H. en su declaración durante el debate (hoja 390 vta., quinto y sexto párrafo).

Ahora bien, en lo concerniente al relato que la menor brindó en la Cámara Gessel, el *a quo* consideró que lo registrado en la video filmación que prevé el art. 105 de la ley de rito, denotaba endeblez, debido a que del análisis de su contenido no se podía verificar la hipótesis de la vivencia.

Dicha endeblez evidentemente halla explicación en que cumpliéndose los estándares internacionales para evitar cualquier tipo de revictimización de la niña, la entrevista se llevó a cabo respetándose a ultranza la edad y etapa evolutiva de la menor.

De tal manera, es obvio que mediante este tipo de intervenciones donde se prioriza la salud psico-ética del menor, el grado de precisión expresiva suela verse eclipsado debido al protocolo que bajo tales directrices debe sí o sí cumplirse.

Efectivamente, su detenida lectura no permite ubicar los lugares precisos de los hechos y tiempos relativos; e igualmente, tampoco identificar algún detalle importante o reproducir interacciones con el supuesto agresor. Es concreto, su relato resuena impregnado de elementos que la sacan de un contexto de hechos sexuales revelables.

En esta inteligencia es que el fallo recurrido alude a que los acontecimientos referidos a la acción del supuesto autor, puede haberlos adquirido la niña de otras fuentes, más cuando la misma estuvo inmersa en un ambiente de promiscuidad, habiendo llegado incluso a presenciar escenas de sexo.

A mi modo de ver, lo evaluado por el órgano juzgador no ha sido el resultado de una mera subjetividad. Por el contrario, no obstante su afán

específico de desentrañar lo acontecido, la realidad lo condujo a un estado neutro, sin salida posible, dada la imposibilidad de emitir un juicio de certeza sobre la hipótesis objeto de proceso.

Igualmente, si bien la capacidad de relatar un acontecimiento vivido o experimentado en el pasado como requisito de la capacidad para ser testigo se desarrolla en los niños alrededor de los tres o cuatro años de edad, lo cierto es que los niños de esa edad necesitan todavía el apoyo de adultos que hablen con ellos empleando una metodología muy sutil y cuidadosa, porque estos niños aún no disponen de la capacidad de presentar un relato independiente, de acuerdo a lo expuesto por Burkhard Schade, Profesor emérito de la Universidad de Dortmund y Director del Centro de Psicología Forense de Bochum, en el artículo ante referido.

Muchas veces la exactitud y la validez del relato, dependen también de las capacidades narrativas o conocimientos por propia experiencia, que los niños adquieren cuando viven en ambientes negativos y nocivos para su adecuado desarrollo.

Otro problema mayúsculo, referido por el autor mencionado en el artículo citado antes, es la “sugestibilidad elevada” de los niños. La sugestibilidad se entiende como la disposición para integrar informaciones posteriores en su sistema de pensar, recordar y más adelante relatar estas informaciones como hechos vividos.

Pues bien, a través de la transcripción de la audiencia prevista en el art. 105 del digesto adjetivo, lo narrado por la niña Z. I. P., lamentablemente, fue lábil, confuso y carente de detalle relevantes, no logrando reproducir interacciones claras con el supuesto agresor sexual.

Estas narraciones sin estructura lógica suelen obedecer a la información de un adulto -como en el caso lo han sido alguna de las conversaciones previas que con alta presión psicológica mantuvo la niña con su progenitora (hojas 42/55), hablándose en estos casos de una inseguridad en el control del origen o de la fuente del relato o de detalles del relato (cfr. BURKHARD SCHADE, “*passim*”).

En conclusión, si bien en la mayoría de estos casos no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho, no es menos exacto que, las imprecisiones e inconsistencias -contextualizadas en las lamentables circunstancias familiares y sociales de la niña Z. I. P.- opacan aún más su relato.

III) Que la consecuencia que fluye naturalmente de cuanto llevo dicho es clara: La racional y objetiva evaluación de toda la prueba en conjunto, no alcanza para obtener razonablemente el grado de convencimiento necesario para formular un pronunciamiento de condena.

Y entiéndase bien que ese estado de duda no reposa o se apoya en una pura subjetividad, sino, antes bien, deriva de una minuciosa, rigurosa y objetiva evaluación de todos los elementos de prueba en bloque.

Efectivamente, el concepto “más allá de duda razonable” es, en sí mismo, probalístico y, por consiguiente no es, simplemente, una duda posible, del mismo modo que no lo es una duda extravagante o imaginaria. Se trata de una “duda basada en la razón” (confr. Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en el caso “Víctor vs. Nebraska”, 511 U.S. 1 -1994-; concepto aquél cuya comprensión dentro de la garantía del debido proceso tuvo lugar recién 1970, en el caso “Winship”, 397 U.S. 358, cuando la Corte Suprema Federal

resolvió que el ente acusador debía probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable. En: Revista *Ius et Praxis*, vol 17, n° 2, Talca, 2011, pp.77-118, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000200005>)

Siendo así, una sentencia de condena únicamente puede reposar sobre un “estado de certeza”, lo cual supone un estado de plenitud, en donde la prueba evidencia de manera natural y lógica la realidad de lo sucedido, no dejando ningún margen a la existencia de una duda.

Prestigiosa doctrina lleva dicho que *“la verdad sólo puede percibirse en cuanto firme creencia de estar en posesión de ella, y esto es lo que se llama estado de certeza, de contenido simple y, por lo tanto, ingraduable. Se presenta cuando se ha desechado toda noción opuesta capaz de perturbar la firmeza de esa creencia”*

Más *“esa certeza puede ser por sí o por no, sin que ello altere su simplicidad. De cara a un acaecer analizado se puede estar firmemente convencido tanto de que ocurrió (certeza afirmativa), como de que no ocurrió (certeza negativa)”*

Pero lo cierto es que *“entre estos dos extremos que, como cerrando un círculo en su parte superior, se confunden en su simplicidad y en su carácter absoluto, ha de oscilar el espíritu como la pesa de un péndulo, recorriendo constantemente el contorno, atraído o rechazado por una u otra cara de la certeza”*

En rigor, *“son infinitos grados por los que atraviesa el espíritu mientras alcanza la certeza por considerar que son dignos de ser tenidos en cuenta, tanto elementos afirmativos como negativos, cualquiera sea el volumen de los unos y de los otros”*

“Cuando los motivos que llevan a afirmar y a negar se presentan en paridad de volumen, suele decirse que el espíritu se halla en estado de duda propiamente dicha. Cuando se desigualan, el espíritu ingresa en la probabilidad o improbabilidad, negativo-positiva. Existe probabilidad positiva cuando predominan los motivos que permiten afirmar el hecho. En tanto que hay probabilidad negativa cuando predominan los motivos que permiten inclinarse por la inexistencia de aquél; estado que desde el punto de vista positivo equivale a la improbabilidad: no es ni siquiera probable que el hecho se haya cometido aun cuando no se tenga la certeza de su inexistencia”

*“Todos estos estados de no certeza, o sea, de probabilidad, duda e improbabilidad, suelen ser caracterizados con la nota genérica de ‘duda’ en cuanto se los enfoque desde la sentencia, y éste es el sentido que tiene la expresión *in dubio pro reo*” (JORGE A. CLARIÁ OLMEDO. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo I -Nociones Fundamentales-, Ediar S.A. Editores, Bs. As, 1960, p. 446).*

Para cerrar, cuando los elementos que afirman algo se balancean con los que lo niegan -como en el caso-, la duda es absoluta, favoreciendo la solución natural que manda el *in dubio pro reo*.

Como consecuencia directa de la garantía constitucional en juego, se impone recordar que se han dejado sin efecto decisiones judiciales que prescindieron de explicar racionalmente la responsabilidad del acusado; omitiendo aplicar el principio del *in dubio pro reo* a partir de la imposibilidad de emitirse un juicio de certeza positiva (CSJN, 1497/2013 49-C, CS1, “Carrera, Fernando Ariel s/ causa n° 8398”, coloquialmente conocido como “Masacre de Pompeya”, 25 de octubre de 2016, voto de los Sres. Ministros Ricardo L.

Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Horacio Rosatti y Carlos F. Rosenkrantz).

En definitiva, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos que no puedan estimarse punibles en el ordenamiento jurídico (CIDH, “Caso Mohamed vs. Argentina”, sentencia del 23 de noviembre de 2012, párrafo 132; voto de los Sres. Jueces Diego García Sayán, Manuel E. Ventura Robles, Margarete May Macaulay, Rhadys Abreu Blondet, Alberto Pérez Pérez y Eduardo Vio Grossi).

A tenor de todo lo antedicho, propongo no hacer lugar al recurso de casación articulado por la querrela y, consiguientemente, confirmar en su totalidad la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio en lo Criminal. Sin perjuicio de ello, deberá mantenerse vigente el temperamento protectorio manifestado en el fallo del tribunal de mérito con relación a la intervención de la asesoría pupilar y además sugiero que, en ese ámbito, se determinen y establezcan los mejores cursos de acción para el mejor abordaje de la problemática que vivenció la menor y su núcleo familiar, en tanto no ofrece duda alguna la situación de vulnerabilidad que ello transmite.

Por ello, a la presente cuestión me pronuncio por la **negativa**.

Así lo voto.

A la primera cuestión el Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

He de coincidir con el voto del Juez Javier Darío Muchnik.

Los fundamentos expresados por el mencionado representan un desarrollo equilibrado de los principios y reglas en pugna, partiendo de la contemplación de las normas supranacionales que dan cobijo a la doble vulnerabilidad analizada, para luego ensamblarla con las demás normas que contemplan derechos fundamentales.

La pugna entre los derechos de la niña y los del imputado son, en este caso, claramente resueltos, teniendo una consideración pragmática de la prueba producida en autos, no evadiendo la tan relevante sana crítica racional, que representa la implementación de un análisis lógico de las probanzas en el proceso (CAFERATA NORES, José I. *La prueba en el proceso penal*. Bs. As. Depalma. 2003. Pág. 48), siguiendo genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y el recto entendimiento humano (JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*. Santa Fe. Rubinzal Culzoni. 2017. Pág. 54).

La querrela efectúa una incisiva consideración de la contradicción entre los dos dictámenes periciales psicológicos practicados a la niña. Pero el recurso se desatiende de los demás medios probatorios producidos, los cuales son de suma pertinencia para resolver el caso, agudamente observado por el segundo votante al considerar las restantes pruebas, como son las declaraciones testimoniales. De ese modo, se margina la unidad probatoria, sobre la cual la doctrina de forma unánime ha sostenido que hay que “examinar los medios en su conjunto y coordinarlos con los hechos para obtener una solución única” (FALCON, Enrique M. *Tratado de la prueba civil, comercial, laboral, penal, administrativo*. Bs. As. Astrea. 2009. Tomo I. Pág. 697), lineamiento sostenido por la CSJN desde antaño (Fallos: 318:2424), hasta la actualidad (CAF 6402/2016/1/RH1 - Fideicomiso Santa Teresa c/ Dirección General Impositiva y otro s/ recurso directo de organismo externo (Recurso Queja N° 1 - FIDEICOMISO SANTA TERESA c/ DIRECCION

GENERAL IMPOSITIVA s/ RECURSO DIRECTO DE ORGANISMO EXTERNO
- CAF 006402/2016/1/RH001 - 27/08/2020).

Como corolario, “... *persisto en creer que en una discusión científica los argumentos tienen valor por la proporción de fuerza intrínseca que poseen y no por la forma más o menos viva con que son expuestos*” (LIEBMAN, Enrico T. *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada*. Ediar. Buenos Aires. 1945. Pág. 196), denotando la solidez del voto al que adhiero.

En consecuencia, a la cuestión propuesta voto por la **negativa**.

A la segunda cuestión la Juez María del Carmen Battaini dijo:

1.- Atento a la respuesta que brindé a la primera cuestión, posición que quedó en minoría, propongo hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 397/400vta. por la parte querellante y en su mérito, casar la sentencia de fs. 382/395vta.

En virtud de ello, corresponde remitir las actuaciones al Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Sur para que, previa integración de acuerdo a lo normado por el art. 76 de la ley 110, reedite la audiencia de debate y -aplicando perspectiva de género y niñez- dicte nueva sentencia (conf. art. 434 del C.P.P.).

2.- El reenvío de las actuaciones constituye un imperativo legal, de conformidad a la norma citada y a la doctrina sentada por este Superior Tribunal, en cuanto a que la competencia emergente del recurso -extraordinario- de casación preserva el juicio de mérito propio de las instancias ordinarias, las que en modo alguno pueden ser sustituidas por la actuación de

este Estrado (conf. se dijo en “*Sánchez, Lourdes del Carmen y/ Denuncia s/ Estafa - Imp.: Trabucco, Estella*” -expte. n° 242/98 SR del 14.10.98, Libro IV, f° 638/642-).

Tal limitación se advierte con mayor claridad en el presente caso, en que el proceso transcurrió por la etapa del juicio propiamente dicho, la que es eminentemente oral, pública, contradictoria y continua, y donde encuentra su mayor expresión la inmediatez (o inmediación) entre todos los llamados a intervenir en el proceso. Dicha inmediatez tiene una doble implicancia: por un lado, el contacto directo del juez con los elementos probatorios en que ha de basar su juicio y decisión; y, por otro, el contacto directo de todos los sujetos procesales entre sí en el momento de recibir esas pruebas. Estos extremos que no concurren en el trámite escrito, distante e invisible, que llega a través de la casación con el propósito de rever la decisión adoptada por el *a quo* (Tribunal contra cuya resolución se interpuso el recurso).

Distinto es el caso en que se controvierte la aplicación de la ley sustantiva, y el Superior Tribunal acoge favorablemente la posición del recurrente. Ello se rige por el art. 433 del C.P.P., que permite la corrección directa e inmediata del fallo.

Sin costas, atento al resultado obtenido (art. 492, segundo párrafo, del C.P.P.).

A la segunda cuestión el Juez Javier Darío Muchnik dijo:

De acuerdo a lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 397/400vta. por la parte querellante contra la sentencia de fs. 382/395vta.

Asimismo, deberá mantenerse vigente el temperamento protectorio manifestado en su pronunciamiento por el Tribunal de Juicio con relación a la intervención de la asesoría pupilar (punto 3º de la parte dispositiva), debiéndose -en ese ámbito- determinar y establecer los mejores cursos de acción para el mejor abordaje de la problemática que vivenció la menor y su núcleo familiar.

Atento a la naturaleza de los hechos y las cuestiones jurídicas implicadas en la causa, cabe eximir del pago de las costas de esta instancia a la parte querellante (art. 492, segundo párrafo, del C.P.P.).

A la segunda cuestión el Juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

Comparto y hago mía la propuesta formulada por el Juez Muchnik, votando en igual sentido.

Con lo que finalizó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 14 de octubre de 2020.

VISTAS: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede y la mayoría resultante

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

1º) RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 397/400vta. por la parte querellante contra la sentencia de fs. 382/395vta. Sin costas (art. 492, segundo párrafo, del C.P.P.).

2º) MANTENER vigente el temperamento protectorio manifestado en su pronunciamiento por el Tribunal de Juicio con relación a la intervención de la asesoría pupilar (punto 3º de la parte dispositiva), debiéndose -en ese ámbito- determinar y establecer los mejores cursos de acción para el mejor abordaje de la problemática que vivenció la menor y su núcleo familiar.

3º) MANDAR se registre, notifique y cumpla.

Fdo.: María del Carmen Battaini – Juez (en disidencia), Javier Darío Muchnik – Juez, Carlos Gonzalo Sagastume – Juez

Secretario: Roberto Kádár

Tº VI – Fº 1057/1078