

**ACUERDO N° 28/2015:** En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los catorce (14) días del mes de agosto del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores **LELIA GRACIELA MARTÍNEZ y EVALDO DARIO MOYA**, con la intervención del señor Subsecretario de la Secretaría Penal, **Dr. JORGE EDUARDO ALMEIDA**, para dictar sentencia en los autos caratulados **"J. O. S/ ABUSO SEXUAL (IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA)"** Expte. Nro. 65 año 2015 del Registro de la mencionada Secretaría.

**ANTECEDENTES:** Que por sentencia n° 29/15, dictada el día 19 de mayo de 2015, por la Sala del Tribunal de Impugnación integrada por los señores Jueces Dres. Liliana Deiub, Andrés Repetto y Mario Rodríguez Gómez, se resolvió, en lo que aquí interesa: "(...) **I.- DECLARAR ADMISIBLES** los recursos de impugnación presentados por la Defensa y la Defensoría Integral de los Derechos del Niño y Adolescente (art. 236 y 242 del C.P.P. y C.). **II.- REVOCAR** la condena dictada por el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Beatriz Martínez; Leandro Nieves y Alejandro Cabral el día 13 de agosto de 2014 (art. 246 del C.P.P.). **III.- DECLARAR la ABSOLUCIÓN** de **A. O. J.** (art. 2 y 246 última parte del C.P.P.) (...)".

Cabe aclarar que el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Beatriz Martínez; Leandro Nieves y Alejandro Cabral, mediante sentencia de fecha 13/08/14 declaró a A. O. J. autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple continuado y reiterado (3 hechos), por haber sido cometido en perjuicio de tres menores distintas, N.A.K., D.V.S.M. y M.A.V., agravado por su condición de educador, en concurso real entre sí (Arts. 119, primer y quinto párrafo, en función del cuarto párrafo inc. B) y 55 del C.P.);

absolviéndolo respecto de los hechos atribuidos en perjuicio de las menores A.M.; F.R.; J.P. y P.C. Por sentencia de fecha 17/12/14, el mismo Tribunal, a instancia de la determinación judicial de la pena, condenó a J. a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional.

Ante ello, recurrió la Defensa Particular del imputado y la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente de la III Circunscripción Judicial toda vez que había solicitado la pena de nueve (9) años de prisión.

Ahora bien, en contra de la decisión del Tribunal de Impugnación, deducen impugnación extraordinaria el señor Fiscal del caso de la Unidad Fiscal única de la III Circunscripción, Dr. Marcelo Alberto Jofré; la Dra. Paula Castro Liptak, Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente de la III Circunscripción, y el Dr. Julián Álvarez en representación de la víctima N.A.K.

El Dr. Jofré, a través de su escrito, expresa que la sentencia del Tribunal de Impugnación que recurre, resulta arbitraria en los términos establecidos por la C.S.J.N., como causal de procedencia del recurso extraordinario federal estipulado en el Art. 14 de la Ley 48, que configura el motivo previsto en el Art. 248, inc. 2, del C.P.P.

Alega absurda apreciación de las pruebas recibidas en el juicio, de conformidad con lo previsto en el Art. 237 del C.P.P.N.

Denuncia que el Tribunal de Impugnación se limitó a hacer un juicio sobre los hechos ya analizados por otro Tribunal colegiado, que escuchó y merituó la prueba producida sobre la que se pronunció.

En el caso de que se le permita al Tribunal revisor valorar la prueba generada en el juicio en el que no participó, la decisión atacada omitió efectuar una

ponderación armónica, integral, pasando por alto los testimonios de las niñas, expresando solo la falta de definición del rol que cumplió el Lic. Pablo Colazo, profesional que asistió a las menores. Erróneamente se agregó que las conclusiones del psicólogo fueron esenciales para decidir la suerte de Jara, sin considerar las manifestaciones claras y concretas de las víctimas.

El profesional mencionado concluyó que el relato de las niñas era creíble y verosímil, sin advertir indicadores de mendacidad o fabulación.

Señala que el Dr. Mario Rodríguez Gómez, vocal preopinante a cuyo voto adhirió la Dra. Liliana Deiub, entendió que al relato de las menores le faltó algo, en alusión al nivel de trauma producido (agravantes) y así su recuperación, añadiendo como elemento del tipo penal del Art. 119 del C.P. la existencia de daño para acreditar la existencia de abuso sexual. Al respecto, en la sentencia se subrayó el caso de la menor N.A.K. quien supuestamente fue nombrada abanderada, -circunstancia alegada por la Defensa y dada por cierta por el Tribunal sin acreditación alguna- lo que llevó a la mayoría a suponer que los abusos no sucedieron.

Si bien la opinión del profesional no es vinculante, no resulta coherente con la naturaleza del discurso judicial actual apartarse de él sin motivo firme y claro. *"La total exclusión del valor probatorio del testimonio de las niñas a partir del ataque al Lic. Colazo viola elementales reglas sobre la ponderación del testimonio"*.

Destaca que la charla sobre educación sexual dada por la maestra L. B., en lugar de tomarla como un mecanismo de defensa dado a las menores víctimas de abuso sexual, fue

apreciada en su contra, en beneficio del imputado, al sostener que las acusaciones se produjeron solo en el grado donde se dictó la mencionada clase y no en las cuatro divisiones a cargo del imputado.

Tampoco resulta razonable exigir, para determinar que el relato es real, a quien vivió situaciones traumáticas el recuerdo de circunstancias y/o detalles que por mecanismos inconscientes de preservación caen en el olvido, por ser natural la negación de tales sucesos del pasado.

Denuncia que la motivación no cumple con las leyes que presiden el entendimiento humano al no existir correlación y concordancia entre la afirmación y la conclusión arribada como así también por incumplimiento del principio de razón suficiente.

Por último, en torno a la inspección ocular solicitada por la Defensa, realizada en el gabinete de música, expresa que no se consignó siquiera en forma estimada la dimensión de las dependencias internas, tampoco se analizó la planimetría que se acompañó en la investigación, ni la recreación efectuada en juicio a pedido de la Fiscalía y consentida por la Defensa con el perito Roldán, en donde claramente se demostró que dos personas de estatura más grande que el imputado y la niña cómodamente ingresan en el lugar.

Cita doctrina en aval de su postura. Hace reserva federal del caso.

La Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, sostiene en su escrito que su recurso se aloja en el Art. 248, incs. 2 y 3, del C.P.P., en razón de que la decisión adoptada causa gravamen irreparable a las víctimas, resulta arbitraria, vulnera el derecho a una tutela judicial

efectiva y es contraria a doctrina sentada en fallo anterior por el mismo Tribunal.

Afirma que el Tribunal de Impugnación, por mayoría, omitió valorar los elementos brindados por las niñas víctimas en sus declaraciones, asimilando y confundiendo sus testimonios con la validación efectuada por el Lic. Colazo sobre su credibilidad; desconociendo, de esta manera, el derecho de las víctimas de abuso sexual a ser oídas.

Resalta que, más allá de las conclusiones del experto en psicología sobre la credibilidad de los relatos, los mismos, por sí solos, son válidos para enervar el derecho de la presunción de inocencia de J.. Al respecto, cita el fallo "Hermosilla, José Luis s/ Homicidio (Impugnación extraordinaria)" resuelto el 04/12/14 por el T.S.J.

Recuerda que oportunamente se cuestionó la sentencia del Tribunal de Juicio en cuanto absolvió al imputado por los hechos denunciados por las menores A.M., F.R., J.P., y P.C., ya que, a pesar de la precisión en cuanto a los hechos y circunstancias de modo y lugar, el *a quo* solo analizó los criterios de validación del Lic. Colazo, efectuados en Cámara Gesell.

*"Sin perjuicio (...) que los argumentos del recurso oportunamente impetrado contra la Sentencia dictada por el Tribunal de Juicio diferencian completamente de las cuestiones planteadas por el Defensor particular del victimario; el Tribunal de Impugnación decidió no tratar el recurso articulado por esta querrela, se limitó a declararlo abstracto en función de la arbitraria valoración efectuada respecto de la validación de los testimonios de las niñas. Jamás advirtió que lo que se cuestionaba era el descarte de responsabilidad de los hechos sufridos por la niña (...) [J.P.] y (...) [A.M.] porque las mismas sufrieron otro abuso sexual".*

Al deducir el Tribunal de Impugnación que no existió daño o bien que fue rápidamente superado por las víctimas, incorporó un nuevo elemento a la figura del tipo penal del Art. 119.

Remarca que los factores que agravan o atenúan la pena debieron ser valorados en forma amplia, de acuerdo a las representaciones morales de las víctimas, analizándose la magnitud y cualidad del daño causado.

*"No se analizó, conforme había sido peticionado por esta parte en el libelo recursivo, que las víctimas viven en un lugar pequeño y como consecuencia del hecho acontecido y luego de la denuncia sintieron 'vergüenza' y que 'algo habrán hecho' además por la presencia del victimario las niñas sienten que 'no pueden salir de sus casas', que 'tienen miedo'".* Las circunstancias descritas fueron acreditadas en la causa. El Tribunal revisor no consideró lo expresado por la Lic. Marina Luque del Hospital de Las Lajas quien en el juicio de cesura y al ser interrogada sobre el daño sufrido sostuvo que la niña M.A.V. se resistía a hablar del tema, no quería ir a la escuela, no confía en los adultos, siente asco. En sentido similar se expidió la Lic. Guras.

Señala que ante el trauma producido por el abuso sexual infantil, cada individuo reacciona con la estructura de personalidad y mecanismos de defensa o adaptativos disponibles atento su modalidad conductual.

Alega que erróneamente se generalizaron los hechos denunciados, mudándolos a un lugar en el que no acontecieron, dado que en el gabinete de música solo se produjo un hecho de los diez imputados a J., el denunciado por M.A.V.

Por otra parte, contrariamente a lo invocado por el Tribunal de Impugnación, justamente las dimensiones

reducidas de dicho espacio son las que facilitaron el contacto abusivo. Los demás hechos ocurrieron en las aulas de la Escuela Primaria Nro. 170 de Las Lajas.

Finalmente, el pronunciamiento del Tribunal de Impugnación es contradictorio con doctrina sentada por el mismo Tribunal en causa "T., M. A. s/ Abuso sexual gravemente ultrajante" (Leg. MPF 11564/14) y con doctrina del Tribunal Superior de Justicia ("Hermosilla, José Luis s/ Homicidio (Impugnación extraordinaria)" resuelta el 04/12/14).

Hace reserva de recurso extraordinario federal.

Los Dres. Julián A. Álvarez y Pedro Arce, por la participación conferida como querellantes por la víctima N.A.K. censuran el fallo del Tribunal de Impugnación por arbitrariedad, contradicción, falta de logicidad, fundado en prueba inexistente y dictado excediendo la competencia propia del recurso que debía resolverse ya que sin conocimiento directo ni indirecto de la prueba producida, ni de los antecedentes del juicio realizado, se formularon críticas y afirmaciones que no guardan relación con los hechos y prueba mencionados.

Consideran que el Tribunal de Impugnación no podía asumir la posición de la Defensa, en torno a que el relato de las víctimas en Cámara Gesell es casi calcado toda vez que dicha prueba no fue incorporada a la impugnación.

Por su parte, la afirmación de la Defensa Particular de J. respecto a que la alumna A.N.K. fue abanderada es falsa. No obstante, el Tribunal revisor, sin prueba alguna que avale dicho extremo, lo consideró para rechazar la existencia de daño en la menor.

Atinente al gabinete de música, las partes acusadoras aportaron prueba científica y concreta tales como fotografías, informe técnico de personal policial idóneo y

afirmaciones de testigos, sin perjuicio de los dichos de la propia víctima, por lo que las apreciaciones del Tribunal de Impugnación no traducen más que una mera discrepancia con la valoración del *a quo*.

Señalan que el pronunciamiento atacado utilizó todos los argumentos en forma genérica para descalificar, incluso la condena dispuesta en torno a las restantes menores víctimas. En tal sentido "(...) *considerar improbado uno de los hechos sufridos por una de las víctimas (...) de ningún modo puede llevar a descalificar la prueba en general respecto de todos los demás hechos de esa víctima y por añadidura de todas las demás*".

Asimismo, si el Tribunal hubiese escuchado e interrogado a la maestra Bertoni -como lo hizo el *a quo*-, podría haber llegado a conocer de qué modo los niños de una pequeña comunidad del interior de la provincia reaccionaron contra lo que les ofendía al advertir sus características, origen e impulsos de una persona mayor y jerárquicamente superior que les desagradaba, a cuyas clases se resistían a asistir, sin haber podido expresar hasta entonces su desagrado y repulsión. Fue efectivamente una charla sobre cómo cuidar y proteger el propio cuerpo el disparador de las denuncias. En efecto, el Tribunal, por mayoría, asumió los argumentos de la Defensa como propios sobre prueba que no le fue presentada ni le incumbía. En tal sentido, asiste razón al voto disidente del Dr. Repetto cuando desnuda que la crítica a la sentencia revocada invadió esferas que le son ajenas, tanto a su conocimiento como al ámbito de su competencia.

El fallo cuestionado también desconoció la prueba que demostraba la sanción social y escolar sufrida por las

denunciantes -dado por probado en la sentencia original-, pretendiendo que ello no podía atribuirse a J..

Agregan que la falta de ciertos daños determinados no necesariamente conlleva a la inexistencia de los abusos, como tampoco podrían dar certeza absoluta de su origen o causa. La extensión del daño fue discutida en lo atinente a la pena aplicable, no en relación con la existencia del hecho.

Además, el decisorio puesto en crisis incurrió en contradicción manifiesta al admitir como posibilidad que el daño haya sido 'rápidamente superado'; pues si fue superado, existió.

Advierten ejercicio abusivo de las facultades de revisión dado que en ningún momento se impugnó el juicio, solamente la sentencia. *"Por lo tanto, revisar la sentencia por contradictoria, no habilita hacerlo fundándose en la prueba y análisis de las argumentaciones del juicio, pues inevitablemente incurrirá en (...) abuso (...)".*

El Lic. Colazo fue cuestionado única y exclusivamente por la Defensa. El planteo consistió en la cantidad de indicadores utilizados y considerados suficientes para otorgar credibilidad individual a cada testimonio de las víctimas.

Los jueces debieron darle crédito a todas las declaraciones por su coincidencia y claridad y no atenerse solamente a las que individualmente respaldó el experto en psicología. La sentencia recurrida no hizo más que descartar la pericial, lisa y llanamente, suplantándola con las afirmaciones de dos de los Magistrados en lo relativo a una ciencia en la que no son competentes.

Citan doctrina y jurisprudencia que hacen a su petición. Efectúan reserva del caso federal.

II.- Por aplicación de lo dispuesto en los Arts. 245 y 249 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas argumentaciones sobre la materia debatida (Cfr. acta de audiencia).

El Dr. Marcelo Alberto Jofré, representante del Ministerio Público Fiscal hizo referencia a la admisibilidad objetiva y subjetiva del recurso. Luego de una breve reseña de los antecedentes de la causa, alegó que la sentencia cuestionada resulta arbitraria, por la función que debe cumplir el Tribunal de Impugnación al analizar prueba de forma absurda para revocar, por mayoría, a instancia de un recurso interpuesto por la Defensa, la condena dictada por el Tribunal de Juicio y, en consecuencia, absolver a J.. Para ello, los miembros del Tribunal analizaron toda la prueba. La argumentación para determinar el beneficio de la duda se centró en examinar la labor del perito psicólogo -Lic. Colazo- afirmando que es la única prueba que el Ministerio Fiscal tuvo al momento de presentar el caso. Para fundar su postura los Jueces citaron jurisprudencia extranjera pasando por alto la local -Fallo "TORRES" del T.S.J.-. También se basó en la inexistencia de daño o en la rápida superación del mismo, invocando la errónea circunstancia de que una de las víctimas resultó abanderada a fin de año. En cuanto al Gabinete de Música, al llevarse a cabo la inspección ocular del mismo, se sostuvo que los hechos no pudieron haber ocurrido allí atento el reducido tamaño y el ruido que genera al ser de chapa, sin tener en cuenta que se denunció un solo episodio sucedido allí y no varios como se afirmara en el decisorio. Durante el juicio la Fiscalía presentó planimetría del lugar, demostrando, mediante representación, que dos

personas entraban en el habitáculo. Solicitó se revoque el fallo atacado.

Por su parte, la Dra. Paula Castro Liptak, Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, en primer lugar, se refirió a la admisibilidad de la impugnación presentada. Denunció que la sentencia es arbitraria, causa gravamen irreparable, contraria a la doctrina dictada por el mismo Tribunal que la dictó y por sobre todo, ha excedido los límites de la razonabilidad en tanto los miembros del Tribunal, a diferencia del Dr. Repetto que votó en disidencia, excedieron las facultades previstas para dicho órgano impugnatorio. Reseñó los hechos. Señaló que el fallo pretendió reeditar un nuevo juicio desconociendo el testimonio de las niñas víctimas dados en Cámara Gesell. Se vulneró el derecho de las víctimas de ser oídas sosteniéndose que el testimonio por sí solo no basta para desvirtuar que los hechos hayan sucedido dentro del Gabinete de Música. Durante el juicio se reprodujo la planimetría, acreditándose que dos personas de contextura robusta -uno de ellas el señor Fiscal- entraban ajustados en el lugar. Justamente lo reducido del espacio fue lo que permitió el hecho, el tocamiento. Otro agravio es la generalización que efectuó el Tribunal de Impugnación porque de todos los hechos denunciados, solo uno se cometió allí, el de la niña A.V. Por otra parte, lo resuelto es contrario, y afecta la seguridad jurídica en tanto en los precedentes TRINCIANTE Y HERMOSILLA se ha dicho que con el solo testimonio de las víctimas se puede desvirtuar el principio de duda. Además de lo dicho, al condenar el Tribunal de Juicio solo por tres de la totalidad de los hechos denunciados, la querrela oportunamente interpuso recurso de impugnación por los restantes, por los que no habían sido condenados y por el monto de la pena, no

obstante, el Tribunal de Impugnación omitió tratar el recurso presentado bajo el arbitrario entendimiento de que se había tornado abstracto atento lo resuelto. Peticionó se revoque el decisorio.

El Dr. Julián A. Álvarez, en representación de la víctima A.N.K., adhirió a la descripción de la admisibilidad formal efectuada por las partes que lo han precedido. Citó Fallos de la C.S.J.N. en apoyo de su postura. La arbitrariedad deviene al descalificar el Tribunal de Impugnación la sentencia de grado analizando prueba que no tuvo en su poder, las Cámaras Gesell de las menores no fueron ofrecidas como prueba. De la misma manera, se descartó la pericial del Lic. Colazo sin fundamentos técnicos. En síntesis, el Tribunal resolvió analizando prueba que no vio, no escuchó, que no le fue propuesta, solo así pudo descalificar la sentencia dictada en primera instancia. Aludió a la existencia de daño acreditado en la sentencia de juicio y desechada por el Tribunal de Impugnación como así también al hecho de que la niña A.N.K., a quien representa, no fue abanderada como alegó el Defensor al fundar su recurso de impugnación y que el Tribunal revisor tomó como cierto sin prueba alguna que lo avale. Solicitó se revoque el fallo del Tribunal de Impugnación.

Otorgada la última palabra a la Defensa del imputado J., los Dres. Bortolatto, sostuvieron que no fue antojadizo que el Tribunal de Impugnación dejara sin efecto la condena, máxime en un hecho tan grave como el debatido. Se expidieron en torno a la admisibilidad de los recursos deducidos. Consideraron que el análisis que debe hacerse en esta instancia es jurídico, no una revalorización de la prueba. Los únicos elementos probatorios que tuvo el Tribunal de Juicio para condenar fueron los dichos de las víctimas.

Presuntamente eran 12, terminaron condenando a J. solo por tres. De esos tres, el puntaje asignado por el Lic. Colazo atento los criterios de validación fue de 6, 7 y 8 sobre 19. En primera instancia no hubo ningún elemento objetivo más que la presión mediática para la condena. Solicitaron se rechacen de plano las impugnaciones.

En este contexto, la causa queda en condiciones de ser resuelta.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Evaldo D. Moya y Dra. Lelia Graciela Martínez.

Cumplido el procedimiento previsto en el Art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes

**CUESTIONES:** 1°) ¿Son formalmente admisibles las impugnaciones extraordinarias interpuestas?; 2°) ¿Es procedente cada una de las mismas?; 3°) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4°) Costas.

**VOTACIÓN:** A la **primera cuestión** el **Dr. EVALDO D. MOYA**, dijo:

a) Los escritos fueron presentados en término, por parte legitimada para ello, ante el órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, revistiendo el mismo el carácter de sentencia definitiva (Arts. 239, 242, primer párrafo, y 248 del C.P.P.N.).

b) Además, las impugnaciones resultan autosuficientes porque de sus lecturas se hace posible conocer cómo se configuran -a juicio de los recurrentes- los motivos de impugnación extraordinaria aducidos y la solución final que proponen.

c) Por último, los agravios enunciados -del modo en que han sido presentados y con total abstracción sobre la

respuesta que merece el fondo del asunto- resultan captables dentro del supuesto previsto en el Art. 248, inciso 2°, del C.P.P.N. Ello así pues, si bien las cuestiones de hecho y prueba o de derecho común son ajenas a la vía extraordinaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (y por consiguiente no cuadran en la norma local referida en el párrafo anterior), no es menos exacto que el reclamo de los apelantes se sustenta en supuestos de arbitrariedad fáctica por exceso de la competencia del Tribunal de Impugnación que llevaría -siempre desde su punto de mira- a descalificar el fallo como acto jurisdiccional válido, aserto éste que fue acompañado del correspondiente desarrollo argumental en el recurso. Y dichas censuras, claro está, no pueden ser descartadas *a priori* en esta fase de análisis.

Al ser ello de esta forma, los recursos de control extraordinario han superado los ápices formales inherentes a este tipo de impugnación y son admisibles desde tal plano. Tal es mi voto.

La **Dra. LELIA GRACILA MARTINEZ** dijo: al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Mi voto.

A la **segunda cuestión**, el **Dr. EVALDO D. MOYA**, dijo:

1) Como cuestión previa, en lo que respecta al recurso de la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente de la III Circunscripción Judicial, hay que considerar que la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio fue cuestionada tanto por la Defensa Particular de V. como por aquella. En particular a esta última, el Tribunal de Impugnación declaró abstracto el recurso incoado al acoger favorablemente el planteo defensista revocando la condena dictada en primera instancia y, en consecuencia, absolviendo

al imputado; donde se agraviaba por la absolución de los hechos por los que fuera acusado el imputado en perjuicio de las menores P.C.; J.P.; F.R. y A.M. y, en segundo término, por la pena aplicada.

En este punto, hay que decir que al no haber dado respuesta el Tribunal de Impugnación a los agravios de la Defensoría de los Derechos del Niño, cuando la parte tenía recurso en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Beatriz Martínez, Leandro Nieves y Alejandro Cabral el día 13/08/14, ello bastaría para declarar la nulidad del fallo atacado, sin embargo, se procederá a realizar el análisis del mismo, teniendo presente además que los agravios de la Fiscalía y de la Querrela Particular son coincidentes, en cuanto a la materialidad del hecho y autoría del imputado.

2) Entrando ya al análisis de las censuras ensayadas por los impugnantes, se destaca que las partes plantean arbitrariedad, apreciación absurda de las pruebas recibidas en juicio, fundamentación omisiva, contradicción con doctrina sentada por el propio Tribunal como así también por el Tribunal Superior de Justicia, excediendo el Tribunal revisor el ámbito de la impugnación impetrada.

Como primer punto de análisis, cabe desentrañar qué exigencias debe reunir una sentencia para estar fundada.

*"En palabras de la Alta Corte: "...para que exista 'juicio' en el sentido constitucional del término es necesario que en el curso del proceso se hayan observado ciertas formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia (Fallos: 116:23; 119:284; 189:34, entre otros). Que en cuanto a esta última, debe reputarse que su motivación es una calidad o requisito de naturaleza esencial. Así lo estableció este tribunal cuando dijo en*

Fallos: 236:27 'que es evidente que a la condición de órganos de aplicación del derecho vigente, va entrañablemente unida la obligación que incumbe a los jueces de fundar sus sentencias'; y cuando agregó: 'en definitiva, la exigencia de que los fallos judiciales tengan fundamentos serios, señalada por la jurisprudencia y la doctrina unánimes sobre la materia, reconoce raíz constitucional y tiene, como contenido concreto, el imperativo de que la decisión sea conforme a la ley y a los principios propios de la doctrina y de jurisprudencia vinculados con la especie a decidir (confr. También Fallos: 235:113; 240:160; 272:172 y muchos otros)..."; "...en Fallos: 262:144 se estableció 'Que los fundamentos de esta jurisprudencia en materia criminal, exigen que la sentencia revocatoria de segunda instancia, (...), contenga un mínimo de razonamiento autónomo, de manera que explicita tanto la doctrina legal del caso como los hechos principales de la causa. Las solas afirmaciones genéricas y la invocación del art. 13 del Código de Procedimientos en lo Criminal no bastan, en las circunstancias señaladas, para sustentar el pronunciamiento...' (Fallos: 279:355). Igualmente, es preciso recordar que: "...una 'sentencia que no traduce una apreciación crítica y fundada de los elementos relevantes de la litis, satisface solo en forma aparente la necesidad de ser derivación razonada del derecho vigente con adecuada referencia a los hechos de la causa y debe ser descalificada en su carácter de acto judicial' (CSJN B.622.XX; V.201.XXI; S-462XX19)...". (Cafferata Nores, José I. (compilador). "Eficacia del sistema penal y garantías procesales. ¿contradicción o equilibrio?", Editorial Mediterránea, pág. 70)" (Cfr. Acuerdo n° 25/14 "COLILLUAN", del registro de esta Sala Penal del T.S.J.).

Desde ya adelanto que, en mi opinión, la sentencia examinada no satisface los requisitos de fundamentación exigidos por imperativo constitucional y legal (Arts. 18 de la C.N.; 246, en función del Art. 193, tercer párrafo, del C.P.P.N.). La enunciación precedente conlleva la obligación de repasar los argumentos del fallo de condena y del de absolución.

3.1) Así, en cuanto a los hechos por los cuales fue condenado J. cometidos en perjuicio de las menores M.A.V., D.V.S.M. y N.A.K., el Tribunal de Juicio, integrado en la oportunidad por los Dres. Beatriz Martínez, Leandro Nieves y Alejandro Cabral, brindó argumentos sólidos para fundar la culpabilidad. Así, sostuvo que el relato en Cámara Gesell de la niña N.A.K. fue claro, explicó en qué había consistido la conducta realizada por J., afirmando que en los recreos, cuando la saludaba, se le iba la mano muy para abajo, como que le quería tocar la cola; siempre igual; la abrazaba y tocaba hacia abajo; sucedía desde principio de año; le daba asco. Por su parte, la menor D.V.S.M. mencionó que en las horas de clase y también en los recreos, si no le corría la cara intentaba darle besos en la boca; le tocaba los genitales; las acosaba tanto personal como telefónicamente; las abrazaba; les tocaba las partes íntimas, la cola, los pechos; la abrazó y bajó la mano lentamente y le tocó la cola. Aludió a un episodio de otra nena en el gabinete de música. Finalmente, el Tribunal consideró que la declaración de M.A.V. fue muy rica, con muchos detalles. La joven manifestó que el imputado al principio le mandaba mensajes, le decía 'que linda que estás'; saludaba uno por uno; le ponía la mano en el pecho o bajaba hacia la cola; se lo hacía a ella y a sus compañeras. Un día le dijo que fuera al gabinete, cerró la puerta, la empezó a tocar y le dijo que

se sacara la ropa, luego entró al aula como si nada. La seguía con el auto, le decía que se suba, que si hablaba pensara porque tenía hermanos más chicos. Le preguntaba cuándo iba a dejar que la llevara a su casa. Le dijo que ese día no sabía si se iba a poder controlar, que ella ya estaba lista, que le gustaba porque era la más grande.

En cuanto a la credibilidad de los testimonios en Cámara Gesell brindados por las tres jóvenes, el Lic. en Psicología, Pablo Colazo, encontró 6, 7 y 9 indicadores por sobre un total de 19.

Los dichos de las menores fueron respaldados por sus padres que contaron en juicio efectivamente lo mismo. En tal sentido, declaró la señora S. R. D. S. (madre de N.A.K.) y M. C. T. (madre de D.V.S.M.).

A la prueba mencionada, se sumó el relato de la maestra L. B.. Respecto de esta testigo, no solo se apreciaron sus dichos en debate sino también el acta n° 73/13 del colegio donde ella, sin dar nombres, señaló que un profesor saludaba con besos buscándole la boca a las alumnas, les tocaba los pechos y la cola y una alumna vio cuando le levantaba la remera a una compañera. Se desempeñó como maestra de 4° a 7° grado y en el año 2012 era de 7°. Cuando entró al aula, estaban muy revolucionados los chicos, solo una nena estaba en una situación distinta, hablaban todos juntos que el profe las tocaba; una nena dijo que les daba besos, cuando ella le expresó que todos los maestros daban besos, la alumna le contestó que si no corría la boca le daba ahí; les tocaba los pechos, les buscaba las partes íntimas, las acariciaba, les corría el cabello, les olía el perfume, las abrazaba de atrás y apoyaba. Las que primero hablaron fueron M.A.V. y D.V.S.M. Esta última mencionó específicamente que quería sentirle el perfume y le dio un beso en el cuello

-circunstancia recordada en Cámara Gesell-. Atento lo acontecido, dio una clase de educación sexual antes de música, siendo para la testigo el disparador. Les enseñó que 'el cuerpo es un templo y nadie puede tocarlo', estaban todos indignados.

3.2) Contrariamente, el Tribunal de Impugnación, con votos de los Dres. Mario Rodríguez Gómez y Liliana Deiub, se pronunció por la absolución por el principio de la duda.

Se impone examinar los argumentos por los cuales la mayoría llegó a esa conclusión:

En primer lugar, señalan que de la inspección ocular ejecutada en instancia de impugnación surge que el gabinete de música, donde se habrían producido los hechos más graves (desconociendo que solo se denunció un suceso como ocurrido en su interior), es un armario grande o una baulera chica donde apenas caben los instrumentos y es imposible que entren dos personas.

Asimismo, valoran la charla de la maestra B. como desencadenante de las denuncias, de otra manera no se explican por qué estando J. a cargo de cuatro divisiones, solo en ese curso se produjeron las acusaciones.

Con sustento en que la menor N.A.K. fue nombrada abanderada al finalizar el ciclo lectivo -sin prueba alguna que lo avale, solo lo alegado por la Defensa de J.-, desecharon el alcance o existencia de daño ya que "*(...) un bajón en el rendimiento académico, es una de las más repetidas y habituales señales, aún en casos de menor gravedad*".

Entienden que la única fuente de información con la que contaron los acusadores para sostener los cargos fue con la voz de las víctimas y que las escuetas referencias del Lic. Colazo sobre la credibilidad de los relatos ni siquiera

cumplió con los estándares que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha fijado para reconocer a algo como 'dictamen pericial científico'. En referencia a ello, sostuvieron que: *"Lo que hace el perito psicólogo en casos de esa naturaleza no se diferencia de los que podría decir la 'tía Clarita' (y acaso ésta con mayores posibilidades de acierto), acerca de si su sobrina está mintiendo"*.

3.3) En efecto, el Tribunal de Impugnación dictó la absolución por el estado de duda.

Al respecto, se ha establecido, en posición que comparto, que: *"(...) el estado de duda no puede reposar en una pura subjetividad, sino que debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso (ver C.S.J.N., 'Rivarola, Juan Antonio s/ Abuso deshonesto', causa N° 28.105, rta. El 24/03/92, T. 315, pág. 495). (...). El proceso penal se configura como una contienda entre hipótesis en competencia que el juez tiene la tarea de dirimir. Este debe decidir ensayando todas las hipótesis, aceptando la acusatoria solo si se encuentra probada y desechándola por imperio del favor rei no solo si resulta desmentida, sino también si no son desmentidas todas las hipótesis en competencia con ella (conf. Luigi Ferrajoli. Derecho y razón, Madrid, 2000, pág. 129 y sgts.) (...)"* (Cfr. C.N.C.P., Sala I, "Alarcón, Marcial", rta. El 23/02/07, Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal, Dir. Miguel A. Almeyra, del 30/08/07, págs. 42/46).

Así las cosas, en el caso de autos, hay dos hipótesis en pugna: a) la de las menores, que denunciaron al imputado como autor de tocamientos de contenido sexual, y b) la de la Defensa que niega tanto la materialidad como la autoría.

En mi opinión, la sentencia examinada es arbitraria, por fundamentación omisiva, desde que el A-quo prescindió de prueba dirimente que se colectó en el juicio; me refiero, en especial, a la declaración del psicólogo forense, Lic. Pablo Colazo, quien se expidió por la veracidad de los dichos de las menores denunciadas y por la existencia de una sintomatología acorde con el padecimiento de este tipo de delitos. Dicha prueba fue cotejada asimismo con las declaraciones de las progenitoras de las niñas y de la maestra B..

Resulta también arbitrario afirmar que "No se realizó un informe psicológico (...) del imputado (...)" cuando en debate declaró el Psiquiatra del Gabinete Médico Forense del Poder Judicial, Dr. Fernando Ariel Méndez, respecto de la evaluación psiquiátrica realizada a J. el 17/10/13 (ver CD "Juicio día 1 (5.5)- Juicio día 2", Juicio día 2, Parte 1-9 a partir del minuto 30.25).

En cuanto a las restantes víctimas, por las cuales fue absuelto J., el Lic. Colazo también se expidió sobre la credibilidad de sus dichos pero el Tribunal de Juicio, brindando razones, sostuvo que permitían desvirtuar la presunción de inocencia no obstante valorarlas para fundar los hechos cometidos en perjuicio de las niñas N.A.K., D.V.S.M. y M.A.V.

El Cuerpo tuvo oportunidad de fijar criterio, afirmando que: "' (...) la opinión del perito no obliga al magistrado, quien es libre para aceptar o rechazar total o parcialmente el dictamen. Pero para hacerlo debe fundamentar su aceptación o su rechazo (...)" (Cfr. Cafferata Nores, José Ignacio, "La prueba en el proceso penal", Ed. Depalma, Bs. As., 1994, pág. 77)'" (Cfr. R.I. n° 07/98, "MUÑOZ, Fernando Ariel s/ Homicidio Simple, Lesiones Leves Calificadas y

Lesiones Leves, todos en Concurso Real entre sí", rta. El 13/02/98, pudiendo consultarse, en ese mismo sentido, los Acuerdos n° 12/02 y n° 14/06, así como también la R.I. n° 132/07).

Y, en cuanto a esta última temática, se señaló que: "(...) *Es cierto que el dictamen pericial no obliga al juez (...), quien debe someter dicho elemento de juicio a su consideración, a la luz de las reglas de la sana crítica racional. Es así que, en la medida en que funde debidamente los motivos por los que disiente con el perito, el tribunal se encuentra facultado a decidir en sentido adverso, v.gr. si el dictamen aparece infundado o vacío de contenido, contradictorio con el resto de las pruebas, inverosímil, viciado de defectos formales o irregularidades que lo nulifiquen, o si el perito carece de la calidad de experto, etc. (Jauchen, Eduardo M., "Tratado de la prueba en materia penal", Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2002, págs.. 415/416). (...). Es así como carece de todo sentido convocar al experto para que emita su parecer técnico y luego prescindir de éste sin exponer las razones de tal solución, tampoco es aceptable -en tanto no sea un ámbito alcanzado por la experiencia común- contraponer al dictamen del profesional la opinión individual del magistrado en un área ajena a su incumbencia específica (...)*" (Cfr. T.S.J. Córdoba, Sala Penal, 22/09/10, "J., O.W.", R.D.P. 2011-5, págs. 921/922).

En definitiva, el Tribunal de Impugnación, no solo se apartó de la prueba colectada en la causa y valorada en primera instancia, sino principalmente de la opinión del experto considerando que su parecer sobre la verosimilitud de los testimonios no se diferenciaba mucho de lo que podría decir "la tía Clarita"; omitiendo claramente exponer argumentos serios para arribar a dicha solución.

Ello determinó que al material probatorio que sí tuvo en cuenta el Tribunal de Juicio, se le restó valor sin efectuar un crítica razonada a su respecto, es decir no se apreció cada testimonio de modo individual y completo, ni éstos en su conjunto y conforme la manda del Art. 22 del rito local que dispone que: *"Los jueces formarán su convicción de la valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida, explicando con argumentos de carácter objetivo su decisión"*.

Así las cosas, concluyo que la hipótesis alternativa asumida por el Tribunal de Impugnación para dictar la absolución se basó en un examen parcial de la prueba reunida en la presente, por lo que la sentencia puesta en crisis debe ser nulificada (Arts. 98 y 247, en función del Art. 249, del C.P.P.N.).

Creo así haber fundado las razones por las cuales, como ya anticipara, las impugnaciones extraordinarias deducidas deben ser declaradas **procedentes**. Mi voto.

La **Dra. LELIA GRACIELA MARTÍNEZ**, dijo: por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del vocal preopinante a esta segunda cuestión. Mi voto.

A la **tercera cuestión**, el **Dr. EVALDO D. MOYA**, dijo: Atento la respuesta dada a la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que las impugnaciones extraordinarias interpuestas por el Ministerio Público Fiscal, por la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente y por la querrela particular, sean receptadas de manera favorable, declarando la nulidad de la sentencia n° 29/15 (Art. 98 del C.P.P.N), dictada por la Sala del Tribunal de Impugnación, disponiendo el reenvío del legajo a ese mismo Tribunal para que, con una nueva integración, y, previa audiencia designada

al efecto, dicte un nuevo fallo ajustado a derecho (Arts. 193, último párrafo y 194, inc. 4, del C.P.P.N.). Mi voto.

La Dra. **LELIA GRACIELA MARTÍNEZ**, dijo: adhiero a la solución que propone el Dr. Evaldo D. Moya a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la **cuarta cuestión**, el **Dr. EVALDO D. MOYA**, dijo: Corresponde eximir del pago de las costas procesales a las partes recurrentes (Art. 268, a contrario sensu, del C.P.P.N.). Mi voto.

La Dra. **LELIA GRACIELA MARTÍNEZ**, dijo: adhiero a la solución dada a esta cuarta cuestión. Mi voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE**

**RESUELVE:**

**I.- DECLARAR ADMISIBLES** desde el plano estrictamente formal las impugnaciones extraordinarias deducidas por el Dr. Marcelo Alberto Jofré en su carácter de Fiscal del caso de la III Circunscripción Judicial; por la Dra. Paula Castro Liptak, Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente de la III Circunscripción Judicial, y por los Dres. Julián A. Álvarez y Pedro José Arce por la participación conferida como querellantes por la víctima A.N.K.;

**II.- DECLARAR LA NULIDAD** de la Sentencia n° 29/15, dictada por la Sala del Tribunal de Impugnación (Arts. 98, 247 en función del 249 del C.P.P.N.);

**III.- REENVIAR** el legajo al Tribunal de Impugnación para que, con una nueva integración, y, previa audiencia designada al efecto, dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho (Arts. 193, último párrafo y 194, inc. 4, del C.P.P.N.);

**IV.- SIN COSTAS PROCESALES** a las partes recurrentes (Art. 268, a contrario sensu, del C.P.P.N.);

**V.- Regístrese,** notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a origen.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

Dr. EVALDO DARIO MOYA - Dra. LELIA GRACIELA MARTINEZ