

IPP 9844/I

Número de Orden:381

Libro de Interlocutorias n°:14

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los días veintiseis del mes de **septiembre del año dos mil doce**, reunidos en su Sala de Acuerdos, los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, doctores **Gustavo Angel Barbieri, Pablo Hernán Soumoulou y Guillermo Alberto Giambelluca**, para dictar resolución en la causa **IPP 9844/I** seguida a: **"R. A. M. POR ABUSO SEXUAL EN TRES ARROYOS"**, practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la n° 12060), resultó que la votación debía tener lugar en el orden siguiente: doctores **Soumoulou, Giambelluca y Barbieri**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1°) ¿ Es justa la resolución apelada ?

2°) ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: La resolución de fs. 120/123 vta. rechaza el sobreseimiento de R. A. M., peticionado en su favor y eleva las presentes actuaciones a juicio por el delito abuso sexual agravado por la situación de convivencia, en los términos del art. 119 párrafos 1 y 5, en función del 4to. inciso "f", del Código Penal.

Contra el pronunciamiento de la instancia interpone apelación el defensor particular, doctor Eduardo R. Duca (fs.129/138). Sostiene en lo medular, la falta de acreditación del hecho que constituiría la figura penal que se le pretende atribuir a su pupilo a título de autor.

Estima arbitraria la valoración realizada por el magistrado de

garantías, por colisionar con el estado de inocencia del que goza el imputado y los principios de "favor rei" y debido proceso legal, por entender que excede las amplias facultades otorgadas por el art. 210 del rito.

Cuestiona el plexo probatorio seleccionado para fundar la resolución atacada y se duele también de la falta de ponderación por parte del "a quo" de aquellas probanzas que benefician a su asistido.

Concretamente repara respecto de las declaraciones testimoniales prestadas por los familiares de la menor víctima, de las conclusiones realizadas por la instancia de grado acerca de la pericia psicológica, del informe que da cuenta de la existencia de PSA sobre el cobertor de la cama, de la ponderación parcial respecto del informe médico realizado por Dr. Iraola y por último se agravia de que el Dr. Oleaga descarte la declaración prestada por su pupilo en los términos del art. 308 del C.P.P.

Relativiza también el recurrente la eficacia convictiva que corresponde otorgar a las manifestaciones de la víctima cuando las mismas no encuentran respaldo en otros medios probatorios, trayendo a colación jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal Provincial en apoyo de su tesis y citando doctrina en el sentido apuntado.

Adelanto desde ahora y luego de un análisis pormenorizado de la resolución puesta en crisis, que propondré al acuerdo su revocación, aunque por argumentos y alcances distintos que los formulados y queridos por el recurrente, centrando la cuestión esencial en la interpretación y alcance que ha de darse al inciso 6to. del art. 323 del C.P.P. en supuestos como el que aquí se trata.

Sostiene el a quo en su resolutorio que, no se presenta al tiempo de ejercer el control de la imputación penal "una claridad fáctica que determine la innecesariedad de proseguir la causa; toda vez que no concurren por el momento ninguna de las hipótesis del art. 323 del Código de forma en esta materia, el esclarecimiento total de los hechos obliga a ingresar en la etapa de juicio".

Por ello concluye formando convicción sincera sobre la probable

participación del encausado en el delito de abuso sexual agravado que le imputa la fiscalía (art. 157 incisos 2 y 3 del rito), denegando el sobreseimiento solicitado y elevando la causa a debate.

Ahora bien. Para fundar la existencia de la materialidad ilícita y la participación punible del imputado, el magistrado de la instancia se recuesta sobre la estructura probatoria utilizada por el agente fiscal en su requisitoria a juicio.

Así, analiza en primer término la declaración prestada por la víctima en oportunidad de llevarse a cabo la audiencia prevista en el art. 102 bis del C.P.P., en cuanto refiere que el encausado, concubino de su madre, casi diariamente y durante el tiempo que duró esa relación - seis meses- antes de salir a trabajar por la mañana, se metía en su cama y la "tocaba debajo del vestido", obligándola a tocarlo a él también debajo de su ropa.

Sostiene en su fundamentación que, el testimonio de la niña es la única declaración hábil para acreditar el hecho, por lo que resultando creíble sus dichos, descarta la argumentación de la defensa.

Expresa que en apoyo del relato de la menor, viene la pericia psicológica realizada por el Cuerpo Técnico Auxiliar del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil de la ciudad de Tres Arroyos, en la cual se señala "como indicador psicológico compatible con el abuso sexual, la evitación que constituye una modalidad disociativa para intentar evadir la entrevista..."; el informe médico practicado por el doctor Iraola sobre la menor- en el cual refiere la sindicación de M. como la persona que realizó los tocamientos en su cuerpo-; el cultivo vulvovaginal practicado a la joven y en el que se detecta la presencia de parásitos, cuya vía de contagio puede obedecer a un contacto sexual y la pericia bioquímica realizada sobre el cobertor de la cama de la víctima en el que se halló secreción prostática (v. fs. 23/26vta.; fs. 17/20; 35/36; fs. 44, respectivamente).

Adita a lo anterior, los testimonios de la madre y de la hermana de la

menor, a quien esta les refirió lo sucedido con el encartado (v. fs.78/79 y fs. 5/5vta.).

Así, confronta el plexo probatorio señalado con la versión dada por el encausado (fs. 90/91vta.), descartando la credibilidad de esta última, por lo que concluye que los elementos colectados acreditan la probable participación de M. en el hecho que se le endilga.

Disiento con el análisis de las circunstancias de hecho efectuado por el "a quo". Considero que en autos, si bien la situación planteada no puede ser encuadrada en ninguno de los supuestos previstos en el art. 323 para el sobreseimiento como pretende la defensa; tampoco existen en autos elementos suficientes como para tener por acreditada la materialidad delictiva y la participación punible del procesado con el grado de convicción suficiente como para elevar esta causa a juicio (arts. 337 y 157 del C.P.P.).

En esa línea, la defensa denuncia la existencia de la certeza negativa que exigen las hipótesis contempladas en los inciso 2 y 4 del art. 323 del C.P.P. según se desprende del escrito de oposición a la requisitoria y del de apelación.

Así las cosas, encuentro que el testimonio de la menor aparece huérfano de todo otro respaldo probatorio que lo robustezca como medio convictivo.

Por lo demás, corresponde señalar que la joven efectúa un relato muy particular sobre los supuestos hechos ocurridos, desde que estos son contados a partir siempre de la insistencia de quien realiza la entrevista, formulando preguntas indicativas que, en el marco de un debate, no hubieran pasado el tamiz de su admisibilidad.

De otro lado, si bien se observa en el video la angustia que por momentos invade a la menor, no surge del mismo la existencia de indicadores específicos que evidencien su relación con el abuso denunciado, por lo que dicho estado de ánimo puede reconocer más de una causa eficiente.

Respecto a la pericia psicológica realizada por la licenciada Adela

Moreno (ver fs. 23/26), debo señalar que de la misma no puede extraerse ninguna conclusión cargosa. Me explico.

Allí se informa que: "Rocío no efectúa un relato de los hechos que se investigan. Expresa que "no quiere hablar más de eso", lo que es ratificado en las siguientes entrevistas... por lo que dado que la joven no realiza un relato de los hechos denunciados, no puede evaluarse su discurso".

Que no surgen cambios significativos en la salud, personalidad y comportamiento.

Que tiene un escaso conocimiento sobre la sexualidad.

Y como único indicador psicológico compatible con un abuso sexual, se puede mencionar la evitación que, constituye una modalidad disociativa para intentar evadir la entrevista.

En cuanto a la existencia de parásitos (*trichomonas vaginalis*) que da cuenta el estudio vulvovaginal practicado a la menor, el Dr. Iraola aclara que la vía de contagio puede ser directa, es decir por contacto sexual o por vías indirectas como natatorios, etc.

Por otra parte, el informe educacional obrante a fs. 84 da cuenta que la menor tuvo durante el transcurso del año 2.009 un rendimiento escolar satisfactorio, no observándose cambios en ese ámbito como así tampoco en lo que refiere a su conducta.

Señalo lo anterior, desde que las conductas abusivas ejercidas sobre los menores suelen tener consecuencias en el ámbito mencionado, por lo que no se desprenden del informe en cuestión, indicadores de tales procederres.

Y por último, respecto de la presencia de PSA en el cobertor de la cama de la menor, el encartado en su declaración obrante a fs. 89/91 brinda una explicación al respecto, la que no se encuentra controvertida por la declaración de la

progenitora de la niña.

De lo expuesto debo referir que -si bien no se advierte que exista la certeza negativa que denuncia la defensa basándose en los incisos 2 y 4to. del art. 323 del Rito- no existen tampoco en autos elementos de convicción suficientes respecto de la existencia de la materialidad delictiva como para avanzar a la siguiente etapa, principalmente porque entiendo que no se ha acreditado -con el grado de probabilidad requerido para esta etapa- que la menor haya sido presunta víctima de acciones impúdicas.

En este sentido y a fin de fundar la solución que propongo al acuerdo, traigo a colación lo dicho por este Cuerpo, "in re" Berth, Elsa Lorena s/Usurpación de Inmueble, expte. nº 9.615., en voto del Dr. Barbieri que: "...debe aclararse en primer término que el Código de Procedimiento Penal de este Estado, al instituir en su título VI el denominado control de la imputación -o etapa intermedia por encontrarse ubicada entre la investigación penal preparatoria y el juicio-, establece que una de las principales funciones que debe realizar el Juez de Garantías o Cámara de Apelaciones es evitar que lleguen a plenario causas que impliquen un dispendio de actividad jurisdiccional.

Así la justificación política de esta etapa es la de prevenir la realización de juicios mal provocados por acusaciones que posean defectos (control formal), o se encuentren insuficientemente fundadas (control material).

El artículo 337 del C.P.P. establece que *"...el Juez de Garantías resolverá la oposición en el término de cinco días. Si no le hiciere lugar, dispondrá por auto la elevación de la causa a juicio. El auto deberá ajustarse a lo dispuesto en el art. 157. De igual modo procederá si aceptase el cambio de calificación propuesto por la defensa..."* (primer párrafo) agregando: *"...cuando no se hubiere deducido oposición, el expediente será remitido por simple decreto al tribunal de juicio o juez correccional en su caso..."* (tercer párrafo).

No hay dificultad interpretativa de la normativa procesal en lo tocante al párrafo tercero, pues ese control es a pedido de parte, salvo causales de nulidad (control formal), claro está.

Distinta es la solución cuando hubiere oposición de la defensa.

Cafferata Nores explica que la "*...ley subordina el dictado de las decisiones judiciales que determinan el inicio o avance o conclusión del proceso, a la concurrencia de determinados estados intelectuales del juez (órgano judicial) en relación con la verdad que se pretende descubrir...*" (cfr. "La Prueba en el Proceso Penal", 3era. Edición. Editorial Depalma, pág. 9); digo así que el grado de convicción requerido en el juzgador para sortear la etapa intermedia –que se ha denominado comúnmente grado de probabilidad positiva- está establecido en el art. 157 del C.P.P., estándar al que remite el art. 337, primer párrafo, de ese cuerpo normativo".

Soy de la opinión que, en el caso de autos no existen medios de convicción suficientes para arribar a dicho grado de probabilidad sobre la existencia del hecho materia de acusación. Pero tampoco –como lo referí ut supra- podría sostenerse razonablemente que nos encontremos con alguno de los supuestos normados por el art. 323 del C.P.P. como para dictar el sobreseimiento del imputado.

En este sentido, la situación procesal de M., sobre la que considero que no existen –a esta altura- elementos suficientes para arribar al grado de convicción necesario para elevar la causa a juicio, podría –prima facie- corresponderse con el inc. 6to. del art. 323 del C.P.P. que expresamente prescribe esta falta de probabilidad positiva –contracara del art. 157- como uno de los requisitos necesarios para sobreseer.

Sin embargo, ese inciso establece otros dos requisitos que deben cumplirse para que se puede producir la consecuencia conclusiva allí establecida; y el primero –plenamente objetivo- es que los plazos de la I.P.P. se

encuentren vencidos, circunstancia que no se da en esta causa, por lo que el sobreseimiento no procede.

Pero a su vez, no podría elevarse la causa a juicio ya que -con la prueba reunida- en mi opinión no existen elementos de convicción suficientes sobre la existencia del hecho como para pasar a esa etapa procesal (art. 157 C.P.P.).

Se dijo en la causa precitada supra que: "De allí que la interpretación armónica de los artículos citados conlleva a la siguiente consecuencia: en los supuestos en que no se hubieran agotado dichos plazos procesales y tampoco se hubiera formado en el juzgador la convicción necesaria para pasar a la siguiente etapa procesal, debe procederse al "rechazo" de la requisitoria y la remisión de la investigación a los fines que se estimaren corresponder (cual sería por la Fiscalía la búsqueda de nuevos medios de convicción que permitieran arribar a esa probabilidad positiva jurisdiccional o peticionar el sobreseimiento en caso contrario).

En ese sentido se pronunció la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de San Isidro -Sala III- en las causas: 23.360 "Hyland Harold S. s/ apelación auto de elevación a juicio" de abril de 2007; 25.101 del 29/12/2008; 27.115 caratulada "Ayala, Raúl Bernardo s/ elevación a juicio" de junio de 2011.

Esta situación genera para el sistema el beneficio de evitar la elevación a juicio de investigaciones donde no se ha logrado el grado de conocimiento suficiente, y para el imputado el beneficio de obtener en un plazo razonable un pronunciamiento (art. 8.1 de C.A.D.H., 14.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) respetando su derecho a peticionar el sobreseimiento en "esta etapa", ya que el propio legislador lo considera excepcional una vez elevadas las actuaciones tal la normativa del art. 341 del Rito.

También en el mismo sentido se puede ver en doctrina "Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires", Héctor M. Granillo

Fernández y Gustavo A. Herbel; Tomo II, 2da. Edic. Actual. y Ampl., págs. 203 y sgtes.

Se aclara que la remisión que debería efectuarse no puede indicar ni marcar el camino que debe seguir la instrucción; es decir, no debe precisarse qué prueba resulta necesaria ni cómo se debe producir la misma; pero sí es un claro indicador de que "en estas condiciones" no se puede continuar el camino hacia el juicio oral.

Existiendo plazo instructorio, arribar al grado de probabilidad positiva requerido por el art. 157 o a la certeza negativa (forma genérica para denominar los estados de convicción correspondientes a los diversos incisos del art. 323 del C.P.P.) aparecen como extremos posibles y con consecuencias plausibles que lograr. Diferente situación se sucedería en caso de que los plazos estuvieran vencidos".

En autos aún existe plazo de instrucción pues la requisitoria fiscal de fs. 111/114vta. fue presentada el 25/08/2011 y teniendo en cuenta que el imputado prestó declaración indagatoria el día 24/05/2011, la Fiscalía aún cuenta con tiempo necesario a los fines antedichos. (art. 282 del CPP).

Por todo lo expuesto concluyo que debe hacerse lugar al recurso interpuesto (art. 421, 434, 435, 442 y ccdts. del Rito), revocarse la resolución recurrida y rechazarse la requisitoria fiscal en los términos que viene efectuada (arts. 336, 337 y 157 inc. 3ero. a "contrario sensu" del C.P.P.), devolviéndose los autos al juez de grado a fin de que remita la investigación a la Fiscalía de intervención a los fines que estime corresponder (arts. 106, 157, 334 a 337 y ccdts. del Código Procesal Penal).

Voto por la negativa.

A LA MISMA PRIMERA CUESTION EL SR. JUEZ DR. GIAMBELLUCA DIJO: Voy a disentir con el análisis y sentido del voto emitido por el colega que me precede.

Llega la presente causa a esta sede por recurso de apelación interpuesto por el señor Defensor Particular, Dr. Eduardo Raúl Duca, contra el resolutorio de fs. 120/123

vta. dictado por el señor Juez del Juzgado de Garantías de Tres Arroyos, Dr. Rafael Oleaga, en el cual se rechazó el pedido de sobreseimiento presentado por la defensa en relación al procesado de autos -R. A. M.- en orden al delito de abuso sexual agravado por la situación de convivencia en los términos del art. 119, primer y quinto párrafo, en función del cuarto párrafo en su inc. f) del Código Penal.

Así el análisis, que en su conjunto efectúa el "A quo" de los distintos medios convictivos aportados al presente, le permite sostener, que existen indicios vehementes de la perpetración del delito de abuso sexual y motivos bastantes para sospechar que el imputado de autos ha participado en su comisión, elevando en consecuencia la presente causa a juicio.

El Magistrado de la instancia detalló las probanzas que ponderó en su decisión y realizó un correcto desarrollo lógico en la valoración de las mismas, sin evidenciarse duda alguna en sus conclusiones, ya que tanto de las pericias practicadas como los testimonios aportados, no aparecen infundadas, sino, y a esta altura del proceso al menos, todo lo contrario, en tanto se describe lo que cada prueba aportó y en que medida contribuyeron a conformar la convicción razonada, que en el marco de la valoración probatoria, exigen las normas de los arts. 210 y ccdtes del C.P.P.

Que conforme surge del decisorio atacado, el "a quo" tuvo por acreditado que una persona de sexo masculino, mayor de edad -el imputado de autos-, desde mediados del mes de noviembre del año 2.008 hasta los primeros días del mes de mayo del año 2009, en el dormitorio de la menor R. B. y aprovechando la situación de convivencia, en reiteradas oportunidades, abusó de ella mediante tocamientos, de manifiesto carácter sexual, en sus partes íntimas.

Contrariamente a lo que interpreta la defensa, no son sólo los dichos de terceras personas - familiares de la víctima- la única pieza probatoria existente para atribuirle a M. el hecho que se le imputa. Basta para afirmar lo que digo, repasar el contenido del resolutorio en el que el Magistrado de la instancia enlista los distintos

elementos incriminantes.

Se advierte así, que en el mismo se citan los nutridos medios convictivos reunidos en autos, en los que se han analizado no sólo los aportes testimoniales sino además las constancias de los peritos de la salud.

En primer lugar el "a quo" entendió a raíz del discurso brindado por la menor, por su estado de congoja que se evidencia en el disco de video digital, adjuntado a la presente, y por su narración por demás emotiva, que su relato resultaba creíble.

La víctima, quien a la fecha del hecho tenía 10 años, refirió que M., casi diariamente y durante el tiempo que duró la relación con su madre, y en ocasión en que el nombrado se iba a trabajar, se metía en su cama y la tocaba debajo del vestido. También manifestó que la obligaba a que lo tocara a él por debajo de su ropa. Que esto ocurría en su habitación en horas de la mañana y que su mamá se encontraba durmiendo en el otro dormitorio (audiencia en DVD de fecha 23/03/11).

Respecto a los testimonios brindados por los familiares de la menor damnificada debo decir que ninguna objeción merece la valoración por parte del Sr. Juez de la instancia.

En efecto, el testigo puede declarar sobre un hecho por conocimiento propio o de oídas, esto es, o bien refiriendo lo que por sus propios sentidos ha percibido o bien relatando lo que otro ha narrado, y aún cuando en relación a la certeza sobre un mismo hecho, el testimonio por conocimiento directo tendrá un valor superior al testimonio de oídas, dicha circunstancia no excluye la posibilidad de valorar a este último asignándole la credibilidad y la conducencia correspondiente, como ocurrió en el caso.

En ese sentido, la madre de la menor, sra. M. d. I. A. C., al momento de efectuar la denuncia manifestó: "... En el día de la fecha la dicente se encontraba en la casa de su madre ..., junto a su hija D., el marido de esta J.C. C., su progenitora V. M. I.; que la dicente se encontraba llorando por lo que comenzó a hablar con los antes mencionados de la relación que tuvo con M., circunstancias en que se acercó R., y su hija

D.le preguntó si M. le había hecho algo, siendo que en ese momento R. comenzó a llorar y refirió que este la tocaba en las partes íntimas, que se bajaba los pantalones, que se acostaba con ella, forzándola a que se baje los pantalones o pijamas, siendo que le pregunté si había tenido penetración y esta dijo que no; asimismo le pregunté porque no le había dicho antes estas cosas que el le hacía, y R. le contestó que el la amenazaba, por lo que la misma tenía mucho miedo, que esto pasaba a la mañana temprano cuando el se iba a trabajar ...". (fs. 1/1 vta.).

A fs. 78/79 declara nuevamente y en lo que interesa refiere: "... Que M. nos prohibía que nos acerquemos a mis familiares, a mi mamá, a mis hermanos. Que si bien R. en alguna oportunidad iba a pasar el fin de semana a la casa de mi hermano, cuando esto pasaba M. se ponía mal, violento. Que recuerdo que un fin de semana R. se fue con mi hermano a Copetonas y R. no quería volver, lo que hizo que mi familia sospechara que algo estaba pasando ... Que M. tenía el horario de mañana, creo que iría a trabajar a las 7 de la mañana, y se levantaba a las 6 o 5 de la mañana. Que si noté que la nena se venía a mi cama a dormir conmigo a la mañana. Que R. tenía una pieza al lado mío, y me decía que tenía miedo y yo le decía que no tenga miedo que estaba al lado ..."

A fs. 5/5 vta. depone D. N. B., hermana de la víctima de autos, quien narra en similares términos a lo relatado por su madre. Agrega que: "... Deja constancia que la misma tenía sospechas que algo podría estar pasando entre su hermana y M. porque notó un cambio de actitud en su hermana, que la misma estaba más callada. La dicente no la veía muy seguido a su hermana, atento a que no vive en la ciudad, pero la misma notó que si M. le daba una orden, esta obedecía inmediatamente, ya sea atarse el cabello, siendo que la misma no hacía caso ni a su madre, ni a la dicente."

A fs. 104/105 C. A. C., tío de la menor, manifestó que había notado actitudes extrañas en su sobrina, que iba a su casa y se quedaba todo el fin de semana y

cuando llegaba la oportunidad de irse no quería.

Complementa lo anterior, la pericia de fs. 17/20 efectuada por el perito médico del Cuerpo Técnico Auxiliar del Departamento Judicial Bahía Blanca, Dr. Ladislao José Iraola, en la que la menor narró nuevamente el hecho del que fuera víctima, mencionando el profesional interviniente que la misma posee un discurso coherente.

A fs. 23/26 se adjunta la experticia realizada por la perito en psicología, Licenciada Adela Moreno, quien refiere que a la menor " ... se la observa visiblemente angustiada cuando se procuran abordar los motivos de la intervención ... El pensamiento no revela alteraciones formales ni contenido delirante ... Como indicador psicológico compatible con abuso sexual ... se puede mencionar la evitación, que constituye una modalidad disociativa para intentar evadir la entrevista ...".

Cierra el cuadro probatorio el informe del perito Iraola de fs. 35/36, del que surge que del examen bacteriológico de exudado vaginal de R. A. B., se constata abundante cantidad de Trichomonas Vaginalis (parásito flagelado con movimiento característico). Aclarando que las formas de contagio son 1) Contacto sexual; 2) Indirecta (natatorios) o por contacto físico estrecho.

De lo hasta aquí expuesto se puede advertir, que la menor siempre se pronunció en términos similares al momento de narrar el hecho del que fuera víctima por parte de M. (así frente a sus familiares, ante el perito Iraola y en ocasión de la audiencia dispuesta en los términos del artículo 102 bis del C.P.P.), como asimismo que se advirtieron síntomas de abuso sexual.

Cabe aclarar que el abuso sexual infantil puede generar no sólo secuelas físicas sino también conductuales, estas constituyen su manifestación externa y se presentan como signos. Esos indicadores son los que sustentan la credibilidad y verosimilitud del relato de un niño abusado.

Es así que estimo, que no concurre en autos la clara situación fáctica,

que determine la innecesaria de proseguir la causa, visto los elementos de cargo a priori reseñados y oportunamente invocados por el señor Juez "a quo" , que por el momento al menos obsta a la solución conclusiva del sobreseimiento en cuanto "prima facie" acreditan tanto la existencia del hecho materia de juzgamiento como así también la participación punible del procesado en el mismo, calificado como abuso sexual agravado por la situación de convivencia en los términos del art. 119, primer y quinto párrafo, en relación al cuarto en su inc. f) del Código Penal.

Por último, finalizo opinando que el pedido de sobreseimiento -que como es sabido, en el ordenamiento procesal cierra definitiva e irrevocablemente el proceso en relación al imputado en cuyo favor se dicta-, no resulta procedente a mi juicio, atento a la prueba reunida en la causa. Los supuestos del artículo 323 del Código Procesal Penal, exigen un grado de certeza negativa, no siendo tal la conclusión a que arribo, a esta altura, efectuando una valoración de los elementos de juicio, conforme a pautas contempladas en los artículos 209, 210, 334 a 337 del Código Procesal Penal.

Así lo voto.

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Adhiero a los fundamentos y al sentido del sufragio emitido por el Dr. Soumoulou.

Sólo me resta agregar y dando así respuesta a algunos extremos referidos por el colega que me precede, que los **dichos de la menor** se han vertido en los **términos del art. 102 bis del C.P.P.**; de allí que después de haber **observado detenidamente la filmación pueda llegar a la conclusión de que la niña no ha podido responder** a muchas de las preguntas que se le efectuaran; y si bien ello es comprensible, **no justifica que su silencio y su emotividad** sean interpretadas en contra del sujeto pasivo de imputación penal.

Sabemos que resulta dificultoso prestar declaración en esas condiciones y máxime teniendo en cuenta el contenido de las preguntas y las respuestas que se "esperan" (aún de las personas que actúan de buena fe). Sin embargo reitero, que no puedo dejarme llevar por sensaciones y que por el contrario puedo

aseverar que **el interrogatorio ha sido dirigido, con preguntas indicativas**. Tal vez no haya otra manera (en este caso) para que la menor declare, pero eso reitero no debe llevarnos a la fácil conclusión de que esa conducta evasiva "resulte un indicador del trauma del abuso cometido por el imputado".

Por el contrario **los considero (el silencio y la emotividad) síntomas ambiguos** que pueden corresponder al abuso como a otras cuestiones. Aún más, siendo que pudieran imputarse al abuso, todavía quedaría ver quién fue el autor.

Por sí sólo esa testimonial (casi sin respuestas y las pocas obtenidas, después de un interrogatorio dirigido con preguntas indicativas) aportaría un indicio -al menos- equívoco.

Las testimoniales del grupo familiar de la menor también pueden aportar algún indicio pero no más que ello atento a que **sólo hacen referencia a dichos de la madre o de la supuesta víctima**. No digo que no posean validez pero reitero que por sí solos no pueden provocar el grado de probabilidad positiva requerido por el legislador provincial en los términos de los arts. 337 y 157 del Rito Provincial.

El tipo de actitudes extrañas referidas por la hermana de la víctima de autos (fs. 5 y vta.) y por el tío de la menor (fs. 104/105) también **resultan -al menos- indicios equívocos**. Así que la supuesta víctima "obedeciera" inmediatamente a M., o que se quisiera quedar todo el fin de semana en casa de C., puede obedecer a múltiples motivos, y no por ello necesariamente a una conducta abusiva.

Iguales términos debo vertir con respecto a la **pericia psicológica de fs. 23/26 donde sólo se marca la "evitación"** como síntoma compatible con el abuso, pues ese indicador puede evidenciar cualquier trauma y/o patología, inclusive la previa inducción (que lejos estoy de proponer que haya ocurrido en estos obrados, pero lo hago sólo para demostrar que una conclusión resulta tan arbitraria

como la otra).

En este sentido (y de alguna manera resumiendo lo que ya dije en este voto y lo que diré) sana doctrina se ha sentado en el siguiente voto descrito con la claridad que lo suele hacer el Dr. Daniel Carral: "**...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 psiquiatras y psicólogos son netamente subjetivas y muchas veces inciertas. Así, las realidades psíquicas de las personas pueden ser deformadas o contaminadas, por los profesionales de la salud mental, cuando usan modalidades de entrevistas conductivas, inductivas y/o sugestivas como las padecidas por los niños involucrados en situaciones como las de estudio. Puede suceder que este tipo de errores de método, provoquen recuerdos falsos en la memoria de los niños... La tendencia de creerle al niño y aceptar los informes de abuso sexual como reales es muy grande, sin importar si los relatos son increíbles, si las denuncias se hicieron para causar daño, obtener ventajas materiales y procesales, o son producto de semanas, meses o años de terapia.**

Si en estas circunstancias la realidad es afectada, el sistema no protege, realmente daña al niño inocente y a su familia.

En este punto, debemos diferenciar la tésis de la ciencia jurídica y la de los profesionales de la salud mental, especialmente de los psicólogos que cumplen el rol terapéutico, y a diferencia de los que cumplen la misma función en calidad de peritos oficiales... Los profesionales de la salud mental que asumen un rol terapéutico, no son neutrales ni imparciales, porque para realizar terapias a los niños, obligadamente deben creer en el abuso, desconociendo los más elementales principios legales... Para la concreción del derecho y el valor justicia, se debe lograr que en las entrevistas y pericias psiquiátrico-psicológicas los entrevistadores, asuman una postura objetiva, imparcial, neutra, sin prejuicios, tanto externa como internamente. No deben partir del paradigma de creerle al niño apriorísticamente. El

profesional ideal no le cree ni descrea, sólo lo evalúa dejando que se exprese con libertad; y sin formularle preguntas capciosas, sugestivas o inductivas. Este tema es de fundamental importancia porque muchos profesionales, procedieron y proceden con la creencia a priori de la ocurrencia del A.S.I., incurriendo en el denominado "sesgo del entrevistador", realizando sobreinterpretaciones -siempre en dirección sexual-, de los dichos y juegos de los menores.

Cuando se somete a los niños a técnicas peligrosas o sugestivas sin fundamento en evidencias empíricas indudables que corroboren la ocurrencia del A.S.I. -como el caso en estudio-, sus efectos iatrogénicos dificultan distinguir a los niños victimizados, de los no abusados.

Los estudios sobre memorias falsas generadas en las terapias de menores, demostraron que es posible alterar los recuerdos, siendo éste otro de los problemas de las cuestionadas terapias psicológicas.

*Hasta el presente, de evaluaciones psicológicas no pueden determinarse, si la presunta víctima fue abusada o no. Por ello se introdujo -en la práctica- el uso del término "validación", que se traduce -a mi entender- en crear la falsa expectativa de que los psicólogos son capaces de establecer si un niño fue abusado sexualmente; pero no debemos dejar de tener en cuenta que **la psicología no es una ciencia exacta sino humana.***

*Por otro lado, la **bibliografía más reciente, sostiene que hasta el momento no se pudieron identificar científicamente, reacciones "típicas" de los niños abusados,** que permitan diferenciarlos confiablemente, de los no victimizados.*

*Por su parte, **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".***

Dice Freud que no importa cómo ocurrieron los

hechos en realidad, sino cómo los vemos hoy. Pero la finalidad de la justicia es saber cómo ocurrieron los hechos en realidad, al momento del presunto injusto, ilícito, delito u omisión de hacer; y no a través de testigos post facto como los profesionales de la salud mental... He sostenido (en 12.697 "Amado Sergio s/Recurso e Casación") que **el juez es perito de peritos y en definitiva, en la mayoría de los códigos modernos el dictamen pericial es valorado conforme a los principios de la sana crítica y la libre convicción y que no está obligado a aceptar la opinión de los peritos simplemente porque éstos la enuncien. **La evaluación pericial psicológica es un acto que implica indagar en busca de la verdad, articulada en los requerimientos procesales, procurando compatibilizar la verdad psicológica -que no necesariamente se corresponde con la verdad de la realidad- con la verdad jurídica -que tiene más de lo comprobable que de lo cierto-.****

La pericia no indica si los hechos han sucedido efectivamente en la realidad, sino que evalúa si el relato aportado por la víctima cumple, o no, con criterios preestablecidos de credibilidad. El dictamen no es vinculante para el tribunal, éste debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio, y no sobre lo que determinado perito concluya... Cuando nos enfrentamos a la necesidad de esclarecer ilícitos perpetrados en desmedro de la libertad sexual, el testimonio de la víctima se presenta como medular para probar el injusto, dado el ámbito íntimo en cuyo interior los mismos suelen consumarse... **El doctor Eduardo Padilla en "Acerca de la memoria y las co-construcciones"** (Conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, acto organizado por el Centro Interdisciplinario de Investigación Forense el 9 de mayo de 2006), **plantea una guía para una ponderación diagnóstica y subrayando la enorme dificultad - y a veces, la imposibilidad para los expertos- de distinguir una co-construcción de una historia verdadera.**

Si el niño en cuestión no presenta rasgos de personalidad fabuladora, lo que dice no es mentira, ergo, es cierto.

Siendo que este dogma se ve hoy apuntalado cuando se invoca que los dichos registrados lo han sido en la "Cámara de Gesell", entiendo en general... que este mecanismo no es útil si no se efectúa con ciertos recaudos, como el garantizar que los observadores de uno u otro lado del espejo puedan estar preparados y no sesgados como para que sus conclusiones no sean erróneas como si proviene de la boca de un mentiroso... verdadero... Menciona que deberemos inclinarnos con respeto hacia el misterio final del no se hubiera recurrido al artefacto. La utilización de la Cámara Gesell no garantiza la veracidad de los relatos que a través de ella se efectúen.

*El autor mencionado plantea que el sofisma que más rápidamente salta a la vista es el de sostener que todo aquello que no **cerebro humano, el sistema más complejo que existe en el Universo conocido. Y como el único instrumento para su estudio es otro cerebro, esto es algo no más extenso que el objeto en estudio, no lo podremos jamás abarcar en su totalidad.***

En definitiva, el dilema de si una persona miente o "fabula" o si lo que dice en efecto sucedió tal como lo tiene registrado en su memoria debe abandonarse por inútil pues la memoria humana es constructiva y creativa. La memoria variará también con el tiempo y los baches serán rellenados, muchas veces por influencia de otros.

Ya sabemos qué difícil es reconstruir un hecho a partir de los relatos de los testigos que lo presenciaron: las versiones pueden llegar a ser de lo más diversas, a veces sorprendentemente contradictorias.

Y esto no sucederá como consecuencia de que algunos mienten o "fabulan", sino básicamente como resultado de las características de nuestras memorias.

En el campo psiquiátrico-psicológico-forense, en especial con todo lo relacionado con imputaciones de abusos sexuales, se trata de imponer que los niños no mienten, que puede ser que a veces lo hagan pero nunca sobre temas

traumáticos como por ejemplo éstos de abuso sexual. Lo cierto es que los niños menores de siete años carecen de la capacidad de mentir para perjudicar a un tercero: sí lo harán, con creciente comodidad y capacidad de convencimiento, para librarse de un castigo o para ser cómplices de alguien mayor en algún juego o código secreto o de sorpresa.

El nudo del asunto no está en si un niño miente o no en temas de gravedad sino en si lo que dice corresponde a la realidad o si es falso.

Sabemos que, cuanto menor es la edad de una persona, más fácil es que sea inducido a tomar como sucedido algo que no sucedió y que incorpore el suceso en su memoria con toda convicción, en especial si el relato le es repetido varias veces y si proviene de alguien con un gran ascendiente sobre él, como pueden ser los padres, maestros o algún psicoterapeuta.

Es necesario ponderar todos los elementos en juego *incluyendo cuánta influencia puede tener un adulto –muchas veces convencido de que los hechos sucedieron conjugándose a veces los padres y ciertos profesionales muy sesgados por motivos diversos con lo cual las co-construcciones se multiplican y se hacen más convincentes.*

Como la mayor parte de los relatos infantiles de abuso físico, sexual, emocional o la combinación de ellos son verdaderos, en los casos dudosos o sin evidencias físicas, el profesional de la salud puede encontrarse frente a la imposibilidad de distinguir un relato falso de uno verdadero, debiendo asumir la realidad de decir que en algunos casos no se puede aseverar dicha circunstancia, ya que suele ser muchísimo y muy grave lo que está en juego: el principio constitucional de inocencia.

A lo largo del proceso que culmina en el debate, vemos cómo el simple relato de una situación cotidiana (un padre limpiando la cola a su hija) o una demostración de cariño (besos) calificada de excesiva por quien no está acostumbrado a recibirlas, se va transformando en un tocamiento inverecundo, hasta

llegar a ser la practica de maniobras masturbatorias y de sexo oral.

No se soslaya que esta modalidad de contacto entre padre-hija en situaciones que pueden llegar a calificarse de poco felices (no ocultarse al orinar o dejarse ver en desnudez), puedan haber dado lugar a una construcción en los adultos y una co-construcción en la niña, que los llevara sin mala intención a iniciar este proceso, pero de ninguna manera, -luego de haberse debatido la prueba propuesta por ambas partes-, alcanzan a vencer el principio de inocencia sustentado por la defensa, contribuyendo los tópicos reseñados a formar un estado de duda insuperable (art. 1 del ritual)..." (T.C.P.B.A., Sala III, causa 41.299 de fecha 31/5/2011); la negrita me pertenece y la efectúo para remarcar las ideas vertidas.

Tal vez me haya explayado un tanto en la transcripción del voto, pero ello por compartir la descripción y sus alcances, en un tema de tanto interés de las partes y también del grupo social donde además muchas veces se vierten opiniones por parte de personas que poseen pocos conocimientos científicos y/o fácticos de los expedientes en una temática tan sensible y compleja. Pero esas características conllevan a que el Juzgador deba extremar sus conocimientos y su prudencia, sin "completar" el grado de conocimiento al que la prueba objetiva (más los indicios que se puedan extraer claro está) lo trasladó.

Volviendo a **nuestro caso, el informe del perito Iraola (de fs. 35/36) nuevamente aporta un indicio equívoco** (no por error en el método sino por límites en su ciencia), pues informa que el resultado del exudado vaginal (que hace saber la presencia de parásito flagelado con movimiento característico) **podría deberse a contacto sexual (directo) y/o a contaminación indirecta (como la de los natatorios).**

Ante lo expuesto no hay dudas que -en este caso- la diferencia que se observa con el colega que me precede, tiene más que ver con el grado de conocimiento que se requiere para elevar a juicio que con cuestiones fácticas. Me

explico; no hay dudas de que en autos existe una sospecha sobre la existencia de abuso sexual del que resultara víctima la menor D.; también hay algún indicio (sin bien equívoco reitero) con respecto a la autoría de M..

Sin embargo creo que **es el legislador provincial quien impone un límite y marca el camino (jurídico) a seguir**: si existen dudas pues debe continuarse la instrucción (si hay plazo como en este caso) o sobreseerse en caso contrario (art. 323 inc. 6to).

Asevero que **-como regla-** para elevar una investigación a juicio (por requerimiento legal) **debe existir probabilidad positiva** como grado de conocimiento (art. 323 inc. 6to. y juego de los arts. 337 y 157 inc. 3ero. del Rito); **y (como excepción)** cuando no llegando a ese grado hubiera una **expectativa -razonable, objetiva y fundada-** de que existan posibilidades de **completar la prueba de cargo** en la etapa posterior.

Por el contrario **la duda (salvo la excepción antedicha) no permite la elevación a juicio**, no compartiendo la conclusión a que arriba mi colega de Sala en forma precedente al requerir "certeza negativa" para todos los casos de sobreseimiento.

Por todo lo expuesto voto en el mismo sentido, por los fundamentos expuestos por el Dr Soumoulou y que complemento por el presente.

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Atento el resultado alcanzado al tratar la cuestión anterior, corresponde -POR MAYORIA DE OPINIONES-, hacer lugar al recurso interpuesto a fs. 129/138 y, en consecuencia revocar la resolución recurrida y rechazarse la requisitoria fiscal, en los términos que viene efectuada, devolviéndose los autos al Juez de grado, a fin de que remita la investigación a la Fiscalía de intervención, a los fines que estime corresponde (artículos 106, 157, 334 a 337 y ccdds. del CPP).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DIJO: Atento la

conclusión arribada en la cuestión anterior, voto en el mismo sentido.

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado en la primera cuestión, voto en el mismo sentido que lo hace el doctor Soumoulou.

Con lo que terminó este acuerdo que firman los señores Jueces nombrados.

RESOLUCION

Bahía Blanca, septiembre 26 de 2012.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede, ha quedado resuelto -POR MAYORIA DE OPINIONES-:

Que no es justa la resolución apelada de fs. 120/123vta..

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede: SE HACE LUGAR al recurso interpuesto por el señor defensor particular, doctor Eduardo R. Duca a fs. 129/138 y, en consecuencia SE REVOCA la resolución recurrida, RECHAZANDOSE la requisitoria fiscal en los términos que viene efectuada, devolviéndose los autos al juez de grado, a fin de que remita la investigación a la Fiscalía de intervención, a los fines que estime corresponder (arts. 106, 157, 334 a 337 y ccdts. del Código Procesal Penal).

Notifíquese.

Fecho, devuélvase a primera instancia.