

ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, Capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 17 días del mes de diciembre de 2021, se reúnen en Acuerdo ordinario los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, jueces Ernesto Adrián Löffler, Carlos Gonzalo Sagastume, Javier Darío Muchnik y María del Carmen Battaini, para dictar pronunciamiento en los autos caratulados **“LIROLA, Miguel Ángel s/Abuso sexual simple reiterado”**, expte. nº 1139/2021 STJ-SP.

ANTECEDENTES

1.- En fecha 17 de mayo de 2021, el Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Sur condenó a Miguel Ángel Lirola a la pena de tres años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas (artículos 12 y 29 inciso 3º del Código Penal, 372 y 492 del Código Procesal Penal), como autor material y penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, reiterado en número indeterminado de ocasiones (artículos 55 y 119 párrafo 1º del CP), por los hechos cometidos en la ciudad de Ushuaia, con anterioridad y hasta el día 19 de marzo de 2017.

Ello, según punto 1º de la parte dispositiva de la sentencia de fojas 176/186vta.

2.- La defensa oficial interpuso recurso de casación a fojas 197/213, en el que reiteró, básicamente, los agravios expuestos oportunamente en ocasión de alegar.

Cuestiona, en lo sustancial, que la condena se basó en pruebas que no resultan aptas para formar convicción, como fueron, el relato inducido y no espontáneo de la víctima (fs. 199) y lo concluido por la psiquiatra forense, Dra.

María Cristina Martín —quien a su criterio, no se encontraba habilitada para administrar y analizar test psicológicos— (fs. 203).

Respecto de la fecha y lugar de ocurrencia de los diferentes sucesos, señala que los jueces se basaron en meras conjeturas que no encuentran sustrato en las pruebas rendidas en autos.

Por último, critica la falta de tratamiento por parte del tribunal de las circunstancias atenuantes que presentaron las partes para la individualización de la pena.

Hace reserva federal del caso.

A fojas 214/215, el tribunal *a quo* —sentenciante— declaró admisible el recurso interpuesto.

3.- Radicadas las actuaciones ante este Estrado, se corrió vista al titular del Ministerio Público Fiscal, quien a fs. 222/228vta., propició rechazar el recurso en trato.

Llamados los autos al Acuerdo (hoja 229), la causa se halla en estado de ser resuelta de conformidad al sorteo efectuado (hoja 232).

Voto del juez Ernesto Adrián Löffler:

1.- La hipótesis de hecho contenida en la requisitoria de elevación a juicio, consistió en: “Se atribuye a Miguel Ángel Lirola el haber abusado sexualmente de la niña A. A. V. (7 años de edad al momento del hecho), mediante tocamientos en sus partes íntimas y haciendo que la niña le tocara las suyas —en varias oportunidades—, mediando violencia y/o amenaza y/o abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, autoridad, o de poder

(padre de un amiguito del barrio), y/o aprovechándose el autor de que la víctima, por su minoría de edad o por cualquier otra causa (lo sorpresivo e intimidatorio del acto, entre otras), no pudo consentir libremente la acción. De acuerdo a lo relatado por A. a su madre—denunciante, el día 19 de marzo de 2017 (no precisando horario) mientras se encontraba acariciando una tortuga en el exterior de la vivienda del imputado (padre de su amigo J.), sita en calle Hielos Continentales N° 458 de Ushuaia, Miguel Lirola se acercó por detrás y le introdujo la mano dentro de sus pantalones, tocando sus glúteos por encima de la bombacha. La niña mencionó que cada vez que va a jugar a la casa de su amigo J., Miguel siempre le tocaba sus glúteos por encima de su bombacha y en una ocasión la sentó sobre su regazo e hizo que con su mano le tocara el pene” (fs. 94/vta.).

El tribunal tuvo por acreditados los hechos conforme fueran indicados por el representante del Ministerio Público Fiscal en oportunidad de formular el correspondiente requerimiento de remisión a juicio a fojas 94/96; plataforma que, en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, fue mantenida y reproducida al formular la acusación en el debate (fs. 176/vta.).

2.- El impugnante interpuso recurso de casación (fojas 197/213) en virtud de considerar que el tribunal *a quo*, para pronunciar su fallo condenatorio, se basó “en constancias probatorias que no permiten afirmar la materialidad y autoría del hecho con el grado de certeza que esta etapa procesal requiere” (fs. 198).

Cuestiona la credibilidad y la fuerza probatoria del testimonio de la niña víctima y la vulneración del principio de presunción de inocencia.

Asevera que la Dra. Martín, integrante del cuerpo de peritos distrital, no se encuentra facultada para administrar y evaluar los test proyectivos con los que analizó la personalidad del imputado, dado que no se desempeña como psicóloga.

A la par, hace hincapié en la imposibilidad material de ocurrencia de los hechos en el patio delantero de la vivienda situada en Hielos Continentales N° 458 de Ushuaia, dado que se trata de un lugar con gran afluencia de gente por la existencia de una parrilla en la misma cuadra. Agrega, en cuanto a las circunstancias de tiempo y modo de los sucesos, que “no se ha podido establecer con claridad cuándo éstos han tenido lugar y en qué condiciones, pues, tal como ha sido manifestado por Lirola y refrendado por la testimonial brindada por el Sr. D., A. sólo concurría a la casa de la familia del imputado cuando se encontraba J. e incluso cuando iba las visitas se circunscribían al patio” (fs. 207).

Finalmente, refiere que el fiscal, al momento de proponer la omisión del debate, solicitó se impusiera a Lirola la pena de dos años de prisión; pero posteriormente, de cara al juicio oral, “varió ostensible su pretensión sin explicitar las razones que lo conmovían a ello” (fs. 210) y en su alegato, pidió tres años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas para el justiciable.

Con sostén en los agravios invocados, peticiona se invalide el decisorio recurrido, y en su lugar, se adopte un criterio absolutorio respecto del imputado.

Formula reserva de Caso Federal.

3.- Cabe adelantar, que el recurso intentado, no podrá recibir acogida favorable, por no advertirse en el caso, la concurrencia de ninguno de los vicios alegados por el recurrente.

Las alegaciones que el casacionista realiza en su intento impugnatorio, no demuestran el apartamiento de la solución consagrada por el ordenamiento

legal, la deformación de hechos probados y evidentes, la elección de una posibilidad notoriamente injusta o la violación de las reglas del pensar correcto.

Contrariamente, evidencian su disconformidad con la valoración de elementos fácticos y la aplicación legal realizada por el tribunal *a quo*, circunstancia que no cubre la tacha intentada.

Deviene procedente mencionar que en este caso se tiene como víctima a una niña y por ello resulta indispensable juzgar no solo con **perspectiva de género**, sino también con **perspectiva de infancia** (cfr. voto de la jueza María del Carmen Battaini en el precedente “R., F. A. s/Abuso sexual simple”, expte. n° 699/2019 STJ-SP).

4.- A esta altura, cabe comenzar con la embestida del defensor contra las condiciones y métodos bajo los cuales fue obtenido el testimonio de la menor damnificada.

En ocasión de declarar en el debate, la Lic. Marina Zamar destacó que había entrevistado a la niña en dos oportunidades; en la primera, para saber si estaba en condiciones de declarar en los términos del artículo 105 del CPP, y en la segunda, para evaluar sus funciones cognitivas y la posibilidad de diferenciar la verdad de la mentira (fs. 181/vta.).

De fojas 58 surge que dichos encuentros se concretaron los días 10 y 18 de mayo de 2017.

Posteriormente, el 3/7/17, la perito psicóloga oficial consignó en su informe que la niña presentaba un “relato espontáneo, carente de fisura”, y que no mostraba indicadores de fabulación (fs. 58/vta.).

En dicho norte, la mentada profesional explicó en el debate que el relato espontáneo e inmaduro de la víctima, no podía traducirse en un intento de su entorno familiar de inducirla a brindar un testimonio mendaz, ya que ello se hubiese podido detectar a través de otros factores de análisis que se tuvieron en cuenta durante las entrevistas.

Sobre este punto, resulta claro que durante las deposiciones de los niños, los peritos psicólogos intervinientes deben primero entablar diálogo con aquéllos y crear un ambiente adecuado; luego, lentamente, propiciar el recuerdo libre, y por último, introducirlos en la temática del expediente.

Ello no implica no lograr un relato de manera libre, ni tampoco orientar al niño o niña a dar respuestas que se pretenden obtener, sino conseguir una declaración confiable sobre el posible abuso sexual y maximizar el monto de la información obtenida del menor, dada su edad, circunstancias (cansancio, temor, sufrimiento, revictimización, desfile ante operadores judiciales) y predisposición al hablar.

Así, “la psicología del testimonio tiende un puente entre el derecho y la psicología, ofrece conocimientos y técnicas que permiten una valoración confiable de la prueba testimonial, y que estudia principalmente dos grandes ejes: la exactitud del testimonio y la credibilidad del testigo” (CNCCC, Sala II, “Cantos”, reg. n° 790/2015, rta. el 17/12/2015, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morín).

Como bien señaló el juez Pagano Zavalía al emitir su voto, “con solo valorar la audiencia en su totalidad, resulta claro que la labor de la perito fue justamente lograr —dada la corta edad de la víctima—, mediante la entrevista semiestructurada —como bien explicó—, que la niña se fuera soltando y contando cosas que, lógicamente en un primer momento no se sentía cómoda para revelar. Vale destacar al respecto los dichos de su progenitora, al

manifestar que creía que su hija no le había contado nada —inclusive sabiendo que lo que hacía Lirola no estaba bien— a fin de no perder contacto con su amigo J....” (fs. 180/vta.).

Esto, ciertamente, halla conjugación con el examen pericial practicado a la niña A. A. V., por parte de la perito psicóloga forense, Marina C. Zamar, al que me referí en párrafos anteriores (foja 58/vta.).

Acerca de esto último, con acierto refirió el representante de la vindicta pública durante la audiencia de debate que al entrecruzar el antedicho dictamen con la audiencia prevista en el artículo 105 de la ley de rito, se advertían detalles de suma trascendencia. Verbigracia, especificidad de detalles por parte de la niña víctima, inexistencia de fabulación y de un discurso armado. También destacó su sereno, tranquilo y pomenorizado discurso, detalles los cuales se iban direccionando a la real comisión y características de los sucesos (foja 172).

Así pues, a mi juicio, no existen en este caso intereses o interferencias que hayan podido contaminar la declaración de la víctima A. A. V.; por lo que cabe consignar auténtica entidad probatoria al relato brindado por aquélla.

A la fiabilidad de la niña se le suman: a) la declaración de su progenitora (que vio el momento en que ésta se acomodaba la ropa y le consultó al respecto), b) la ausencia de fabulación, y c) la inexistencia de animosidad contra el imputado (véase que la niña fue tajante al responder negativamente ante preguntas puntuales acerca de los comportamientos de Lirola hacia ella, y asimismo, no fue acreditado extremo alguno que avalara la radicación de semejante denuncia en su contra).

Estos elementos probatorios, unívocos y contestes en su conjunto, evaluados de manera integral, no hacen más que echar por tierra el agravio presentado por la defensa.

A modo de conclusión, “el juez es un perito en ciencias jurídicas, claro está. Esto no le basta en la complejidad del mundo actual para poder resolver las cuestiones que llegan a su despacho. Para ello, recurre a los peritos que le brindan, a través de sus dictámenes, conocimientos en materias que le son extrañas. Sin perjuicio de ello, el juez es siempre el que tiene la última palabra en la valoración de los sucesos. Si bien hay ciertos dictámenes que de hecho obligan al juez, pues producen certeza, el magistrado en derecho siempre cuenta con la libertad para valorarlo de acuerdo a las reglas de la lógica, la ciencia y el sentido común. Esto le dará una herramienta, no para inmiscuirse y discutir el dictamen pericial de manera intrínseca, pero sí para apreciarlo en el contexto de otras pruebas que ofrece el proceso” (Estelly DÍAZ FERNÁNDEZ, *Dictamen pericial vs. Decisión*, Revista In Iure, 15 de octubre de 2016, p. 65-74, iniure.unlar.edu.ar, último acceso: 16-xi-21).

5.- El segundo planteo esgrimido por el casacionista se remite a la carencia de formación de la psiquiatra forense María Cristina Martín para administrar e interpretar test psicológicos.

Luce claro que este agravio no tiene fundamento de razón alguno.

Efectivamente, como va de suyo, dada su formación académica como psiquiatra, la prenombrada no es neófito en la temática bajo trato, toda vez que en su formación como médica ha estudiado pediatría y psiquiatría infantil. Aparte de haber estudiado psiquiatría de adultos y de haber rotado por el Hospital de Niños.

En tanto, que en su formación como médico legista, obviamente estudió con hondura suficiente violencia infantil y abuso sexual, no solamente desde la perspectiva de los abusadores sexuales, sino también de los niños víctimas.

Lo mismo en su práctica como perito ha visto con creces casos de niñas y niños víctimas. En rigor, hoy en día tal práctica se usa menos debido a que en los últimos dos años hay más psicólogas, las cuales se hallan atendiendo con más frecuencia a los niños.

Cabe entonces preguntarse, cómo podría ser psiquiatra la precitada profesional y conocer la patología mental, sin antes haber conocido la psicología normal. Dicho con otro giro, es imposible conocer la enfermedad si no se conoce la salud.

O sea, primero hay que aprender la psicología normal y la estructura de la psicología normal de un niño y de un adulto, para recién luego poder entender la psicopatología, cómo es la enfermedad y después cómo tratarla.

De consiguiente, la afirmación del casacionista de que únicamente los síntomas psicológicos sólo pueden ser atendidos por los psicólogos no tiene asidero alguno, cayéndose de bruces.

Sin perjuicio de ello, cabe advertir que la experticia graficó en sumo grado de detalle el examen mental practicado al imputado Miguel Ángel Lirola. Por ejemplo, la impresión general y su actitud ante la entrevista; su orientación; la lucidez de conciencia; su pensamiento; el curso y contenido de este último; su lenguaje; la sensopercepción, memoria, atención; juicio de realidad; inteligencia, psicomotricidad y ánimo.

Asimismo, a fojas 54, bajo el acápite “Evaluación de los test psicológicos”, la psiquiatra forense colocó entre paréntesis “Lic. Alicia Aracena”, refiriéndose a su compañera (psicóloga) de la Dirección pericial de este distrito, con quien —tal como explicó en el debate— analizó las referidas pruebas.

De ahí, pues, la categórica conclusión que del examen pericial practicado y de los antecedentes obrantes en autos, no surgían en modo alguno evidencias fehacientes que hicieran verosímil pensar que en el momento del hecho, de comprobarse la autoría del inculpado, éste último no hubiese podido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones por encontrarse en un estado de inconciencia (fojas 53/54).

Además, quedó asentado en dicho informe que: “de la evaluación de los test se desprende que las pulsiones fluyen sin suficiente freno inhibitorio... expresándose a modo de impulsividad y hostilidad con tendencia al *acting out*. Como recursos defensivos se hacen evidentes la evitación y la postura formal y alerta. Se evidencian algunos signos de inmadurez sexual” (fs. 54).

Sobre este tópico, dable es acotar el parecer de EHRHARDT y VILLINGER sobre las recíprocas funciones de la magistratura y del psiquiatra, citado por BARBERO SANTOS: “El juicio de reproche del juzgador se encuentra, respecto de los datos psíquicos de la conducta, en la misma relación que el juicio estético a la obra de arte. El perito psiquiatra representa para el juez el mismo papel que unos lentes para el experto en arte que padeciera miopía, y de la misma forma que los lentes no podrían decidir si el cuadro que se contempla es bello, tampoco el perito psiquiatra podrá usurpar al juez en el juicio de reproche sobre la culpabilidad del sujeto” (Vicente P. CABELLO, *Psiquiatría forense en el derecho penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1981, tomo I, p. 74).

De otra parte, llama la atención que la defensa recién durante sus alegatos pretendiera fulminar de nulidad la pericia psiquiátrica en trance,

puesto que no lo hizo durante el desarrollo de la fase instructoria, llegando incluso durante la etapa de citación a juicio a ofrecer la aludida pericia como prueba pertinente y útil (foja 109vta.).

Finalmente, debe hacerse presente que la censura desplegada por el recurrente en su pieza casatoria, no ataca los fundamentos vertidos en el fallo, donde el tribunal de mérito ha valorado con razonados fundamentos un plexo de elementos de juicio que permitieron sustentar la condena impuesta a Miguel Ángel Lirola.

No cabe abrigar dudas en que la actividad del quejoso no logra demostrar su aserto y sólo trasluce una mera discrepancia con la valoración probatoria llevada a cabo por el Colegio Judicial. Bajo este contexto, luce palpable que la defensa no se hace cargo en su prédica de los diversos objetivos que formaron la argumentación del sentenciante.

Evidentemente, su ponencia no pasa de ser un mero relato dialéctico que en modo alguno alcanza para demostrar, y menos aún acreditar, la tacha de arbitrariedad por él invocada.

En síntesis, la discrepancia desplegada por el quejoso no pone en tela de juicio el mérito que el judicante hizo de la prueba colectada, habida cuenta que fue analizada con perfecto ajuste a las reglas establecidas por la sana crítica.

6.- Respecto del agravio que gira en torno a la fecha de ocurrencia de los hechos y la ubicación geográfica de la vivienda del imputado (circunstancias fácticas de tiempo y lugar), el mismo tampoco puede prosperar.

En particular, el Tribunal de Juicio tuvo en consideración que la arteria Hielos Continentales no es una calle céntrica, sino una tranquila calle de barrio;

y que la parrilla que menciona la defensa también es un local de barrio, “con lo que pretender asignarle la característica de una arteria sumamente concurrida resulta antojadizo y cuanto menos inexacto” (fs. 184).

Asimismo, el sentenciante sostuvo que este tipo de hechos “no se efectúan de manera que puedan ser advertidos por otras personas, el autor se cuida especialmente de ello. Adviértase que la propia víctima informó que Lirola aprovechaba que los otros niños estaban distraídos jugando para concretar sus avances libidinosos hacia ella. Es claro entonces que también el encartado debió estar atento a que sus conductas no fueran advertidas por su familia ni por algún ocasional transeúnte que pasara caminando por el frente de su casa” (fs. 184).

Teniendo en cuenta el análisis realizado por el *a quo*, la defensa no argumenta en qué medida el razonamiento llevado adelante resulta irrazonable.

Debo manifestar que la descripción de la vivienda de Lirola en nada conmueve el plexo probatorio reunido en contra de aquél, como así tampoco la circunstancia —no corroborada— de que su grupo familiar haya salido al campo el día en que se radicó la denuncia que originó las presentes actuaciones.

En cuanto a la ubicación temporal de los hechos, tal como indiqué en mi voto en los autos “S., M. F. s/Abuso sexual en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado” —expte. n° 1058/21 STJ-SP del 17.09.21, T° VII F° 1170/1178—, no parece lógico pretender exigir a la víctima (de abuso sexual) menor de edad, precisión con detallada exactitud de día y horario; siempre y cuando de la prueba pueda detraerse que existieron varias conductas realizadas sistemáticamente por el imputado en contra de su privacidad e indemnidad sexual. Tal como ocurrió en autos.

De allí que el tercer planteo de la defensa deba ser descartado.

7.- Finalmente, el casacionista se agravia por el *quantum* de la pena solicitada por el acusador público, determinada luego por el Tribunal de Juicio.

El planteo se encuentra desprovisto de sustento legal.

El párrafo tercero del artículo 324 del CPP establece: “rechazada la petición, la estimación sancionatoria expresada no constituirá limitación alguna a la cuantía de pena que resulte procedente”, por lo que la pretensión punitiva formulada en la propuesta de omisión de debate carece de relevancia cuando el proceso prosigue por sus carriles normales.

En este andarivel, el representante de la vindicta pública recalcó a fojas 135, “que la propuesta... es en atención al claro criterio de oportunidad establecido por el legislador en el artículo 324 del ritual, al punto de prescribir que el ofrecimiento punitivo no queda limitado al mismo en caso de no prosperar la abreviación del juicio”.

Sabido es que la determinación de la pena implica el ejercicio de un poder discrecional del Tribunal de Juicio y escapa al control casatorio, excepto cuando adolece de falta de fundamentación (Cfr. CNCP, Sala I, “Vázquez, Enrique s/Recurso de Casación, 16-08-96, elDial.com, último acceso: 16-xi-21).

Esto último no se advierte en autos, toda vez que, luego de descartar causas de inculpabilidad, de justificación y de cualquier otra excluyente de la sanción, el sentenciante puntualizó las circunstancias atenuantes y agravantes que lo llevaron a estimar procedente en el caso la petición fiscal de tres años y

ocho meses de prisión de cumplimiento efectivo, accesorias legales y costas para el justiciable.

Por lo demás, puede colegirse que la mayor pena requerida por la vindicta pública al cierre de su alegato, respondió a su evaluación de los hechos investigados a la luz de la prueba incorporada y producida durante el debate.

8.- Por lo expuesto, cabe concluir que la sentencia de fs. 176/186vta., en cuanto fue materia de pronunciamiento, presenta fundamentos serios y atendibles, y responde en un todo a las cuestiones de hecho y derecho presentes en el caso.

En el pronunciamiento se advierte una valoración y análisis del material fáctico y probatorio para la determinación del encuadre jurídico aplicable y de la pena impuesta en base a la acusación efectuada por el agente fiscal. Ello no merece observaciones sustanciales, y refleja una derivación razonada y lógica que determina la aplicación del derecho vigente.

En definitiva, propicio que se rechace el recurso de casación articulado a fojas 197/213 contra la sentencia de fojas 176/186vta.

Cabe imponer las costas al enjuiciado, de acuerdo al principio establecido en la primera parte del artículo 492 del CPP.

Los **jueces Carlos Gonzalo Sagastume, Javier Darío Muchnik y María del Carmen Battaini**, comparten y hacen suya la propuesta formulada por el Dr. Löffler, votando en igual sentido.

Con lo que finalizó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 17 de diciembre de 2021.

VISTAS: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

- 1º) **RECHAZAR** el recurso de casación articulado a fojas 197/213 por la defensa de Miguel Ángel Lirola contra la sentencia de fojas 176/186vta. Con costas (art. 492, primera parte, del CPP).
- 2º) **TENER PRESENTE** la reserva del caso federal.
- 3º) **MANDAR** se registre, notifique y cumpla.

Fdo.: Ernesto Adrián Löffler - Juez, Carlos Gonzalo Sagastume - Juez, Javier Darío Muchnik – Juez, María del Carmen Battaini – Juez

Secretario: Robert Kádár

Tº VII – Fº 1803/1810