



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNC1

Reg. n° 530/23

En la ciudad de Buenos Aires, en la fecha que surge de la constancia de firma electrónica inserta al pie, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Horacio L. Días, Pablo Jantus y Daniel Morin, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en la causa n° CCC 71802/2017/TO1/CNC1, caratulada “**Tamayo,** _____ **s/recurso de casación**”, de la que **RESULTA:**

I. El 25 de agosto de 2022, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 10 de esta ciudad brindó los fundamentos por los cuales resolvió, en lo que aquí interesa, “**CONDENAR a** _____ **TAMAYO**, de las demás condiciones personales consignadas en autos, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, a la pena de **TRES AÑOS DE PRISIÓN DE EJECUCIÓN CONDICIONAL Y COSTAS** (artículos 29, inc. 3°, 45 y 119, párrafo primero, del Código Penal y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)”.

II. Contra dicha resolución, la asistencia técnica del imputado interpuso recurso de casación, el cual fue oportunamente concedido por el tribunal de grado y mantenido en esta instancia.

III. La Sala de Turno de esta Cámara analizó el caso y decidió, en los términos de la regla práctica 18.2, remitirlo a la Oficina Judicial de esta Cámara para que lo asigne a una sala del tribunal, a la vez que le otorgó el trámite previsto en el art. 465 del CPPN.

IV. Ya sorteada esta Sala II, en el término de oficina establecido en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466, CPPN, la asistencia técnica del acusado presentó un escrito en el que se remitió los argumentos presentados en el recurso de casación y solicitó, para el caso



de que sus planteos no tengan acogida favorable, que el recurso se resuelva sin costas.

V. Posteriormente, se hizo saber a las partes que se concedía un plazo para la presentación de un memorial o para solicitar la realización de la audiencia del trámite ordinario establecida en el art. 465, CPPN (Acordada 14/2021 de la CSJN y la Acordada 10/2021 de esta Cámara).

En aquella ocasión, Pablo Rovatti, Defensor Público Coadyuvante a cargo del Programa de Asistencia y Patrocinio Jurídico a Víctimas de Delitos de la Defensoría General de la Nación, apoderado de la querellante, expresó los motivos por los que entendía correspondía rechazar los agravios relativos a la acreditación de los hechos y participación el justiciable y declarar inadmisibile el relativo a la graduación de la pena, correspondiendo que se confirme en un todo la decisión impugnada.

VI. Superada la etapa prevista por el art. 468, CPPN, tuvo lugar la deliberación, tras lo cual las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

Y CONSIDERANDO:

El juez Horacio L. Días dijo:

I. Inicialmente corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es definitiva; los planteos esgrimidos encuadran dentro de los motivos establecidos por el art. 456, CPPN (de conformidad con la sentencia “Casal” – Fallos 328:3399) y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual.

II. Resuelta la admisibilidad del recurso articulado y previo a ingresar al tratamiento de los agravios traídos a estudio por el recurrente, es preciso recordar que el tribunal tuvo por probado que “*el 11 de noviembre de 2017, entre las 17 y 20 horas abusó sexualmente de*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

la niña _____-que para entonces contaba con tres años de edad-, en el interior de uno de los baños –concretamente el del color celeste-, ubicado en el salón de fiestas “Rayo Laser”, al que la menor había concurrido para festejar el cumpleaños de la hija del aquí encausado, de nombre M_____.”

III. Dicho ello, estimo oportuno recordar aquí que mi intervención en esta instancia se encuentra limitada por el principio dispositivo, en razón del cual mi labor revisora no puede ir –salvo supuestos excepcionales– más allá de lo expresamente requerido por el recurrente, ni tampoco puede brindarse una solución más gravosa cuando sólo el imputado ha impugnado la resolución judicial o sólo lo haya sido por otra parte a su favor.

Con esos alcances, pasaré a abordar el recurso presentado por la asistencia técnica de _____Tamayo.

1) Agravio relativo a la valoración de la prueba

I. En su recurso, la asistencia técnica del condenado se agravió de la valoración probatoria realizada en el pronunciamiento impugnado para tener por acreditado el hecho imputado.

Sobre el particular, comenzó por resaltar que la condena se sustentó en la valoración del relato de la madre de la menor, S.L, sobre lo que su hija le habría dicho, que no fue mencionado por la niña en cámara gesell. Resaltó que la experta que la entrevistó dijo que presentaba un discurso “*marcado por el de la madre y que, por su edad, poseía dificultades para percibir la realidad de lo imaginario*”.

Asimismo, remarcó que a excepción de los dichos de la madre “*el resto de la prueba permite negar la ocurrencia de los hechos denunciados*”. De igual modo, destacó que el tribunal fragmentó la valoración del testimonio de la menor, tomando únicamente lo que permitía confirmar la denuncia de la madre. En ese orden de ideas, argumentó que “*los distinguidos magistrados Tribunal Oral nro. 10, reconocieron que, en la causa, sobre el hecho en sí, hay varios relatos diferentes y que, a medida que fue pasando el tiempo, los hechos –*



objeto de denuncia- se fueron “agravando”, como si el paso del tiempo, a contrario del sentido común, permitiera ir recordando cada vez más detalles o sucesos. Ambas características: variación del hecho descrito + mayor cantidad de detalles a medida que las declaraciones se fueron alejando de la fecha del supuesto hecho, ya de por sí conspiran contra la posibilidad de hallar certeza sobre la presunta existencia de algún hecho ilícito. Esta es una de las razones por las cuales la decisión luce arbitraria pues a un dato que era claramente disvalioso en punto a la acreditación de la hipótesis acusatoria, ignorando la inercia del in dubio pro reo e incluso del sentido común, el Tribunal desechó su relevancia.”

Consideró que la existencia de un abuso sexual partió de una errónea interpretación de la madre de la narración que le hizo su hija acerca de lo ocurrido en el cumpleaños. En tal sentido, señaló que la madre le hizo preguntas con las que fue co-construyendo el relato de la niña. En concreto, mencionó que la denunciante “le preguntó: quién te llevó al baño (ver fs. 39), la niña le dijo el papá de M____; y que le dijo que le bajó la bombacha hice pipi, me limpió y me tocó para ver si estaba caliente”. Insistió en que “esta frase dicha por una niña de 3 años, fue interpretada ya directamente como inapropiada por su madre que le siguió preguntando: si la tocó con el papel o sin el papel y que la niña le habría dicho sin. Agregando ya en su pregunta el termino tocar (cargado de un contenido diferente al de secar o limpiar), y la posibilidad de que hubiera sido sin papel, cosa respecto de la cual, al parecer y aún siguiendo el relato de la madre, la niña no había dicho. Y lo que es peor aún, demostrando, con su interrogatorio que algo malo o negativo había pasado, sesgando la respuesta, a la confirmación de lo que, ya para ella, era una hipótesis negativa y/o delictiva. Este dato, que fue así tenido por acreditado por el tribunal, fue despreciado por el tribunal con la sola afirmación de que, en su íntima convicción no había elementos que hicieran creer que el interrogatorio de la madre hubiera sido sugestivo. Esto, por cierto, desconoce la realidad





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

probatoria pues, precisamente, una perito oficial (la Lic. Díaz) sostuvo en su informe pericial (al que aludiré luego) que la niña en la entrevista en sala Gesell: "...incluye términos y explicaciones que su madre le habría aportado, con lo cual se dificulta la tarea de discriminar más pormenorizadamente los dichos de la niña."

Agregó que en su declaración anterior la progenitora de la menor refirió que, con posterioridad a la denuncia, la niña comenzó a negar el hecho y que esto no fue evaluado por el tribunal de mérito, pese a resultar un elemento que podría demostrar que todo pudo ser una interpretación de la madre.

En el mismo sentido, cuestionó que en el debate la madre de S. L expresó que la niña le dio a conocer los detalles del abuso mencionado sin indicar que lo dicho por la menor fue producto de las preguntas que le formuló. Agregó que la amenaza que el acusado le habría proferido a la niña sólo surge de la declaración de la madre e insistió en que de limpiarle la vagina a la existencia de un abuso sexual resultaba un salto interpretativo consideraba que no se encontraba acompañado por otros elementos probatorios que lo sostengan.

Resaltó que la niña había arribado a su domicilio contenta y que de haber estado la menor realmente angustiada durante el cumpleaños, los adultos presentes habrían llamado a su madre, lo que no ocurrió.

En ese mismo orden de ideas, sostuvo que el relato inicial de la niña no fue del todo claro o contundente y que ello se evidenciaba del hecho de que la madre no realizó la denuncia inmediatamente sino que aguardó al martes siguiente.

Además, indicó que la referencia de la niña a que Tamayo le hizo "*chupar el chupetín*" sobre la que se sostuvo la imputación por abuso sexual con acceso carnal (que fue desestimada) no surgió de las primeras declaraciones de la madre sino con posterioridad, una semana antes a su declaración en cámara gesell, y que ello evidenciaba que el interrogatorio realizado por la madre había sido indicativo.



Al respecto, señaló que “en el debate la Sra. _____, a preguntas de las partes y del tribunal, terminó diciendo: “No le pedí explicación de qué era chupar el chupetín; no recuerdo si hizo algún gesto; no hizo ninguna referencia de que el chupetín fuera otra cosa pero No pudo haber sido un chupetín porque a mis hijos no los dejo comer golosinas, soy muy estricta con ello.” A preguntas del fiscal, la denunciante dijo: “para mí hacerle chupar el chupetín era que Tamayo le pidió que le haga sexo oral.” En definitiva, quedó claro que fue la señora quien interpretó esa frase, cargándola de contenido negativo. Se adiciona que no podemos saber cuál ha sido el contexto ni en base a qué secuencia de preguntas se llegó a esa frase (nada en su descripción permite evocar el paso que, en su razonamiento, realizó para concluir que eso significaba que la hubiera obligado a hacerle sexo oral). Y por eso, lo mismo puede predicarse del interrogatorio que la madre hizo a la niña, al regresar del cumpleaños o cuanto menos, puede predicarse que hay más razones para sostener que lo fue de este modo, que para sostener que la niña hizo un relato espontáneo o que vivió lo supuestamente sucedido como algo disvalioso o inapropiado. En otros términos, si está probado (y así se tuvo por acreditado al desechar la hipótesis acusatoria del acceso carnal por la frase de “chupar el chupetín”) que la madre guió o influyó en el relato de la niña y en la asignación de valor negativo a él, ¿por qué razón se descartó esta posibilidad al tiempo en el que la madre interroga a la niña al regresar del cumpleaños y los días posteriores? ¿cuál es la explicación por la que se desechó el valor de la afirmación que hizo la madre en cuanto a que la niña, luego de la denuncia le había comenzado a negar la existencia del hecho? Y, lo que es peor aún, ¿cómo fue posible que se hallara certeza sobre la efectiva ocurrencia del hecho ya con el sólo advertir estas falencias sobre las que se apoya la única prueba que funda la condena, mientras que el resto, permite negarla? Por ello, es que la sentencia luce arbitraria”.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

Agregó que, incluso, si la menor contó lo expuesto por vergüenza ello pudo obedecer al hecho de que comió un chupetín sabiendo que no debía hacerlo y que, entonces, la referencia a que otra persona la obligó a hacerlo anularía su desobediencia; lo que entendió también constituía una interpretación razonable. Aclaró que la existencia de chupetines en la fiesta quedó probada por la declaración de la madre de la cumpleañera y por las fotografías aportadas a la causa.

Luego, sostuvo que el origen de las frases referidas por la menor en cámara gesell eran las palabras de su madre en la interpretación que ella hizo de los dichos de su hija y que la desestimación de la influencia de esa interpretación es lo que tornó arbitrario al pronunciamiento impugnado.

A continuación, resaltó que durante la entrevista en cámara gesell la menor refirió en reiteradas oportunidades la necesidad de consultar con su mamá y, destacó que cuando la profesional le preguntó concretamente lo que ocurrió aquella le respondió *“mamá me dice lo que te tengo a contar a vos”*. Sobre el particular, señaló que *“...en el medio de la entrevista, la niña solicitó ir al baño con la madre, lo que así hizo y fue recién al regreso, que a insistentes preguntas, dijo lo que la mamá le dijo que dijera. Para ello, basta con la observación de la entrevista en Sala Gesell. Otro dato para resaltar es la referencia de “me agarró de la mano” el papá de M_____ y me llevó al baño. Y es que nunca había existido una referencia de tal tenor, sino que lo denunciado por la madre estaba vinculado a que la nena le había dicho, supuestamente, que al baño había ido con el papá de M_____, y no que la hubiera “agarrado de la mano para llevarla al baño”. Este dato es relevante porque “el agarrar de la mano” surgió únicamente del testimonio del Sr. _____ quien, ni en la etapa de instrucción ni en la audiencia pudo ratificar haber visto que a la niña, mi defendido la agarrara de la mano para llevarla al baño. Lo que demuestra una vez más, la incidencia de la madre en lo que la niña tenía que contar para*



confirmar lo que para la madre fue la interpretación -disvaliosa- de lo dicho por su hija de 3 años.”

Tras ello, destacó la conclusión alcanzada por la licenciada a cargo de la cámara gesell, en cuanto consignó que la menor *“realiza una breve narración que no coincide con los hechos que constan en autos y que en el relato de las acciones que la niña mencionó incluye términos y explicaciones que su madre le habría aportado, con lo cual se dificulta la tarea de discriminar más pormenorizadamente los dichos de la niña.”* Y agregó que, en la audiencia de debate, la Lic. Díaz dijo, a la pregunta del fiscal acerca de si se trataba de una co construcción o una reconstrucción que *“eso no se lo puedo responder totalmente porque en el relato de la niña...porque dice ‘el papá de M_____ se portó mal’, y cuando yo le pregunto algo más, era así porque mamá me lo dijo. O después cuando le pregunto por qué se portó mal? Ahí ella quiere ir a preguntarle a su mamá, es decir como que ella, para sostener lo que está diciendo no lo puede decir por su propia cuenta sino que tiene que ir a consultar con su mamá.”.*

A continuación, señaló que el tribunal procuró justificar la necesidad de S.L de consultar con su madre en la corta edad que tenía la niña y explicó que aunque esa consideración podía ser razonable, no se debía perder de vista que, cuando aquélla relató otras “cosas feas” que le pasaron (pellizcadas, vómito, que le rompieron el ‘pinta uñas’, o que el padre de la niña no hizo las _____ y se porta mal) no necesitó requerir el apoyo de su progenitora.

Agregó que de la observación de la cámara gesell se podía notar que la niña estaba alegre, aun cuando relataba el supuesto hecho abusivo, lo que demostraba la ausencia de todo correlato emocional.

De la misma manera, aclaró que aunque la licenciada Díaz expresó que el relato de la menor fue inestructurado, en la audiencia de debate oral y público precisó que respecto del tramo referido al episodio de abuso la menor indicaba que *“era así porque me lo dijo mi mamá”*
Agregó que incluso *“la sentencia se hace cargo de ello, al consignar (a*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

los fines de descartar el abuso sexual con acceso carnal: supuesta fellatio in ore), que las circunstancias en la que fue recibida la entrevista psicológica, en este caso, resulta relevante. En efecto, _____ indicó que desde el momento de la denuncia inicial hasta que ____ fue recibida en Cámara Gesell, charló con ella en reiteradas oportunidades sobre el tema.... (y que, además) fue ella, como madre, que interpretó que el chupetín era el pene y que Tamayo le solicitó que le practicara sexo oral". De modo que, es la propia decisión la que reconoce la influencia de la madre en los dichos de la niña, pero, pese a estar verificado pericialmente y hasta de forma testimonial, que la madre reinterpreto los dichos de la niña y los cargó de contenido negativo, no lleva a cabo idéntica ponderación cuanto menos, para asignar duda a la hipótesis acusatoria inicial por la que mi defendido fue condenado (limpiar o secarle la vagina al hacer pis). De ahí que considere que ha existido una ponderación fragmentaria de la prueba tomando de las declaraciones aquello que servía para condenar y omitiendo aquello que permitía desvincular a mi defendido que, básicamente, es toda la prueba producida antes y durante el juicio (por fuera de los dichos de la madre que, como dije, ni la niña confirmó)."

Llegado a este punto citó lo sostenido por Juan Carlos Romi en cuanto a que *"En los niños, en particular en los más pequeños, la memoria funciona en cierto sentido en forma similar a la de los ancianos: los hechos se borran con mucha facilidad, y si se insiste desde una posición de poder e influencia (léase madre respecto de hija), muchas veces, es posible rellenar el hueco con otros sucesos que se quieran instalar como reales (co construcciones)...."* ("Medicina Forense, Abuso sexual. Avatares del diagnóstico, publicado en "Revista de derecho penal y procesal penal", Buenos Aires, 2006, fasc. 9, p.1750) y en cuanto afirmó que *"Cuando los interrogatorios son más de uno o dos la certidumbre de los resultados se desvanece a medida que aumenta el número de entrevistas repetidas, y las reiteradas preguntas incrementan el riesgo de contaminación, más, si los entrevistadores*



están inclinados a encontrar el abuso” (Cf. Algunas reflexiones sobre la pedofilia y el abuso sexual de menores, Cuadernos de Medicina Forense, año 3, nro. 2, ps. 93 a 112)

Señaló que en el caso S.L.F.M fue repetidamente interrogada por la madre quien, a su vez, fue la que interpretó o cargó de contenido negativo las palabras de la niña. Del mismo modo, aclaró que esa parte descartaba que la Sra. _____ *“haya mentido, o haya tenido una intención de perjudicar a mi defendido por alguna oscura razón”* pero procuraba poner en evidencia que se trataba de una denuncia realizada por una mujer que atravesada por los conflictos con su ex pareja, realizó una interpretación del relato de la menor cargándolo de contenido negativo hacia el sexo opuesto.

Al respecto, recordó las frases expresadas por la menor a su maestra o en cámara gesell que daban cuenta de la carga negativa hacia el padre y hacia la figura masculina, destacando que la madre mencionó que su relación con el padre de la niña nunca fue buena y que tampoco lo fue la relación de la niña con el nombrado, sobre quien incluso pesaba una prohibición de acercamiento.

A mayor abundamiento, resaltó lo señalado por la licenciada Díaz en punto a que S.L *“tiene 3 años, tiene limitaciones para discriminar recuerdos reales de los imaginarios. Y criticó que esa información haya sido ignorada por el tribunal de grado, en tanto llevaba a dudar si lo denunciado había ocurrido en la realidad o se trataba de su imaginación “ayudada en la co-construcción del relato a través de las preguntas de su madre”.*

También afirmó que la mención de la niña a que había un baño celeste y que ingresó a ese (después de referir otros colores) no llevaba a tener por acreditada la existencia de un episodio de abuso. Sostuvo que insistir en ello era perder el foco del asunto puesto que nadie había visto a la niña ingresar a algún baño y mucho menos acompañada por su asistido.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

Luego de ello, destacó que en su informe de fs. 172/176 la licenciada Queró concluyó que no surgieron del examen a la menor entrevistada indicadores compatibles con victimización sexual. También hizo énfasis en lo declarado por la licenciada Rendelstein quien llevó a cabo sesiones de terapia con la niña de carácter particular y afirmó que la niña en ningún momento le dio a conocer la existencia de un abuso ni pudo evidenciar ello a partir de los juegos o el comportamiento de la paciente. Destacó que si bien mencionó que observó dos indicadores que le llamaron su atención porque se vinculaban con algo del relato de la madre sobre el suceso que la niña había sufrido (que jugaba con una torta de cumpleaños (aunque lo hacían varios niños) y que ponía Poett en el baño, aquélla afirmó que en ningún momento la menor le refirió nada acerca de un posible abuso, aun cuando se encontraba en un espacio de confianza. Del mismo modo remarcó que la profesional dijo *“yo no observé sufrimiento de la niña. Y llamé a la escuela, me dijeron que estaba bien y no presentaba ningún síntoma llamativo.”*

Asimismo, resaltó que la profesional no dijo nada de la dificultad de controlar esfínteres en la menor, pese haberla tratado durante siete meses, por lo que era un dato que sólo surgía de la declaración de la madre.

Tras ello, argumentó que la condena se sustentó en “creerle” a la denunciante sólo por no verificarse ningún encono particular con su defendido, omitiendo el contexto que permitía poner en dudas su interpretación sobre lo manifestado por una niña de tres años que *“confunde la realidad con la fantasía”*.

Señaló que a lo dicho se adunaban las declaraciones de las profesoras de la menor y de la directora del colegio quienes negaron haber visto algún cambio de conducta en la menor entrevistada, a quien describieron como una niña alegre y sonriente. Destacó que lo que le habría manifestado S.FM. a su maestra _____ *“no amo a mi papá y no quiero jugar más con el papá de M_____”* habría sido luego del



interrogatorio de su madre y una vez que la profesora había sido puesta en conocimiento de la denuncia.

Argumentó que a todo ello se sumaba la ausencia de lesiones en los genitales de la niña y de rastros de orina, semen o sangre del acusado en las prendas de la víctima que fueron aportadas por su madre y sometidas a peritaje (lo que a su vez conducía a negar lo que habría señalado la menor en cuanto a que el acusado le hizo pis en la pierna). Resaltó que ninguno de los testigos refirió haber visto que las prendas de la menor estuvieran mojadas ni que tuvieran un olor particular, y que ello tampoco se observaba de las fotografías anexadas a la causa.

Seguidamente, aseveró que el llanto de la menor durante el cumpleaños pudo obedecer a la ausencia de algún familiar suyo en el festejo, destacando lo referido por la docente Gaitán en cuanto a que es normal que los padres concurran a los cumpleaños, tratándose para muchos del primer año de escolarización. Y agregó que no había impedimento alguno para que concurran los padres y que, de hecho, había un sector del lugar dispuesto para ello.

Igualmente señaló que resultaba “ajeno a todo sentido común” pretender llevar a cabo una maniobra abusiva como la denunciada en un ambiente lleno de padres de los dos jardines y de familiares y en un baño que estaba a escasos pasos de donde estaban todos los adultos, con las puertas visibles y sin traba alguna.

De la misma manera, destacó que, si bien el testigo _____ comenzó diciendo que observó a Tamayo llevar a S. de la mano al baño, a consultas que le formularon las partes dijo que en verdad no vio ni al imputado ni a la menor ingresar al baño y que no sabía si efectivamente fueron o si sólo fue un ofrecimiento. Entendió que lo afirmando en la sentencia en cuanto a que Tamayo ofreció llevarla al baño no tenía asidero puesto que el testigo terminó admitiendo que desconocía si efectivamente la llevó. A ello sumó que Jesica Mariel Prieto no aportó ninguna información relevante y que





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

Mariela ____ sólo dijo que observó que la niña venía corriendo desde el fondo llorando, pero luego ratificó que la vio llorando cuando estaba con una animadora.

Agregó que en las fotografías se las vio a la menor sonriendo y disfrutando del cumpleaños en el momento de la torta, cuando, teóricamente, ya debía haber tenido lugar el suceso denunciado.

Reiteró que *“nadie vio concretamente que la niña fuera caminando hacia el baño con Tamayo (como quiso decir _____, y luego negó) y nadie vio que la niña saliera llorando del baño (como quiso decir Mariela ____ y luego rectificó). Esta información que quiso ser introducida en el debate, terminó por ser rectificada a través de las lecturas de las declaraciones anteriores y su inserción en la sentencia importa una desconexión con la prueba producida”*.

De otro lado, puso de resalto lo sostenido por _____ en cuanto señaló *“yo como madre si realmente creo en una denuncia de ese tener, sabiendo además que el supuesto imputado tiene una hija, me habría dirigido a esa mamá para decirle fijáte porque a tuhija le podría estar pasando lo mismo (palabras más o menos) y no, bajado la vista y alejándose del lugar, como mirando para abajo, como lo hizo la Sra. _____.”* De la misma manera, destacó su sorpresa ante la denuncia y el procedimiento policial realizado en las inmediaciones de la escuela2

Tras realizar una síntesis de sus argumentos sostuvo que, como se entendió en la etapa de instrucción (en la que se dictó dos veces el sobreseimiento), no había elementos de prueba que permitan sostener la hipótesis acusatoria e insistió en su afirmación inicial de que, en rigor, todos los elementos probatorios, por fuera de la declaración de la denunciante, llevaban a descartar la imputación.

Por todas esas razones concluyó que el tribunal de grado llevó a cabo un análisis fragmentado de la prueba, en el que deliberadamente omitía ponderar en el análisis probatorio las evidencias que negaban la imputación. Profundizó sobre esta cuestión afirmando



que la condena se sustentó en la “llamada ignorancia” indicando que esta consiste en sostener la ocurrencia de un hecho alegando que no existe prueba en contrario y explicó que “[t]al argumento (que en la sentencia se expresó a través de la frase según la cual no se observaron razones por las cuales la madre haya tenido la intención de perjudicar a mi defendido), llevado al campo de la garantía de inocencia, tiene consecuencias obvias en orden a la carga de la prueba y a su inversión, pero además, y como ya lo dije, la acusación no probó la existencia de tal hecho habida cuenta las contradicciones, inconsistencias y falta de persistencia del relato de la niña y su madre sumada a la inexistencia de un plexo probatorio que apoye cualquiera de las hipótesis denunciadas.”

Agregó que “Otra falacia se evidencia en la afirmación de la sentencia en cuanto a que: “si no hubiese sucedido nada [S] al ser preguntado por su madre sobre el cumpleaños, no habría mencionado el hecho tal como lo hizo, pues su relato está directamente orientado hacia el suceso sufrido (con clara conciencia de que está mal lo hecho por el padre de M_____).” En el universo de posibles explicaciones sobre las supuestas frases de _____, también están las de la razonable explicación brindada por esta parte acerca de que el relato de la niña fue llevado a este terreno de lo “oscuro y disvalioso” gracias al sesgado interrogatorio de la madre, sin la más mínima conciencia de la niña acerca de la relevancia del hacia dónde llevaban las preguntas. Claro está, más allá de la falta de demostración de que _____ Tamayo hubiera sido el papá de M_____ (pues, como veremos luego, había en el lugar, otro papá de otra M_____).”

Tras citar distintas piezas doctrinarias recordó que la carga de la prueba recae en el órgano acusador y que en el caso de la defensa bastaba con demostrar la razonabilidad de la hipótesis alternativa (relato imaginado por la niña o mal interpretado por la madre) lo que en el caso se había demostrado.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNC1

Finalmente, agregó que tener por acreditado episodios de estas características (presuntamente ocurrido fuera de la vista de terceros) con el solitario testimonio de la madre de la víctima suponía flexibilizar el estándar probatorio exigido por el ordenamiento legal. Al respecto, señaló que *“dejar librada la comprobación de un delito penal, exclusivamente, al testimonio de quien se coloca en posición de víctima, sin otro elemento de convicción adicional, coloca al imputado que niega esos hechos, en un estado de indefensión, afectándose también el principio de inocencia. Por ello, entiendo que la decisión no ha sido el resultado de una operación racional sustentada en datos objetivos, sino más bien, la consecuencia de una apreciación subjetiva: porque se trata de una madre sin malas intenciones hay que creerle: pues fue, en definitiva, sólo por ello que decidió creerle a una de las partes y no a la otra y con ello, condenar al debate a mi defendido. La sola declaración de la madre de la supuesta damnificada no puede alcanzar nunca esa condición de prueba plena, completa y suficiente, que es lo que la Corte Interamericana exige como presupuesto para una sentencia condenatoria legítima.”*

Subsidiariamente, sostuvo que la sentencia vulneraba los arts. 3, 123, 404 inc. 2 CPPN por omitir considerar que el autor podría haber sido otra persona y se presumió la existencia del dolo requerido por el tipo penal sin la debida fundamentación.

En tal sentido, hizo énfasis en que en el cumpleaños había otra niña llamada M____, acompañada de su papá, y destacó que ambos aparecían en las fotografías anexadas a la causa, y que incluso en una de ellas se podía ver a esta niña y a su padre junto a la menor presuntamente damnificada. Aclaró que de la prueba colectada en el debate quedó acreditada la existencia de dos niñas llamadas M____. Remarcó que “la proximidad entre ambas niñas y entre ellas y el padre de la otra M____ pudo, eventualmente, llevarla a decir a la niña que quien la llevó al baño fue el padre de esta otra niña que ella conoció en el cumple.”.



Luego, destacó lo sostenido por la denunciante respecto del reconocimiento impropio que habría realizado su hija respecto del supuesto agresor. En tal sentido, dijo que la madre de S.F.M señaló *“Ante la policía y OVD que, en el colegio, al ver al padre de M____, ella le preguntó a ____ si ese era el padre de M____, a lo que la hija le contestó que sí. Sobre este punto, tres cuestiones: 1) la madre le indicó a una persona, lo que, ya de por sí, limita abismalmente la respuesta de la niña y la condiciona máxime cuando había muchos padres en la entrada del colegio; 2) la niña no ha dicho en tal oportunidad que ese varón, que la madre le estaba marcando, fuera el supuesto agresor y 3), a consecuencia de lo dicho, la niña sólo contestó la pregunta de la madre acerca de si ese era el padre de M____, y sí, lo era. Pero nada más que eso. Luego, a fs. 53 vta in fine, la Sra. _____ dijo: “...mi hija lo miró, bajó la cabeza y al preguntarle si ese era el padre de M____ me dijo que sí y me abrazó muy...”. En la audiencia de debate terminó por ratificar que fue a su pregunta de si ese era el padre de M____, que la niña respondió que sí. Caben aquí las mismas tres apreciaciones que hice antes acerca de la influencia en la respuesta y del alcance de la respuesta de la niña que no identificó a un agresor, sino, al padre de M____.”.*

Señaló que a ello se sumaba que durante la audiencia de debate dijo que *“ella no le había preguntado a la niña, sino que al verlo, la niña “se le prendió como garrapata”. Esta diferencia motivó varias lecturas basadas en dos puntos: 1) en que la espontaneidad en su reacción de cabeza gacha y de temor no fue tal pues fue motivada en preguntas de la madre y 2) en que esta situación no se habría dado en dos oportunidades, a saber lunes y martes, sino tal vez en una sola, no pudiendo, en definitiva, quedar en limpio semejante momento. La testigo asumió que pudo haberse confundido y de hecho, no pudo reconstruir cuándo ni cómo fue la primera vez que vio al señor Tamayo luego del festejo de cumpleaños. Finalmente, la Dra. Rodríguez también le preguntó si había advertido “...la actitud del Sr. Tamayo al*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

verlas a uds?, a lo que respondió: “no la recuerdo. No reparé. No recuerdo haber cruzado mirada con Tamayo”. Y esto lo destaco como indicio de que mi defendido jamás intimidó a la niña (lo que por cierto, no forma parte siquiera de ninguna de las dos acusaciones sino que fue agregado en la sentencia pese a no haber sido referido nunca con anterioridad en la causa) y de que ese único encuentro ni siquiera fue percibido por él como un encuentro. Por el contrario, mi defendido no registró para nada la situación, es decir, no estaba pendiente de lo que pudieran decir o hacer ____ y su madre. Toda esta puntillosa crítica fue ignorada en la decisión. Sobre el punto (posibilidad de que fuera otro papá de otra M____ el autor del presunto hecho) sólo se consignó: “_____ -madre de M____ - afirmó que una niña ex compañera de su hija -también llamada M____ -había concurrido acompañada de su padre, intentando sembrar dudas acerca del verdadero autor del hecho. Si bien entiendo su afán por desacreditar la denuncia de victimización de la niña, porque Tamayo resulta ser su ex pareja y padre de su hija M____, frente a otras probanzas que considero relevantes, sus dichos resultan un vano intento por ayudar -sin éxito- al imputado.”.

Finalmente, remarcó que “pese a la pertinencia de esta línea de defensa, la decisión no se ha hecho cargo de refutar ni la posibilidad ni el hecho de que la identificación del “papá de M____” haya sido sólo como consecuencia de una indicación y/o de una para identificar al “papá de M____” y no al presunto agresor. Todo ello, en un contexto en el que la denunciante literalmente no pudo reconstruir ese momento, cuando declaró en el debate (VVEE podrán observar su testimonio, en este punto). Así, el supuesto reconocimiento realizado por la niña, debido a las razones expuestas, debiera ser directamente descartado por la imposibilidad de reconstrucción de talmomento, y/o la indicación de la madre de la niña a la niña; y/o debido a que sólo identificó al papá de M____ y no a su supuesto agresor. Todas estas circunstancias hacen que sea más que posible que haya



existido un yerro en la identificación de mi defendido o como mínimo, llevan a concluir que, dada su paupérrima calidad epistémica, dicho reconocimiento sea insuficiente para habilitar una condena.”.

II. Sin perjuicio de advertir que el tribunal de grado sustentó sus conclusiones en una serie de elementos de prueba, estimo apropiado comenzar por recordar, a propósito de los cuestionamientos volcados por la defensa en su extensa presentación, lo señalado en reiterados pronunciamientos, en cuanto a que la ley no impone normas generales para comprobar algunos ilícitos, ni fija en abstracto el valor de cada prueba, sino que deja al sentenciante en libertad de admitir la que tenga por útil y conducente a los fines del proceso, asignándole, dentro de los límites fijados por la razonabilidad, el valor que asumen para la determinación de los hechos.

La hermenéutica de nuestro Código Procesal Penal de la Nación se rige, en efecto, por la libertad de apreciación de la prueba y las reglas de la sana crítica (arts. 206 y 398, segundo párrafo del C.P.P.N), lo cual significa que no hay regla alguna que imponga un modo determinado de probar los hechos de la acusación, ni un número mínimo de elementos de prueba.

Sin un sistema de prueba tasada, la pluralidad de testigos deja de ser un requisito esencial e intrínseco de la prueba testifical, y la convicción judicial, como resultado del acto de producción y valoración de la prueba, no depende necesariamente de la existencia de un mayor o menor número de elementos de prueba, por caso, de un número plural de testigos, sino de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, por lo que puede bastar el valor convictivo de un testigo único, incluso de la propia víctima (confr. desde la perspectiva comparada para el procedimiento español, Miranda Estrampes, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 184). No obstante, como también señalé, ello conlleva la necesidad de analizar rigurosamente la declaración de la víctima y contrastarla con el resto de las probanzas colectadas en las actuaciones.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

1.1 En el caso sometido a estudio por parte de la representación letrada del señor Tamayo, se observa que el tribunal *a quo* evaluó detenidamente la declaración de la denunciante de autos, _____, quien, en la audiencia de debate oral y público, se explayó acerca de las circunstancias en las que su hija le dio a conocer el suceso imputado, el contenido de su relato y todo lo ocurrido tras el develamiento inicial.

En concreto, la testigo refirió que ese día envió a su hija de tres años a un cumpleaños de una compañerita del jardín y que al consultarle a su regreso cómo la había pasado la niña le refirió que *"Tamayo la llevó al baño celeste me dijo, no me dijo baño de nenes, me dijo al baño celeste, que la había tocado para ver si estaba caliente"* (en este momento del interrogatorio la testigo refirió estar con taquicardia, pidió disculpas, y luego continuó con su declaración) y agregó *"que le hizo pipí en la pierna y la secó con un trapo."* Aclaró que la menor le dijo que la tocó para ver si estaba caliente y que al tiempo que se lo relataba le señalaba su vagina. También aclaró que la menor no le dijo que fue con Tamayo al baño sino con *"el papá de M_____"*. Asimismo, refirió que pasados unos días, S. le refirió que el imputado *"le hizo chupar el chupetín y que no hable porque mamá se iba a ir y dejar de amar"* (al comentar esto la testigo se quebró en llanto). Recordó que quiso ir a fumar al patio y que su hija le pidió que no se fuera que ella le dijo que no se iba a ir que iba a fumar y que la niña le contestó *"el papá de M_____ me dijo que te ibas a ir"*. A continuación, mencionó que fue al colegio de la niña a informar lo ocurrido y que las autoridades le indicaron que debía realizar la denuncia.

Preguntada por el fiscal por el modo en la que la niña denominaba al órgano genital masculino dijo *"pilin"* y consultada cómo sabía quién era el papá de M_____, dijo que los chicos identificaban a los padres como el *"papá de o la mamá de"* y que había visto con anterioridad al papá de su compañerita. Manifestó que habló con su hija sobre lo ocurrido en varias oportunidades, pero que no le dijo más nada



aparte de lo que comentó. Agregó que al principio no quería ingresar al baño sola, que cada tanto habla del papá de M_____ y que ella la dejaba que se exprese y que la menor le refería *“que se portó mal, que por qué se portó mal, que si ella se portó mal para que él haga eso”*

Consultada si con posterioridad a los hechos vio al acusado dijo que la vio el lunes siguiente cuando iba al jardín, que ese día iban saltando por la calle y que *“cuando lo vio a Tamayo se me agarró como garrapata”* aclaró que S.F.M *“no tenía esa reacción, nunca la tuvo, apenas lo vio vino y se me agarró y no había forma de bajarla (...) y me acuerdo de haber hablado con la maestra para convencerla de que se quede en el jardín”* y agregó que antes no había tenido problemas en ir al jardín *“era su lugar en el mundo, su lugar de diversión.”* Luego, al ser confrontada con su declaración anterior, refirió que no podía precisar qué día de la semana había sido.

Señaló que después del episodio narrado S.L *“no entraba al baño”* cuando, con anterioridad iba sola, sin asistencia. Preguntada si aquélla le contó lo ocurrido a alguien más, dijo que creía que le mencionó algo a la maestra. Además, consultada si cuando su hija le refirió que el padre de M_____ le hizo chupar el chupetín ella le consultó algo más o si la menor hizo algún gesto, respondió que no.

A preguntas de la defensa dijo que la niña dejó los pañales bastante tiempo antes del hecho, aunque no podía precisar cuándo, y que del baño lo único que le dijo era que era color celeste. Consultada cómo fue la identificación del acusado si ella le dijo algo, contestó que no le preguntó nada, sino que al verlo se agarró fuertemente a ella. Aclaró que el resto de los días que no lo vio no se aferró en la entrada como sí lo hizo aquel día.

A su vez, mencionó que para el momento de los hechos ella estaba separada del papá de M_____, que su relación con el progenitor nunca fue buena y que S.L se enojaba mucho con su papá, que no estaba muy presente, agregando que en esa época el padre no tenía perimetral.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

Confrontada con su declaración anterior aclaró que la menor llegó bien del cumpleaños y que se puso mal cuando le comenzó a relatar lo ocurrido. Leída que fue su declaración en la OVD en cuanto refirió que pasados unos días la niña comenzó a negar el hecho, dijo que cómo habían pasado cinco años ya no lo recordaba.

Retomando el tema respecto de la frase “*el papá de M_____ me hizo chupar el chupetín*”, explicó que no agregó nada más y dijo que a su criterio no pudo ser un chupetín, porque es muy estricta con la comida de sus hijas, ya que no acostumbra a comprarles golosinas y que la niña le dijo que no comió golosinas; y que es distinto decir “me hizo chupar un chupetín” a “me dio un chupetín”, por lo que interpretó que Tamayo le pidió que le hiciera sexo oral.

Continuó relatando que cuando, unos días después del hecho, vio al imputado en la puerta del colegio, su hija lo miró, bajó la cabeza y al preguntarle si ese era el padre de M_____, le contestó afirmativamente.

1.2 En la sentencia condenatoria, el tribunal de grado destacó que en momento alguno el relato de la señora _____ transmitió animosidad en contra de Tamayo; resaltó que entre ellos no había vínculo alguno y que no había ningún elemento que permita considerar que haya pergeñado la imputación para perjudicarlo.

Además, contestando a la alegación de la defensa respecto de la influencia que para esa parte habían tenido las preguntas de la denunciante en el relato de su hija, refirió que si bien era cierto que el detalle de los hechos los había obtenido _____ Moore mediante la progresiva indagación a la niña sobre lo ocurrido, puesto que inicialmente le llamó la atención que fuera asistida para ir al baño cuando ya no necesitaba ayuda, aclaró que no existían elementos que lleven a inferir que su interrogatorio haya sido indicativo o sugestivo y que, por el contrario, fue convincente al explicar el desarrollo del diálogo, que fue avanzando a medida que el relato de su hija contenía cada vez más elementos alarmantes para ella.



1.3 En el recurso de casación, la defensa no cuestionó la credibilidad, coherencia e intencionalidad del testimonio de la testigo, sino que insistió en que la condena se sustentó exclusivamente en la declaración de la denunciante y en que no bastaba con afirmar que credibilidad de su testimonio o la falta de motivos para perjudicar al acusado.

Ahora bien, cabe destacar que en su declaración la testigo reprodujo lo que le contó su hija al regresar del cumpleaños de su compañerita y que la propia defensa no cuestionó que haya declarado algo diferente a lo que aquélla le manifestó. En cambio, sostuvo que la denuncia pudo originarse en una mala interpretación de sus dichos, a los que inmediatamente les había asignado connotación negativa. Concretamente, afirmó que de limpiarle la vagina a la existencia de un abuso sexual había *“un salto interpretativo que no se encontraba acompañado por otros elementos probatorios que lo sostengan.”*

Sin embargo, dicho eje argumental pierde toda consistencia a poco que se repasa lo que la niña le dijo a su madre, cuyo contenido, insisto, no ha sido cuestionado. Recuérdesse que de acuerdo con lo manifestado por la testigo, S.L le dijo que *“el papá de M_____ la llevó al baño celeste” “que la había tocado para ver si estaba caliente”* (al tiempo que se tocaba su vagina) *“que le hizo pipí en la pierna y la secó con un trapo”*.

Y digo esto porque, desde mi perspectiva, no hay forma de concebir los dichos de la menor con otra carga que no sea negativa, pues aquélla ha manifestado expresamente que el acusado la tocó *“para ver si estaba caliente”* y que le hizo *“pis en la pierna”*.

Es cierto que, como señaló la defensa en el debate la testigo no refirió que ella le preguntó cómo la limpió y que dicha palabra tiene una connotación distinta (para un adulto) a la de tocar, pero ya en su primera declaración la testigo refirió que la menor le dijo de manera avergonzada que el acusado *“me bajó la bombacha, me sentó en el inodoro, me limpió, me tocó para ver si estaba caliente (gesticulando*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

mientras se tocaba la vagina de forma insistente) así mamá después me hizo pipi en la pierna y me secó con un trapo". Con lo cual, habría sido la niña quien habría introducido el término tocar, el que en sí no tiene para la menor de tres años la connotación negativa que tiene para el adulto (lo que, obviamente, no quiere decir que pueda dar cuenta cuando la conducta del adulto se relaciona con el aseo y cuando tiene otra intencionalidad y así expresarlo, tal y como lo hizo la niña.)

Entiendo que lo relevante aquí es que S.L manifestó concretamente que el acusado la tocó -no para limpiarla sino- "*para ver si estaba caliente*" lo que no parece ser una oración que pudiera espontáneamente decir quien carece de toda experiencia, como una menor de tres años. A todo ello se suma que, momentos después, la menor le refirió a _____ que el acusado le había dicho que si revelaba los hechos aquélla se la iba a ir y la iba a dejar de amar; lo que no hace más que reforzar la interpretación asignada por la madre a los dichos de su hija.

2. Por otro lado, como se anticipó, el repaso del pronunciamiento impugnado da cuenta de que, contrariamente a lo alegado por la impugnante, el tribunal de grado tuvo en consideración otros elementos probatorios que le permitieron dar por cierta la acusación dirigida en contra de Tamayo. Entre ellos, los dichos de la propia damnificada en la oportunidad prevista en el art. 250, CPPN; respecto de los cuales el *a quo* enfatizó la respuesta que la niña le dio a la licenciada Díaz cuando, al consultarle si durante el cumpleaños fue sola al baño, S.L le contestó "*no, me agarró de la mano... el papá de M_____ ¿quién va a ser?*".

2.1 Más allá de destacar esta cuestión, con el fin de garantizar una adecuada respuesta a los extensos cuestionamientos presentados por la defensa, estimo apropiado realizar un repaso de la entrevista llevada a cabo a tenor de lo establecido en el art. 250, CPPN, al menos, en aquellos tramos que hacen a la imputación.



En dicha ocasión la menor aludió a cómo se integraba su familia y situaciones que no le agradaron. Luego, al ser interrogada si fue a cumpleaños respondió *“pero el de M_____ no. El papá de M_____ se portó mal”*. Preguntada por qué respondió *“porque me hizo chupar un chupetín que era el pilin...lo de los nenes...un pilin cuando hace pipí....pilin y cola....lo que tiene atrás es la cola”*. Cuando la profesional repitió la frase la niña dijo *“si era así porque mamá me dijo...”* preguntada qué le dijo su mamá *“que era el pilín y la cola y lo tenemos que mandar a la pared porque si no me hace algo más...”* Preguntada si pasó algo con la cola respondió que no y luego agregó *“pero el papá de M_____ se portó mal con muchas cosas”* preguntada qué cosas dijo *“rompió las cosas”* preguntada dijo *“no eso no (...) agua”* y luego aclaró *“no tiró agua”*. Posteriormente la niña acomodó las sillas y al ser consultada qué ocurrió respondió *“le quiero preguntar algo a mis hermanas”* y después *“le quiero preguntar a mi mamá...”* y *“mamá me dice lo que te tengo que contar a vos”*.

Interrogada dónde estaba cuando ocurrió lo del chupetín dijo *“en el cumpleaños de M_____”* que fue *“en su casa”* y que la llevó *“el abuelo de mía”*. Preguntada dónde ocurrió respondió *“en el baño”* y cómo era dijo *“uno rosa uno celeste”* y consultada en qué baño le pasó eso dijo *“en el azul”* y preguntada cuál le gustaba más dijo *“el rosa”*, pero que no fue al baño y preguntada para que fue dijo *“para hacer pis”*. Preguntada si fue sola dijo *“me agarró de la mano”* y consultada por quién respondió *“el papá de M_____ ¿quién va ser?”*. Interrogada dónde fueron dijo *“a ningún lado”* y luego mencionó *“dije cuando estaba yendo al baño...el papá de M_____ me llevó”*. Preguntada quién estaba dijo *“el papá de M_____”* y si había alguien más dijo *“no”* y agregó *“solo la hija”* y *“yo soy la hija de mi mamá y yo fui al baño”*. A continuación, consultada por la profesional respecto de su padre dijo que aquél se portó mal porque *“me pellizcó y me pegó y me dolió”*.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNC1

Seguidamente, la profesional intentó retomar la línea de interrogatorio respecto de lo ocurrido en el baño, le consultó si ocurrió algo con la cola y la niña respondió que *“el popó sale por la cola y el pis por el pilin”* y si ocurrió algo dijo que *“no... pero te lo tenía que contar”*. Tras ello la entrevistadora hace una pausa y al retornar a la sala la niña le manifiesta que *“no quiero hablar más”* por lo que da por finalizada la entrevista.

2.2 En el escrito recursivo la defensa hizo énfasis en que la menor relató un suceso distinto al narrado a su progenitora y en que en todo momento refirió la necesidad de consultar con aquélla.

Ahora bien, aunque es cierto que durante la entrevista la menor no hizo referencia a la mecánica del hecho que le mencionó a su progenitora entiendo que la falta de referencia a la maniobra abusiva no puede tener el efecto exonerante pretendido por la defensa, pues, como indiqué en la causa **“Méndez”**¹ los niños hablan cómo y cuándo pueden y, generalmente, con las personas de su confianza; como en este caso lo fue su progenitora.

Además, aunque la niña no describió en cámara gesell la conducta abusiva que le refirió a su madre (concretamente, el tocamiento directo de su vagina) en su relato sí brindó los mismos elementos de contexto y describió maniobras con connotación sexual, ratificando con seguridad la identidad de la persona que la había agredido.

En efecto, cuando fue interrogada respecto de si concurrió a cumpleaños, espontáneamente dijo *“pero el de M_____ no. El papá de M_____ se portó mal”* y consultada por el motivo aclaró *“porque me hizo chupar un chupetín que era el pilin...lo de los nenes...un pilin cuando hace pipí....pilin y cola....lo que tiene atrás es la cola”*. Cuando la profesional repitió la frase la niña dijo *“si era así porque mamá me dijo...”* y preguntada qué le dijo su mamá *“que era el pilín y*

1 causa n° CCC 17820/2017/TO1/CNC1 caratulada **“ Méndez, _____s/ recurso de casación ”**



la cola y lo tenemos que mandar a la pared porque si no me hace algo más...”.

Interrogada dónde estaba cuando ocurrió lo del chupetín contestó “*en el cumpleaños de M_____*” que fue “*en su casa*” y que la llevó “*el abuelo de mía*”. Consultada dónde ocurrió respondió “*en el baño*” y cómo era dijo “*uno rosa uno celeste*”. Preguntada en qué baño le pasó eso dijo “*en el azul*” e interrogada si fue sola dijo “*me agarró de la mano*” y consultada por quién respondió “*el papá de M_____ ¿quién va ser?*”

Así, en completa consonancia con lo que le manifestó a su progenitora inmediatamente después de volver del cumpleaños, al relatar lo ocurrido en cámara gesell pudo situar espontáneamente el lugar del hecho, al decir que ocurrió en el cumpleaños de M_____ y precisar que fue en el baño celeste. También señaló con seguridad a su agresor, afirmando que el papá de la nombrada “*se portó mal*” y que fue él quien la agarró de la mano y la llevó al baño celeste. Además, al ser indagada por el motivo, también manifestó espontáneamente que “*porque me hizo chupar un chupetín que era el pilin...lo de los nenes...un pilin cuando hace pipí....pilin y cola....lo que tiene atrás es la cola*”.

En el recurso la defensa sostuvo que bien pudo tratarse de un chupetín y que la referencia de que se trató del órgano genital masculino no la hizo la niña, sino que fue la madre la que lo interpretó a raíz de lo dicho por su hija.

Sin embargo, más allá de que el tribunal de grado descartó la imputación de abuso sexual con acceso carnal (por los motivos consignados en la sentencia) cabe aclarar –a propósito de lo señalado por la defensa– que el examen de la entrevista permite advertir que es la niña quien espontáneamente refiere que el chupetín “*era el pilin de los nenes*” y si bien al repetírsele la frase dice “*sí era así porque mi mamá me dijo*” al ser consultada qué le dijo su mamá respondió que lo que





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

aquella le comunicó fue la denominación que cabe darle a los órganos genitales. Y en este análisis, no debe perderse de vista los términos que emplea la menor al describir el hecho, que dan cuenta de una vivencia personal y no de un relato fantaseado, ideado o inducido por terceros. Así dijo: *“me hizo chupar”, “lo tenemos que mandar a la pared porque si no me hace algo más” y “me agarró de la mano”*.

De hecho, cabe destacar que cuando se le consultó a la madre si cuando la niña le dijo que el acusado le dijo que *“le hizo chupar un chupetín”* le preguntó algo más o indagó al respecto contestó negativamente; lo que refuerza que no fue ella la que puso palabras en el relato de la menor y que lo expresado por S.L en cuanto a que el chupetín *“era el pilín”* tiene que ver con la experiencia que atravesó.

Ello más allá de compartir con su progenitora, en que la explicación de que el *“chupetín”* era el órgano genital masculino es la más razonable; es que es absurdo pensar que un adulto obligue a un menor a chupar un chupetín como también lo es pensar que una niña de tres años pueda elaborar una estrategia -como sugiere la defensa- con la cual le atribuya al padre de su compañerita haberla obligado a consumir una golosina para evitar una reprimenda de su madre. De la misma manera, concuerdo en que no es lo mismo decir *“me dio un chupetín”, “me dijo que comiera un chupetín”, “me ofreció un caramelo o una golosina”* a *“me hizo chupar un chupetín”*.

Más allá de dejar aclarado ello, la decisión alcanzada en la sentencia en este punto, y la aplicación de los principios dispositivo y *reformatio in pejus* torna innecesario ahondar en la cuestión.

2.3 La defensa también hizo hincapié en que en las conclusiones del informe elaborado por la licenciada Díaz, a cargo de la cámara gesell, la profesional señaló *“se advierte, que en el relato de las acciones que la niña mencionó incluye términos y explicaciones que su madre le habría aportado con lo cual se dificulta la tarea de discriminar más pormenorizadamente los dichos de la niña.”*



Sin embargo, bien analizada la frase puesta por la profesional en su informe se observa que, en verdad, no aporta ningún elemento novedoso en el examen del caso, desde que lo único que indica es que en el relato la menor incluye *“términos y explicaciones”* que su madre le habría brindado, lo que surge de los propios dichos de la niña cuando señala que su madre le dijo que el órgano genital masculino se llama *“pilín”* y que atrás tienen *“la cola”*.

Si es cierto que, en la audiencia de debate, al ser consultada si podía determinar si el relato de la niña se trató de una reconstrucción o una cco-construcción manifestó que *“Eso no se lo puedo responder totalmente porque en el relato de la niña...porque dice ‘el papá de M_____ se portó mal’, y cuando yo le pregunto algo más, era así porque mamá me lo dijo. O después cuando le pregunto por qué se portó mal? Ahí ella quiere ir a preguntarle a su mamá, es decir como que ella, para sostener lo que está diciendo no lo puede decir por su propia cuenta sino que tiene que ir a consultar con su mamá.”* Pero la defensa omite señalar que cuando se le consultó si ello podía deberse a la edad de la entrevistada la testigo respondió afirmativamente.

Y es que un verdadero análisis de esta prueba, no puede pasar por alto las condiciones y circunstancias en las que el relato fue expresado, pues se trataba de una niña de tres años –por lo que, por su edad de por sí necesitan del apoyo de sus padres– que se encontraba en un espacio de oficina con una mujer adulta que no conocía y la indagaba sobre cuestiones personales.

Si se considera este contexto se advierte que, en verdad, -contrariamente a lo indicado por la defensa- fue mucho lo que la menor pudo aportar: dijo que el papá de M_____ *“se portó mal”*, que le *“agarró la mano”* y la llevó al baño, cuando ella estaba *“yendo al baño”*, que la llevó a un baño *“celeste”* de *“nenes”*, que le hizo *“chupar un chupetín”*, que se portó mal *“con muchas cosas”*, que ocurrió en el cumpleaños de M_____, al que la llevaron *“los abuelos de Mía”*. Y lo más importante es que -como se expondrá más adelante-





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

todas las referencias de contexto brindadas por la menor encontraron corroboración en elementos de prueba independientes.

Sobre lo último, como lo expuse en la causa “**Tonello**”, soy de la opinión que en casos como el sometido a estudio –en el que la víctima apenas tiene tres años de edad– realizar un adecuado análisis de la prueba, que además sea respetuoso del derecho del niño a ser oído implica, primero, reconocer y advertir las dificultades propias de la edad de los menores expuestos al interrogatorio para develar los hechos en el marco en el que estos se realizan (tiempo, espacio, adulto desconocido) y, segundo, y como consecuencia de lo anterior, prestar especial atención a los distintos canales y fuentes por los que los niños se expresan.

Conforme señalé en ese precedente, se torna indispensable el análisis de las declaraciones de aquellas personas a quienes los menores develaron los presuntos hechos, de quienes pertenecen a su entorno familiar y social –y pudieron o no advertir cambios en sus comportamiento– y de aquéllos profesionales o expertos que sí tomaron contacto con los niños, con el mismo rigor y con igual exhaustividad que se analizan las declaraciones de las propias víctimas; para luego contrastarlas con las restantes evidencias que hagan a la imputación.

Y ese examen, entiendo ha sido adecuadamente realizado por el tribunal de grado, al realizar una evaluación pormenorizada del testimonio de la progenitora de S.L, que fue a quien la niña le confió lo ocurrido inmediatamente después de que tuvo lugar el hecho; destacando el tribunal de grado la sinceridad que advirtió en su relato acerca de las condiciones y el contenido del develamiento (que no fue cuestionada) y la ausencia de cualquier animosidad contra el justiciable.

De todas maneras, como se indicó desde el comienzo, en el caso concurrieron otros elementos probatorios que complementaron los dichos de S.L y su progenitora y reforzaron su credibilidad, y que fueron debidamente sopesados en la sentencia de condena.



3. En particular, los magistrados intervinientes tuvieron en consideración las declaraciones testimoniales de aquellos padres que estuvieron presentes en el cumpleaños y pudieron aportar información de interés en la pesquisa.

3.1. Así es que destacaron que Alan Leonel _____ señaló que en un determinado momento del cumpleaños S.L manifestó su necesidad de ir al baño y que Tamayo se ofreció a llevarla, aunque no vio si efectivamente ingresaron al sanitario. Del mismo modo, resaltaron que, al poco tiempo observó a la niña llorando en el pelotero, muy asustada.

En efecto, a los efectos de contestar adecuadamente a los cuestionamientos que sobre su declaración introdujo la impugnante, cabe recordar que en la audiencia de debate oral y público el testigo comentó que *“lo que recuerdo es a ___ con ganas de ir al baño preguntando.... y lo próximo a eso lo veo al señor llevándola de la mano hacia el lugar que quedaba en el fondo del cumpleaños y veo que la lleva hacia el baño...”* Preguntado dónde quedaba el baño respondió *“pasando el pelotero y todas las actividades lejos de todas las personas”*. Dijo que después de eso siguió vigilando a su hijo y que al rato *“___ estaba llorando en el pelotero estaba muy asustada, me llamó la atención porque ___ siempre fue una nena bastante dada con los adultos y los compañeritos, por ejemplo mi hijo cuando empezó el jardín le costaba entrar y sofí lo llamaba para que entre y me parecía raro que sofí este de esa manera. Eso es todo lo que recuerdo del hecho, del día y como dato extra entiendo nose que día fue del calendario la próxima ocasión de la escuela recuerdo de un altercado en el sentido de que ___ no quería entrar recuerdo que ese día estaba el señor también puede que esté relacionado...”* Dijo *“al día siguiente hábil no quería entrar”* y afirmó que el acusado estaba allí. Consultado si los vio ingresar al baño contestó negativamente, sino que los vio





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

yendo hacia donde se encontraban los sanitarios. Interrogado cómo van hacia el baño reiteró *“tomados de la mano”*.

3.2 En su recurso, al defensa pretendió, sin éxito, restarle entidad a los dichos de este testigo al remarcar que, a preguntas de esa parte, el nombrado aclaró que no los vio ingresar ni egresar del baño y que sólo vio que Tamayo se ofreció a acompañar a S. al baño.

La argumentación de la defensa, no obstante, descansa en un recorte parcial de los dichos del testigo, que –pese a los esfuerzos que realiza– no consigue restarle el valor cargoso que el testimonio entraña. De hecho, el tribunal no afirmó que el testigo haya visto que el acusado entró con la menor al baño, pues, en la sentencia se consignó que aquél aclaró que *“no vio si ingresaron o no”*.

Analizados sus dichos con la debida perspectiva, lo relevante es que aquél: oyó a S. manifestar que quería ir al baño; que vio a Tamayo (y no a otro sujeto) ofrecerse a llevarla; que vio al nombrado tomar a S. de la mano y que los vio yendo hacia la zona del baño. Y que ello, de por sí confirma la veracidad de los dichos de la menor (a los que la impugnante pretende hacer pasar como fruto de su imaginación) y a la vez descarta la negativa genérica de los dichos del acusado. Es de suponer que, si la niña expresó su deseo de ir al baño, y el imputado la agarró de la mano y la llevó hacia donde estaban los sanitarios, es porque efectivamente la condujo allí, más aun considerando que a la corta edad de S.L si expresó su necesidad de hacer pis, debió haber ido.

Además, la importancia de la declaración de _____radica en que sus dichos confirman los de la niña de tres años (en cuanto manifestó que cuando estaba en el cumpleaños de su compañerita quiso ir al baño y que el papá de M_____ la agarró de la mano y la llevó) a la vez que desestiman el descargo del acusado, en tanto negó genéricamente la imputación dirigida en su contra y pretendió sembrar dudas acerca de su participación, resaltando la presencia en el cumpleaños del padre de otra niña llamada M_____



Y es que, ya en este punto, cabe remarcar que aquél no dijo que acompañó a la menor al baño y que la esperó afuera, o que entró con ella y la limpió (sin otra intencionalidad) o que le alcanzó el papel para que ésta lo haga, sino que negó haberla acompañado y pretendió señalar a otra persona como el posible autor, lo que, como puede verse, se contrapone no sólo con lo dicho por la niña y su progenitora sino también por lo manifestado por el testigo _____. Al respecto, cabe destacar que, en su esmerada defensa, la parte realizó el ya referido recorte de los dichos del testigo pero no mencionó ninguna razón que lleve a poner en tela de juicio la veracidad de los dichos de este testigo.

Asimismo, como lo hizo el tribunal de grado, corresponde remarcar que _____ afirmó que momentos después de haber visto a la menor yendo al baño con Tamayo la vio llorando cerca del pelotero, que la vio “*muy asustada*” y que ello le llamó la atención porque S. era una niña muy “*dada*” con los adultos.

Como se indicó en la sentencia, en este punto, su testimonio encontró corroboración con lo dicho por _____ quien afirmó que oyó que la niña quería ir al baño y que luego la vio llorando en el sector de la animación, al igual que también lo hizo Jesica Mariel Prieto.

Lo expuesto por los testigos no es un dato menor, pues más allá de los señalamientos realizados por la defensa respecto de si S.L vino del baño llorando o no, lo cierto es que dijeron que: la vieron llorando momentos después de ir al baño; que la vieron “*muy asustada*” y que “*quería ir con su mamá*” a lo que _____ agregó – espontáneamente– que ello le llamó la atención porque S. era muy “*dada*” con los adultos recordando un episodio en la entrada del jardín con su hijo, en el que la niña intervino para ayudarlo a su compañero para que ingrese.

En la pieza impugnativa bajo análisis, la defensa pretendió minimizar esta cuestión refiriendo que el llanto de la menor pudo obedecer a su deseo de estar con su madre, pero no explicó cuál habría





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

sido el desencadenante de ello siendo que la menor fue al cumpleaños con los abuelos de una compañerita y que ingresó contenta y que así estaba hasta momentos después de retornar del baño.

La parte también indicó que el llanto podría haberse originado en una “*peleíta*” con otro niño, pero lo cierto es que no contó con ningún elemento de prueba para sostener esa alegación, pues ni la niña le dijo a su madre ni a ninguna otra persona ni los padres que estaban presentes y declararon en el juicio mencionaron haber visto algo de eso.

En este punto, entiendo que la declaración del testigo _____ cobra vital importancia porque al relatar los hechos no hablo de un llanto vinculado con la necesidad de estar con su madre o con algún capricho o conflicto con otro niño, sino que cuando habló de este momento dijo que vio a la niña “*muy asustada*”. Es que es aquí que analizando la prueba con la debida perspectiva se observa que lo oído y observado por los testigos se relaciona con lo que la niña le refirió a su madre al volver del cumpleaños, respecto del abuso sufrido en el baño y la amenaza proferida por el acusado en cuanto a que si decía algo su mamá se iba a ir y la iba a dejar de amar.

Otro punto importante de la declaración del nombrado es que, al igual que _____, recordó que la semana siguiente al cumpleaños, S.L, que hasta ese momento no había tenido inconvenientes en ingresar al jardín, se aferró a su madre y no quiso hacerlo, y que ese día también estaba presente el acusado.

4. Además de las declaraciones de los testigos mencionados, el tribunal de grado ponderó los dichos de Leila Yanina Díaz, maestra de la niña, quien sostuvo en el debate que días después del hecho S.L le indicó de manera espontánea: “*no amo a mi papá y no quiero jugar más con el papá de M_____*”.

Al respecto, el *a quo* señaló –con acierto– que ello reflejaba una actitud de desagrado que necesitó remarcar en ese instante como algo negativo, presente en su memoria y destacó que ese acontecimiento



impulsó a la docente a contárselo a la Directora del Jardín, _____, quien lo corroboró en la audiencia.

De hecho, se incorporaron por lectura las copias del libro de actas del establecimiento educativo “ _____”, en las que consta la comparecencia de la madre el día 14 de noviembre a los efectos de informar lo manifestado por su hija y en el acta 97/17 labrada el día 17 de ese mes en donde se consignó que el día anterior la niña le dijo a su maestra de forma espontánea, al ver imágenes de una niña con su padre, “*no amo a mi papá y no quiero jugar más con el papá de M_____*. *Me da miedo*” (cfr. fs. 74/78).

5.1 Finalmente, el tribunal tuvo en consideración la declaración de la psicóloga Diana Rendelstein, que atendió como terapeuta a S.L a raíz del hecho examinado. Resaltó que la testigo explicó que no fue contratada para poder determinar si la niña había sido realmente abusada, pero que luego de mantener veinte sesiones, detectó dos indicadores –que describió– que le llamaron la atención vinculados con el relato realizado a su progenitora.

A propósito de lo argumentado por la defensa, cabe señalar que en su declaración la testigo refirió que no observó ningún indicador concreto que le permita afirmar la ocurrencia de los hechos, pero que sí advirtió dos indicadores que llamaron su atención: que la menor jugaba con una torta de cumpleaños y que tiraba poe en el baño.

A consultas del tribunal, refirió que la torta era un juguete llamativo, pero que en el caso eso le captó la atención porque el suceso denunciado había tenido lugar en un cumpleaños. Agregó que a su criterio no tuvo suficiente tiempo para evaluar a la niña, que la vio alrededor de cuatro o cinco meses, al principio con frecuencia semanal. Aclaró que sin embargo, para hacer una evaluación, primero se debía construir un vínculo y después en todo caso analizar una problemática. Señaló que ella no fue contratada para determinar la ocurrencia del hecho sino para abordar su sufrimiento, si ello pasaba, lo que no ocurrió,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

puesto que la menor se encontraba bien. Del mismo modo, precisó que no hay un tiempo preestablecido para el posible develamiento y que la niña iba a ese espacio contenta. Aclaró, igualmente, que en ningún momento indagó sobre el asunto.

5.2 En su recurso, la defensa hizo énfasis en que la profesional no advirtió sintomatología compatible con el suceso denunciado, en que la menor no manifestó nada relativo al hecho ni expresó sufrimiento, pese a tratarse de un ámbito de confianza.

Es cierto que la licenciada mencionó que fuera de los indicadores mencionados no surgió nada específico en la terapia que diera cuenta de la existencia del hecho, sin embargo, ello no debe interpretarse como un contra indicio de su ocurrencia, pues fue la propia profesional la que dijo que su terapia no estaba dirigida a tal determinación y que, por tanto, no indagó sobre su posible ocurrencia y agregó que no tuvo tiempo suficiente para evaluar a la niña. Por lo demás, que la nombrada haya entrevistado a la menor una cierta cantidad de veces (alrededor de veinte) no quiere decir que, de existir el suceso, deba salir a la luz, especialmente, se considera la corta edad de la niña y que la profesional no indagó ni realizó propuestas vinculadas a la temática que pudieran, de algún modo, llevarla a comentar el suceso.

De la misma manera, estimo apropiado aclarar, a propósito de los planteos formulados por la impugnante, que la falta de verificación de sintomatología compatible con abuso sexual por parte de la licenciada Queró y la ausencia de cambios en el comportamiento escolar, no pueden ser tomados como contra indicios de la ocurrencia de los hechos, especialmente, si se tiene en consideración la corta edad de la niña y la interpretación que, como consecuencia de ello, le puso haber asignado a lo ocurrido; sin perjuicio –claro está- de la atribución de un significado disvalioso; lo que se desprende del relato de los hechos brindado a su progenitora; de lo expresado a su maestra “no quiero jugar más con el papá de M_____ me da miedo” e incluso de lo dicho en cámara gesell “el papá de M_____ se portó mal”.



Tampoco modifica el análisis que tras la denuncia del hecho la menor haya atravesado un período de negación, pues los especialistas en la materia advierten de la posibilidad de que ello ocurra, por lo que no puede entenderse como una negativa de los hechos.

De igual manera, entiendo que no tiene ninguna incidencia la falta de verificación de lesiones en los genitales de la niña, puesto que, en principio, las maniobras que describió no suelen dejar lesiones físicas visibles.

No paso por alto que la niña le dijo a su madre que el acusado hizo pis en su pierna y que la secó con un trapo y que no fueron hallados en sus prendas rastros de pis, semen o sangre, que pudieran dar cuenta de ello. Sin embargo, no se produjo en el expediente información respecto de este tramo del hecho que permita precisar la mecánica de lo ocurrido y su relación con el peritaje, ni éste conduce a negar los tocamientos impropios manifestados por la menor, por lo que entiendo que el argumento de la defensa carece del peso que la parte le asigna en su recurso.

La recurrente también argumentó que, a su criterio, resultaba *“ajeno a todo sentido común”* pretender llevar a cabo una maniobra abusiva como la denunciada en un ambiente lleno de personas, en un baño que estaba a escasos pasos de donde estaban todos los adultos, con las puertas visibles y sin traba alguna. Empero, aquí las reflexiones que realiza el letrado, pueden diferir de quien se propone llevar a cabo un hecho delictivo, como el aquí denunciado, advirtiéndose, como contracara, que se ha valido de la diferencia etaria y de la distracción del resto de los adultos para concretar el ilícito.

Asimismo, se observa que la impugnante hizo propios los cuestionamientos de _____ en cuanto señaló *“yo como madre si realmente creo en una denuncia de ese tener, sabiendo además que el supuesto imputado tiene una hija, me habría dirigido a esa mamá para decirle fijáte porque a tu hija le podría estar pasando lo mismo (palabras más o menos) y no, bajado la vista y alejándose del*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

lugar, como mirando para abajo, como lo hizo la Sra. _____” y que, además, puso de resalto su sorpresa ante la denuncia y el procedimiento policial realizado en las inmediaciones de la escuela.

Sin embargo, las reflexiones de la testigo, ex pareja del acusado, no pueden ser tomadas como base de una argumentación sólida; pues no sólo parten de una visión parcializada y sesgada, sino que, además, no cuentan con la información necesaria para que el planteo sea sustentado en esta instancia. De hecho, si algo surge con nitidez de las constancias de la causa es que la progenitora de S.L – como lo ha manifestado en la audiencia de debate- ha dado plena credibilidad a los dichos de su hija y ha actuado en consonancia con ello: dio aviso al establecimiento educativo al que concurría su hija y la hija del acusado, realizó la denuncia en sede policial y ante la OVD, llevó a la niña a una consulta médica, etc.

6. Dicho esto, se advierte que el examen de la prueba realizado hasta aquí evidencia que, pese a tratarse de un suceso cometido fuera de la vista de terceros, el relato de la menor respecto de lo ocurrido y lo expuesto por su progenitora respecto de lo que aquélla le comentó al regresar del cumpleaños, encontraron apoyo y corroboración en otros elementos probatorios que le permitieron al tribunal dar por cierta la hipótesis acusatoria.

En efecto, _____ y _____, contestes con el relato de S., mencionaron que en un momento del cumpleaños aquélla manifestó su deseo de ir al baño y el primero confirmó que fue Tamayo (y no otro padre) quien se ofreció a llevarla e incluso recordó que aquél agarró de la mano a la niña y la llevó hacia la zona en donde se encontraban los sanitarios (dijo al final del salón, fuera de la vista de los adultos). Además, tanto ellos como la testigo Prieto recordaron que momentos después vieron a la niña llorando y _____ comentó que la niña le dijo que quería ver a su progenitora, ello, pese a que, como señaló _____, la niña era muy dada con los adultos.



En este punto, interesa destacar, como lo hizo el *a quo*, que la menor le dio a conocer lo ocurrido a su madre apenas llegó del cumpleaños y que ésta no dudó de la veracidad de los dichos de su hija, tanto es así que cuatro días después puso al establecimiento educativo al tanto del develamiento de la menor, la llevó a hacerse un estudio médico, realizó la denuncia en sede policial y luego concurrió a la Oficina de Violencia Doméstica de CSJN.

Cabe destacar que, al momento de mencionarle lo ocurrido aquélla manifestó sentir vergüenza y ya en ese momento la niña le dio a conocer la maniobra abusiva (tocamiento en sus partes pudendas) y también la existencia de la amenaza de que si revelaba lo ocurrido su madre la dejaría de amar.

Corroboró lo anterior la actitud de la niña al ver a su agresor a la semana siguiente, en la entrada de su jardín, ocasión en la que, de acuerdo con lo expuesto por la madre y fue corroborado por el testigo _____, la niña se aferró a aquélla como “garrapata” y no quiso entrar al establecimiento educativo, lo que antes no había ocurrido, puesto que de acuerdo con lo manifestado por su madre –y fue refrendado por el testigo _____– la niña amaba ir a su jardín dado que “era su lugar en el mundo”.

A ello se suma lo que S.L le manifestó a su maestra cinco días después de ocurrido los hechos, cuando le dijo que no quería jugar más con el papá de M_____ y que le tenía miedo. Y es que, como dijo el tribunal, ello refleja una reacción de disgusto frente a una experiencia que vivenció y se relaciona con la observación del testigo _____ en cuanto a que vio a la menor llorando “muy asustada” momentos después de ir al baño de la mano del acusado y con las preguntas que esa misma noche le hizo a su madre al consultarle si la quería y si la iba a dejar (cfr. Fs. 77/78).

De otro lado, las explicaciones intentadas por la defensa no lograron desvirtuar el cuadro cargoso reunido en contra del acusado. La mera existencia de la amenaza, da cuenta de que no se trató de una





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

errónea interpretación de los hechos por parte de la madre y, como bien señaló el *a quo*, de haberse tratado de una típica conducta de aseo, la menor no le habría asignado el valor disvalioso que le atribuyó. También concuerdo con el tribunal de grado en que, la corta edad de la niña y la falta de experiencia, impiden concebir al relato de la niña como un mero producto de su imaginación. Debo insistir en que, fuera de los elementos que no pudieron ser corroborados por terceros, por haber sido el suceso cometido en la intimidad, aquello que sí ocurrió delante de otros fue refrendado: que fue al cumpleaños acompañada de los abuelos de su compañerita (lo confirmó su progenitora y los otros padres); que quiso ir al baño; que el acusado la tomó de la mano y la llevó hacia donde estaban los sanitarios, que uno de ellos era celeste, etc. Y, además, la niña le describió a su madre maniobras concretas de tocamientos de sus genitales, acompañando su relato con la consecuente gesticulación y, lo que resulta fundamental, con alusión a las interacciones del acusado expresando que aquél le manifestó que no cuenta nada porque si lo hacía su progenitora se iba a ir y la iba a dejar de amar; lo que, de nuevo, impide considerar que el relato fue ideado por una menor de tres años.

Cabe insistir en que las explicaciones propuestas por la defensa en este punto en el sentido de que la acción del acusado habría sido una conducta de aseo automatizada se desentiende de las manifestaciones realizadas por el encausado en su descargo, quien negó los hechos imputados, y en ningún momento dijo que efectivamente fue al baño y limpió a la menor, sino que pretendió sembrar la duda de su intervención señalando a otro sujeto como el posible autor.

A propósito de ello, no soslayo que, en forma subsidiaria, y valiéndose de las manifestaciones vertidas por el encausado en su descargo, la impugnante hizo hincapié en la posibilidad de que el autor del hecho haya sido otra persona, destacando que al cumpleaños de M_____ había asistido otra niña de igual nombre, acompañada de su padre. Remarcó la existencia de las fotografías que daban cuenta de la



presencia de este hombre (el padre de la otra niña M____) y cuestionó que el tribunal de grado no haya analizado debidamente esta cuestión.

Ahora bien, cabe aclarar que el *a quo* no soslayó esta cuestión y al respecto mencionó “_____ -madre de M____ - afirmó que una niña ex compañera de su hija -también llamada M____ había concurrido acompañada de su padre, intentando sembrar dudas acerca del verdadero autor del hecho. Si bien entiendo su afán por desacreditar la denuncia de victimización de la niña, porque Tamayo resulta ser su ex pareja y padre de su hija M____, frente a otras probanzas que considero relevantes, sus dichos resultan un vano intento por ayudar -sin éxito- al imputado.”

Y es que el análisis que hasta aquí se ha realizado, evidencia, como señaló el *a quo*, que existen sobradas pruebas de que permiten descartar que el autor haya sido el padre de la otra niña.

Para comenzar, porque fue el testigo _____, padre de uno de los niños asistentes al cumpleaños, quien dijo que oyó a la niña expresar su necesidad de ir al baño y haber visto a Tamayo (y no otro padre) agarrarla de la mano y llevarla en dirección a los sanitarios. Sobre esto, que resulta un elemento probatorio contundente, nada menciona la recurrente.

Pero, además de ello, se cuenta con el dato de que al presentarse al jardín la semana siguiente, estando el acusado presente, la niña se aferró a su madre como una “garrapata” y se negó a entrar, pese a tratarse de un ámbito conocido y familiar para la niña. Respecto de este punto, la defensa sí introdujo algunos reparos. Cuestionó el reconocimiento impropio, dijo que la niña no identificó a Tamayo como el autor sino como el papá de M____ e insistió en el tenor indicativo de las preguntas de la madre. Sin embargo, a mi modo de ver, tales objeciones carecen de peso, pues lo concreto es que ante la presencia de Tamayo en el mismo espacio que la niña pocos días después de los hechos, ésta exteriorizó un sentimiento de temor que no sólo advirtió su





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

madre, sino también el testigo _____ que se hallaba presente en el establecimiento educativo.

A ello se agrega que la otra niña, también llamada M_____, no concurría al colegio con la menor, por lo que, naturalmente, le habría sido más difícil conectar a esta otra niña con su padre; más allá de que, como señala la defensa, en las fotografías se los ve juntos.

7. Llegado a este punto, estimo apropiado señalar que desde el caso “**Rolón**”² hasta aquí he sostenido en forma sistemática y como criterio rector en la materia, siguiendo para ello al epistemólogo Larry Laudan, que la duda razonable, es decir aquélla que conduce a la absolución del acusado por aplicación del principio constitucional del *in dubio pro reo*, no puede ser una mera duda posible; sino que, en realidad, no debe existir ninguna explicación alternativa plausible de los datos –o sea, internamente consistente, consistente con los hechos conocidos, no altamente inverosímil y que represente una posibilidad real, no una mera posibilidad lógica; es decir, que no suponga violación alguna de las reglas de la naturaleza, ni tampoco un comportamiento que sea completamente único y sin precedentes ni, finalmente, una cadena improbable de coincidencias– que, como tal, conduzca a afirmar la no responsabilidad penal del acusado. (LAUDAN, Larry, *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Hammurabi, 1° edición, Buenos Aires, 2011, ps 105 y 106).

De este modo, como indiqué en la causa “**Rodríguez**”³ una condena ha sido legítimamente dictada desde el punto de vista probatorio sólo si la hipótesis acusatoria ofrecida por el fiscal es plausible y no existe ninguna teoría alternativa plausible que sea compatible con la inocencia del acusado.

Asimismo, en el precedente “**Echalecú**”⁴ señalé que para superar el estado de duda que permite dictar legítimamente una

2 Causa “Rolón _____s/ abuso sexual”, Registro n° 996/2016, resuelta el pasado 13 de diciembre de 2016 por la Sala IIIª de esta cámara)

3 Causa “Rodríguez, _____s/amenazas, lesiones leves (art. 89)”, resuelta con fecha 14 de noviembre de 2017 y registrada bajo el número 1175/2017.



condena contra el acusado deben haberse producido pruebas de cargo, de manera válida y en el marco de una actividad desarrollada de acuerdo con las garantías constitucionales aplicables a esta materia y ajustada a los principios de contradicción, intermediación, publicidad e igualdad entre las partes, referidas a todos y cada uno de los aspectos que hacen a la conducta delictiva a él endilgada, con suficiente consistencia como para derribar la presunción de inocencia que le asiste; de modo tal que se llegue a una convicción probatoria motivada, sustentada en pruebas suficientes y en virtud de un razonamiento lógico, racional y concluyente que explicita los argumentos que justificaron el dictado de la condena.

En particular, destaqué que es tarea del tribunal revisor *“...controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. [...] En definitiva... la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, [debe ser] lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena”* (Tribunal Supremo español, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 515/2019, 29/10/2019, Rec. 1614/2018, Ponente: Magro Servet, Vicente; LA LEY 149086/2019).

4 Causa “Echalecú Goyeneche, _____s/recurso de casación” resuelta por esta misma sala el 1º de septiembre de 2021; Reg. 1218/2021





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNC1

En este caso, el *a quo* sustentó la condena del imputado, principalmente, en la declaración de la víctima en cámara gesell y en lo expuesto por su madre en la audiencia, verificando que sus declaraciones encontraron apoyo y corroboración en otros elementos de prueba, tales como las declaraciones de los padres presentes el día del hecho _____, _____ y Prieto, lo expuesto por la maestra del jardín de la damnificada y lo asentado por las autoridades en el libro de notas de la institución.

En atención a ello, puede decirse, desde una perspectiva objetiva y externa, que la motivación judicial relativa al conjunto de la prueba válidamente producida en el juicio y que sustentó la conclusión probatoria alcanzada en la sentencia, se ajusta a las exigencias impuestas por el citado principio constitucional del *in dubio pro reo* (cfr. el art. 18 de la CN), puesto que implica una versión de los hechos que, de acuerdo con las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y los principios científicos, se presenta como lógica, coherente y razonable y, a su vez, no ha logrado ser contrariada con los argumentos expuestos por la impugnante.

En efecto, las explicaciones intentadas por la defensa, relativas a la posibilidad de que la denuncia se haya motivado en una mala interpretación de la madre de los dichos de su hija o en un relato fantaseado o ideado por ésta han sido descartadas; como también se ha desestimado la tesis presentada por el acusado –y respaldada por su asistencia técnica– relativa a la posibilidad de que haya sido otra persona el autor del hecho, resaltando que tal alegación se contraponía con lo que surge de los principales elementos de prueba, en especial, con lo dicho por el testigo _____, que lo vio a Tamayo agarrar de la mano de la menor y conducirla hacia donde se encontraban los sanitarios.

Por todas las razones antes expuestas, propondré al acuerdo el rechazo de este primer punto de agravio.



2) Agravio relativo a la ausencia de acreditación del dolo.

I. En forma subsidiaria, la representación técnica del acusado sostuvo que aun de considerarse que fue su asistido quien acompañó a la menor al baño y la limpió, no era posible sostener que la secó sin papel y que, incluso, de haber sido así, ello hubiere sido con lascivia, puesto que el tocamiento pudo haber sido accidental, resaltando que la figura del 119, CP requiere dolo directo.

Sostuvo que esa conclusión *“se desprende desde que se desconocen los motivos del llanto de la niña en el cumple, el que, por cierto, sólo fue visto por dos testigos cuyas manifestaciones debieron ser fuertemente contrastadas con lo dicho en la instancia anterior; del hecho de que nadie hubiera llamado a la madre de la niña; de la circunstancia de que hubiera llegado de lo más feliz a su casa; del hecho de que no tuviera repercusión psíquica alguna en la niña y, nada más y nada menos que, del hecho de que la niña no realizó tal relato.”*

Entendió que todo ello conducía a descartar la figura de abuso sexual simple y al dictado de la absolucón de su asistido, aun por la existencia de una duda razonable. Entendió que resultaba de aplicación la doctrina de los precedentes de la CSJN, “Vega Giménez”, 329:6019 y de la CorteIDH, “Canese vs. Paraguay”.

Por último, argumentó que esta línea de argumentación no fue abordada por el tribunal de mérito, lo que tornaba al pronunciamiento judicial arbitrario, por falta de debida fundamentación.

II. Sentado ello, adelanto que el planteo subsidiario presentado por la representación letrada del justiciable tampoco tendrá acogida favorable.

Y es que el examen de la sentencia condenatoria evidencia que, contrariamente a lo postulado por la defensa en su recurso, el tribunal de grado examinó debidamente la alegación presentada por esa parte en la oportunidad prevista en el art. 393, CPPN y explicó las razones que conducían a descartarlas; las que comparto plenamente.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

En concreto, el *a quo* señaló *“La doctrina aporta la definición relativa al carácter del ilícito, afirmando: “un tocamiento puede o no ser un abuso sexual según el significado que tenga dicha conducta en el contexto en el que se ha realizado y ello no puede analizarse a la luz de un supuesto resultado material como en cualquier otro delito de esa especie (por ejemplo, una lesión) y su correspondencia con el conocimiento y voluntad de realización, más un elemento subjetivo especial del autor al momento de hecho (ánimo lascivo)” (ver: De Luca, Javier, López Casariego, Julio: “Delitos contra la integridad sexual”, pág. 48).*

Y esta es precisamente la conducta que la niña asumió como negativa y reprobable, resultando el hecho que primero destacó frente a las preguntas de su madre con relación a lo ocurrido en la fiesta de cumpleaños, justamente porque se sintió agredida sexualmente. La lascivia está directamente ligada a la concepción que parte de los dichos de ____, al enunciarle a su madre que el papá de M____ “se portó mal”.

El recuerdo que en el acto Tamayo no utilizó papel, lo relaciono directamente con el ánimo lascivo que es precisamente lo que caracteriza al abuso sexual que, en el caso, estimo se halla presente. Se encuentra patentizada la acción, toda vez que la inocente actitud de limpiarla -como podría ocurrir en un suceso normal para ayudar a una niña de corta edad-, no se compadece con el tocamiento directo de su vagina, que es precisamente lo que a ____ la hizo sentirse atacada, indicándole a su madre gestualmente la forma en que sufrió el acto reprochado.

Esta circunstancia se compone, además, con la velada advertencia proferida por el atacante, al referirle: “callate porque si no tu mamá se va a ir y no te va a amar más”. Ello no hace más que dejar al descubierto la relación de poder que su condición de mayor le otorga, generando una suerte de temor reverencial orientado a encubrir una conducta disvaliosa como la que nos ocupa.”



En efecto, concuerdo con el tribunal de grado en que el tocamiento directo de los genitales de la niña y sin la utilización de papel, no se compadece con la inocente actitud de limpiarla y que, por el contrario, guarda el referido ánimo lesivo por parte del acusado, que la menor pudo captar como un comportamiento reprobable y así lo expuso. Como también se señaló en la sentencia, la existencia de la amenaza posterior, corrobora esta conclusión y echa por tierra la hipótesis exculpatoria esgrimida por la recurrente.

Refuerza la conclusión sostenida en la sentencia el hecho de que –de acuerdo con lo mencionado por _____– la menor ya no necesitaba asistencia para ir al baño y en que en ningún momento de su declaración ni al relatar los hechos a su progenitora ésta mencionó haberle pedido ayuda al encausado para limpiarse.

De todas maneras, pese a compartir en todo el razonamiento de los magistrados actuantes, debo insistir en que el planteo de la parte no encuentra apoyo en los dichos de su propio representado, evidenciándose aquí una importante fragmentación entre la estrategia de defensa escogida por su asistido (que negó haber acompañado a la menor al baño y señaló a otro sujeto como el posible autor) de la postulada por su asistencia letrada (en cuanto a que se habría tratado de una acción inofensiva y de genuina colaboración con la menor en su aseo).

En definitiva, se advierte que la impugnante se limitó a reiterar el planteo exonerante esgrimido en sus alegatos, que fue oportuna y debidamente desestimado por los jueces a cargo del juicio; por lo que propondré el rechazo de este segundo punto de agravio.

3) Agravio relativo a la mensuración de la pena

I. Finalmente, la representación letrada del señor Tamayo se agravió de la graduación de la pena efectuada en el pronunciamiento condenatorio.

En su recurso sostuvo que, aun de tenerse por probada la “desopilante” imputación dirigida en contra del justiciable (tocamiento





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

en sus partes pudendas y haberle hecho pis) la imposición de tres años de prisión en suspenso, cuando el máximo de la pena previsto para el delito imputado es de cuatro años, resultada excesiva y desproporcionada.

Con relación a las agravantes ponderadas en la sentencia sostuvo que la edad de la víctima era un elemento que ya se encuentra tabulado pues el tipo penal básico, por lo que su consideración como agravante de la pena implicaba una infracción al principio de prohibición de doble valoración, y con ello, a los principios de culpabilidad, proporcionalidad y racionalidad de los actos de gobierno.

Asimismo, sostuvo que el hecho de que el suceso haya ocurrido casi a la vista de todos los asistentes, en un espacio rodeado de adultos (quienes estaban a escasos metros), animadores, encargado del lugar, con las puertas sin trabas, debió haber sido considerado una atenuante y no una agravante (como lo es en general la soledad, la imposibilidad de ser descubierto, etc).

Por último, señaló que no había constancia en la causa de que el acusado haya amenazado a la menor y que ello sólo surgía *“de la tardía declaración de la denunciante ante el debate donde por primera vez lo incluyó donde se hiciera alusión a que la niña fue amenazada por su agresor para que guardara el silencio”*. Al respecto, afirmó que *“ninguno de los receptores del discurso temprano de la madre denunciante aludió a ello, tampoco las autoridades del colegio, ni la psicóloga de la niña y, por supuesto, tampoco lo hizo la niña. El hecho de que esto haya sido incluido y tenido por probado a último momento, no sólo agrega un ribete fáctico sobre el que no hubo acusación, debate ni defensa (y con ello se afectó el debido proceso, la congruencia, la defensa en juicio y la imparcialidad – arts. 18, CN y 8, CADH) sino que, además, por fuera de las tardías manifestaciones de la denunciante, no hay dato alguno que sustente tal supuesta amenaza velada”* y agregó que *“aún de haber existido, tal elemento forma parte del tipo penal básico (en cuanto establece: mediar violencia,*



amenaza....) por lo que tampoco puede valorarse como agravante so riesgo de afectación a la garantía de prohibición de doble valoración conforme fuera explicado supra.”

De otro lado, indicó que las circunstancias atenuantes invocadas no han tenido suficiente gravitación a la hora de la fijación de la pena. Por lo que solicitó se considere: *“la ausencia de resonancia afectiva al tiempo del relato, y de toda consecuencia en la psiquis de la niña, en su vida diaria, en su escolaridad, etc.”; “la excelente relación de mi defendido con su ex esposa (y los familiares de ésta) y con su hija con quien mantiene trato cotidiano y un excelente vínculo, amén de compartir parejamente la crianza de la M_____ Tamayo”; “el cumplimiento estricto de todas las medidas de prohibición impuestas aún cuando ello significó el tener que cambiar a su propia hija del colegio, consecuencias familiares que también deben ser mensuradas a la hora de aplicar pena, porque el sufrimiento ocasionado, a raíz de esta denuncia, se extendió a familiares de mi defendido (cf. Art. 5, CADH); “su compromiso con su trabajo, en tanto trabajar desde hace más de 20 años en una misma empresa lo que demuestra su estabilidad psíquica y el esfuerzo por su propia superación”; “la ausencia de antecedentes y el hecho de que éste fuera su único contacto con la justicia penal”.*

II. A los efectos de abordar adecuadamente las críticas incoadas por la asistencia técnica del justiciable estimo apropiado repasar las circunstancias de atenuación y agravación contempladas por el tribunal de grado al momento de meritar la sanción aplicable.

Conforme se expuso en la sentencia, para resolver en ese sentido, el *a quo* ponderó que la menor no exhibió *“distorsión post traumática o algún signo del padecimiento al que fuera sometida”* y valoró en favor del justiciable la ausencia de antecedentes condenatorios, en el entendimiento de que ello permitía visualizar una mayor posibilidad de resocialización.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

De otro lado, ponderó, como agravantes: la muy corta edad de la víctima; las circunstancias que rodearon la comisión de la agresión sufrida por ella, destacando que “el imputado no tuvo reparos en atacarla durante el festejo del cumpleaños de su hija y abusando de la confianza depositada por los padres de ella al dejarla tácitamente a su cuidado”; y la velada amenaza con la que acompañó sus tocamientos al referirle que guardara silencio para que su madre no la abandone.

III. Tal y como se señaló precedentemente, la defensa cuestionó la ponderación, como agravante de la pena, de la edad de la menor por considerar que dicha circunstancia ya se encontraba prevista en el tipo penal.

Sin embargo, como señalé en las causas “Zucarelli”⁵ y “Reynoso”⁶, entre otras, lo que establece el tipo penal es una presunción respecto de la falta de un consentimiento válido del sujeto pasivo en razón de la edad, lo que no quita que –atento a la amplia franja etaria establecida en la figura– esa circunstancia pueda ser considerada como agravante de la pena, cuando el tribunal de grado entiende que existe un plus de injusto dado por la incidencia de la corta edad de la menor en sus posibilidades de defensa; el que efectivamente se verifica en el caso en el que la niña S.F.M sólo contaba con tres años de edad cuando tuvo lugar el episodio de abuso sexual.

La defensa también sugirió que la circunstancias en las que se llevó a cabo el suceso, en un lugar rodeado de adultos, debió considerarse como una pauta de atenuación y no de agravación (destacando que no se trató de un hecho cometido en soledad, con la consecuente imposibilidad de ser descubierto). No obstante, si se examina atentamente la sentencia se observa que lo que el tribunal de grado ha ponderado como agravante es la osadía y el desapego del

5 CCC 40967/2009/TO2 caratulada “Zucarelli, _____ s/ recurso de casación”

(reg. n 1837/2021).

6 causa n° 16003/2017/TO1 caratulada “Reynoso, _____ s/recurso decasación”



acusado al llevar a cabo la maniobra en el cumpleaños de su propia hija; lo que constituye una pauta válida para aumentar el grado de reproche.

Tampoco puede acogerse la crítica de la defensa contra la ponderación de la amenaza del acusado a la víctima como agravante de la pena. En efecto, la esencia de ésta ha sido que esa circunstancia no se encontró debidamente acreditada puesto que habría surgido únicamente de la declaración de la progenitora de la menor en la audiencia de debate.

El argumento de la defensa se trata de una cuestión de hecho y prueba, que ha sido suficientemente abordado al analizar el agravio respectivo. Únicamente, cabe aclarar que la circunstancia de que la existencia de la amenaza haya sido conocida por medio de la declaración de la progenitora de la menor (respecto de lo relatado por su hija) no impide que el tribunal pueda tenerla por acreditada cuando, como en el caso, lleva adelante un riguroso análisis del testimonio en cuestión. Más allá de ello, estimo apropiado clarificar, a propósito de lo expuesto por la defensa, que la testigo no mencionó su ocurrencia en el debate por primera vez, sino que la había mencionado en sus declaraciones anteriores (cfr. declaración ante la OVD de fs. 39) e incluso en el acta del jardín se dejó constancia de que la nombrada mencionó que su hija le expresó su temor a que la abandone (lo que guarda directa relación con el contenido de su amenaza).

Por lo demás, cabe señalar que el tribunal de grado no tuvo en consideración a la amenaza como medio comisivo del abuso sexual (que se configuró por encuadrar la edad de la niña dentro de la franja comprendida por la presunción legal) por lo que tampoco se observa aquí una afectación al principio de doble valoración señalado por la impugnante.

Finalmente, en lo que hace a las circunstancias atenuantes referidas por la defensa se observa que al graduar la pena el *a quo* tuvo en especial consideración la falta de verificación de un trauma





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNC1

psicológico como consecuencia del hecho y que ha ponderado la ausencia de antecedentes como pauta de atenuación.

Por lo demás, la defensa no ha demostrado ni tampoco se advierte cómo la evaluación de las restantes circunstancias referidas a las condiciones personales positivas del encausado que destaca en el recurso de casación podrían incidir en la fijación de un monto inferior al establecido en la sentencia, en el que se ha resuelto imponerle una pena de ejecución en suspenso.

Por todo ello, postulo al acuerdo rechazar el recurso de casación intentado y confirmar en todos sus términos el pronunciamiento recurrido; con costas, pues, a diferencia de lo alegado por la defensa, no se observan motivos para apartarse del principio general de la derrota.

Tal es mi voto.

El juez Pablo Jantus dijo:

I. Preliminarmente destaco que los parámetros a tenerse en cuenta a la hora de revisar la valoración de la prueba en la sentencia desde el tribunal de casación han sido desarrollados *in extenso* al resolver en las causas “Mansilla” y “Aristimuño” de la Sala III de esta Cámara (Reg. n° 252/2015 y Reg. n° 1038/16, respectivamente, y citas: José I. Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, 3ª edición, Depalma, Bs. As., 1998, p. 8; Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, España, 1998, pp. 105 y ss.; J. Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1984, tomo I, p. 234; P. Andrés Ibáñez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Bs. As., 2009, p. 91; art. 14.2 PIDCyP, conforme la Observación General n° 32 del Comité de Derechos Humanos de la ONU y C.S.J.N. *fallos* 328:3399, “Casal”), ocasión en la que se analizaron las pautas de una interpretación constitucional del recurso en tratamiento a partir de la doctrina del precedente del Máximo Tribunal recién citado y se evaluó cómo deben interpretarse los conceptos de certeza y duda para fundar los extremos de los que se trata. Sobre la



base de estas consideraciones, que estimo sumamente adecuadas, es que corresponde efectuar el examen de la fundamentación de la sentencia impugnada.

II. Entiendo que el primer aspecto al que uno debería prestar atención al leer la sentencia cuestionada es a la propia descripción del hecho que, si bien no fue materia de crítica concreta por parte de la defensa, es algo más que se aduna a la falta de precisión general en el abordaje del caso (a la que se sumará un razonamiento contradictorio en algún tramo), que acompaña a todo el documento y que, en definitiva, sustenta en gran medida la queja de arbitrariedad planteada por la recurrente.

Nótese que el tribunal tuvo por acreditado que _____ Tamayo *“el 11 de noviembre de 2017, entre las 17 y 20 horas abusó sexualmente de la niña {S.L.F.M.} -que para entonces contaba con tres años de edad-, en el interior de uno de los baños -concretamente el del color celeste-, ubicado en el salón de fiestas “Rayo Laser”, al que la menor había concurrido para festejar el cumpleaños de la hija del aquí encausado, de nombre M_____”*. Es decir, lo primero que se advierte es que no individualiza -concretamente-, en qué consistió la maniobra abusiva.

Lo segundo que se observa es que algunos testimonios fueron directamente omitidos en la sentencia -a punto tal que ni siquiera se los menciona entre la prueba recibida (por ejemplo: los de _____y _____)-, al igual que pruebas relevantes como el informe psiquiátrico labrado por la Dra. Nélica Delis Queró del Cuerpo Médico Forense (en adelante, C.M.F.), agregado a fs. 172/176 e incorporado al debate por lectura con anuencia de las partes. En otros casos los testimonios fueron valorados, pero se los interpretó de manera sesgada y se omitió un análisis profundo a fin de saldar ciertos grises que surgen de su escucha; me refiero puntualmente a los dichos de María Laura Trifoglio, Diana Rendelstein y la Lic. María Isabel Díaz, psicóloga del C.M.F.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

En la misma dirección, advierto que tampoco se abordaron las contradicciones en las que incurrió la denunciante en las distintas oportunidades en las que declaró (esto es, en sede policial, en la Oficina de Violencia Doméstica –en adelante, O.V.D. – y en el debate), todas ellas sobre aspectos centrales de su testimonio, especialmente lo relativo al modo en que se enteró de lo que le habría sucedido a su hija.

Ahora bien, el punto en común que reúnen estos elementos –y que a continuación intentaré desmenuzar– es que siembran importantes dudas en torno a la hipótesis acusatoria y, como corolario de ello, abren las puertas a un pronunciamiento liberatorio por aplicación del principio *in dubio pro reo*. Veamos.

III. En primer término me voy a referir a los testimonios omitidos en la sentencia, esto es, los correspondientes a _____ y _____ (padres de uno de los niños que asistieron al cumpleaños en el que habría ocurrido el hecho investigado). Naturalmente, como no surgen de la sentencia, se hace necesario recurrir a la grabación audiovisual de la audiencia de debate en la que declararon, cargada al Sistema de Gestión Integral de Expedientes Judiciales Lex 100 (en adelante, Lex 100) bajo el nombre “Audiencia Tamayo 8”.

Allí, el primero de los nombrados, a preguntas que le efectuó la defensa acerca de si recordaba haber visto llorar a alguno de los menores que estaban participando de la celebración, respondió que a lo sumo se escuchaban peleas provenientes del sector de los juegos (minuto 0:26:07). Puntualmente a la pregunta acerca de si vio a la menor S. L.F.M. llorar dijo que no y al interrogante que se le efectuó seguidamente en punto a si la vio dirigirse hacia la zona de los baños respondió “*nosotros estábamos en el medio del salón; si pasaba gente o pasaba la nena, necesariamente nosotros lo íbamos a ver porque estábamos en el medio, el baño estaba atrás*” (minuto 0:26:43) y agregó que no la vio pasar acompañada por nadie. También se le preguntó



acerca de si vio a Tamayo entrar o salir de alguno de los baños del salón, a lo que respondió que no recordaba haberlo visto (0:28:20).

Por su parte, Ortiz se manifestó de manera similar a su pareja. Concretamente negó haber visto llorar a la niña y aclaró que nunca la vio con el imputado (minuto 0:29:00 del mismo archivo).

Continuando con el análisis de la prueba testimonial mencionada en el punto anterior, me referiré ahora a los dichos de Diana Rendelstein, quien se desempeñó como terapeuta de la menor S.L.F.M. durante algunos meses. Como dije anteriormente, si bien esta prueba sí fue valorada, a poco que se oiga con detenimiento su declaración, podrá advertirse que sus dichos fueron recortados.

En este sentido, en el archivo de audio titulado “Audiencia Tamayo 7” (también cargado en el referido Lex 100, como todos los que se estudiarán a continuación) y a preguntas del fiscal Ciruzzi acerca de si había observado indicadores de abuso sexual en la menor respondió *“dije en mis anteriores declaraciones que no había observado ningún indicador concreto; sí recuerdo que ella jugó con una torta de plástico de cumpleaños y que cuando fue al baño tiró Poet, un olor ameno, en el baño, y eso me había llamado la atención, pero no lo podía asociar directamente con el hecho”* (minuto 02:00 en adelante). Luego aclaró que *“la nena se manifestaba bien, jugaba, no contó nada particularmente de la escena supuesta que me relata la madre, pero bueno yo tenía que tener en cuenta lo que observaba; la nena en sesión nunca relató nada de lo sucedido”* (minuto 0:04:38). Acto seguido, el fiscal general la confrontó con su testimonio de fs. 181 vta. –los últimos nueve renglones–, acerca del carácter que le daba a su relato, específicamente a los indicadores; en esa oportunidad, la testigo aclaró *“yo observé y tomé esos dos posibles indicadores que no me parecieron indicadores directamente asociados a la supuesta escena. Yo dije que lo escuché, lo vi y ante la pregunta dije esto no lo puedo dejar pasar (...) que jugó con una tortita de cumpleaños (...) y lo del Poet en el baño (...) yo no puedo decir ni confirmar que eso tiene relación con el supuesto*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

suceso que había vivido la niña” (minuto 8:00 en adelante). A continuación el juez Noceti Achával le preguntó por qué le dio importancia al hecho de que juegue con una torta que la propia testigo consideraba llamativa, a lo que respondió “fue en un cumpleaños y ella jugó a un cumpleaños y entonces yo no puedo no escuchar ni darle lugar a que pueda estar diciendo eso (...) no fueron muchísimas sesiones para que pueda desplegar (...) yo como psicoanalista trabajo con los procesos y hubo un momento en el que se interrumpió la terapia (...) no hubo tiempo para que se desplegara el tiempo que un niño requiere para que pueda expresar si sucedió”. Luego, el referido magistrado insistió en su pregunta acerca de la importancia que tenía el juego con la torta, específicamente si otras pacientes jugaron con ella, a lo que la testigo respondió “como sucedió en un cumpleaños tomé la escena a ver si pasa algo jugando con la torta, pero muchos niños entran a mi consultorio y juegan con esa torta; es más, la sigo teniendo en mi casa y mi hija juega con esa torta, digo, es llamativa por los colores; pero bueno, ante la pregunta yo digo, sí estoy escuchando que está jugando con eso; no sé qué quiere decir aun, ni tampoco pude seguir el tratamiento como para ver si la nena sostenía ese juego repetitivo como para hacer una lectura” (minuto 0:10:00 en adelante). Luego aclaró que ella fue convocada para ver si se presentaba algo de sufrimiento o angustia en la niña y que eso no lo observó. Agregó que se comunicó con la escuela para preguntar cómo estaba allí, y le dijeron que no presentaba ningún síntoma llamativo como para tenerlo en cuenta y tener una entrevista (minuto 0:11:00 en adelante). A preguntas del fiscal Ciruzzi en torno a si había logrado establecer un vínculo de confianza con la menor, dijo que no sabía si había un tiempo objetivo para eso; señaló que la niña concurría al consultorio contenta, con ganas de jugar, pero que a ella le hubiese gustado tener más tiempo.

Es el turno ahora de analizar los dichos de la Lic. María Isabel Díaz, obrantes en el archivo audiovisual “Audiencia Tamayo 10” del Lex 100. Aquí, es importante destacar que si bien la sentencia



expone que *“la perito Díaz asentó en su informe que ‘se advierte, que en el relato de las acciones que la niña mencionó incluye términos y explicaciones que su madre le habría aportado’”,* intenta salvar ese escollo diciendo que es razonable debido a que la madre de la menor explicó que *“desde el momento de la denuncia inicial hasta que {S.L.F.M.} fue recibida en Cámara Gesell, charló con ella en reiteradas oportunidades sobre el tema”,* para luego hilvanar ese razonamiento con el descarte que decide realizar en torno a la segunda imputación que habría surgido días después al supuesto develamiento inicial, esto es, que Tamayo le habría hecho chupar un chupetín a la niña. Vamos por partes.

En lo que a la primera cuestión refiere, lo cierto es que el tribunal no se explayó en las consecuencias que podía tener esa observación de la lic. Díaz y cómo ella se enlaza con el principio de la duda. En efecto, al ser interrogada durante el debate en torno a si se trataba de un relato co-construido o reconstruido, la mencionada profesional expuso –teniendo a la vista su informe de fs. 160–, que al momento de entrevistarla la niña tenía tres años de edad, en donde las limitaciones para discriminar los recuerdos reales de los imaginarios eran mayores, manifestando textualmente *“imagínese que hay limitaciones que se pueden tener entre los cinco y seis años; esta niña está en plena evolución del desarrollo de la memoria”* (minuto 0:03) y luego, cuando hace referencia a la pregunta efectuada a la niña en torno a si le ocurrió algo feo dice que respondió *“sí, vomité en la cama de mamá y mamá no se enojó por eso. O dice que los chicos no van a ir a su cumpleaños porque le rompieron un pinta uñas”.* Aclara que *“ella relata adecuadamente pero no relata –y lo digo al comienzo–; no hace un relato de los hechos que aparecen en autos. No habla en sí mismo de esos hechos; habla de otros hechos que para ella es malo o no es lindo o no es bueno”* (minuto 0:03 en adelante). A preguntas del fiscal en torno a en qué aspectos se notaba la influencia de la madre en su discurso, responde que, cuando la niña dice que *“el papá de M_____ se*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

portó mal”, aclara que agregó “era así porque mamá me lo dijo”. O que después, cuando le preguntó por qué se había portado mal, dice “rompió cosas; no rompió; tiró agua; no tiró”. Y cuando ella intenta indagar acerca de qué cosas había roto, ahí es donde ella pide ir a ver a la madre. Concluye entonces la testigo que “para poder decir lo que está diciendo, no lo puede sostener por su propia cuenta y tiene que ir a consultar con su mamá, por eso es de difícil discriminación todo lo que ella dice”. Aclara luego que ello tiene que ver con la edad de la niña, ya que es pequeña, aunque ella puede explicar lo que dice y darle una fundamentación, por eso dice que su relato tiene una estructura lógica. Y también dice que es una elaboración inestructurada porque si uno le preguntaba algo y luego volvía sobre ese tema, ella podía sostenerlo otra vez.

Seguidamente, la querrela pidió que la testigo aclare por qué razón decía que no había dicho nada de lo denunciado, cuando en realidad la niña había hecho referencias en el marco de la entrevista en Cámara Gesell acerca de que el imputado *“le hizo chupar un chupetín que era el pilin”*. La defensa se opuso al decir que, para el momento de la entrevista, esa parte del relato no había aparecido y, por ende, a eso se refería la perito al decir que los dichos de la niña no guardaban relación con los hechos ventilados en la causa. Finalmente, el juez Noceti Achaval le solicitó a la testigo que aclare el punto y la lic. Díaz afirmó que aquella observación de la defensa era correcta. Luego, a otras preguntas que se le efectuaron sostuvo que *“son todas inferencias; en el cumpleaños le pudieron haber dado un chupetín y ella asoció el chupetín y después asoció que los nenes hacen pis por el pilin y hacen popo por la cola, que lo dice al final también; es decir, es una etapa en donde los chicos están preocupados por la diferencia de sexo, por donde se hace pis, por donde se hace popó...es decir, la primera parte que estaba en la declaración, no estaba en la denuncia, a eso me refería yo. Es más, cuando se le pregunta qué cosas malas hizo dice a ver, rompió cosas, no, no rompió; tiró agua, no, no tiró y cuando se le*



preguntan qué cosas malas no dice. Y después comenta lo malo que hacen otros nenes". También hace referencia, a otras preguntas, a las aportaciones de la madre que se visibilizaron en su discurso y señaló "la frase es muy clara; era así porque mamá me dijo".

Es aquí en donde conviene hilvanar este testimonio con los dichos de la niña en Cámara Gesell y lo que la sentencia tuvo por acreditado. En esta dirección, el tribunal de grado expresó que *"aún a su corta edad, {S.L.F.M.} puntualizó con claridad tocamientos directos sobre sus genitales al momento de encontrarse sola con Tamayo en el baño celeste y narró además la intimidación directa que éste le efectuó con la finalidad que el episodio no sea develado".* Aquí, la sentencia no explica de dónde surge ello pues, como se vio, la niña no dijo nada en aquella entrevista en torno a lo que constituyó la imputación inicial (que, recordemos nuevamente, ni siquiera fue detallada en el hecho que se tuvo por probado); esto es, tocamientos sin papel tras limpiarle la vagina después de hacer pis, para ver si estaba *"caliente"*.

Véase que, de la transcripción de esa entrevista (agregada a fs. 373/381), surge que a pocos segundos de ser preguntada por la lic. Díaz si le había pasado algo feo pide ir al baño a ver a la madre y, al regresar, la charla continúa de la siguiente manera:

*"Lic. Díaz: Seguimos con el tema de los cumpleaños (...)
¿vas a otros cumpleaños?*

S.L.F.M.: pero el de M_____ no...el papá de M_____ se portó mal

(...)

Lic. Díaz: Bueno el papá de M_____ se portó mal, ¿por qué se portó mal?

S.L.F.M.: Porque me hizo chupar un chupetín que era pilín.

Lic. Díaz: ¿Qué es el pilin?

S.L.F.M.: El de los nenes

Lic. Díaz: ¿Qué es lo de los nenes?





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

S.L.F.M.: El pirulin cuando hace pipi.

Lic. Díaz: Ah

S.L.F.M.: Pilin y cola

Liz. Díaz: ¿Y la cola qué es?

S.L.F.M.: Es lo que tiene acá atrás es la cola

Lic. Díaz: Ah y vos dijiste el papá de M_____ se portó mal porque me hizo chupar un chupetín que era el pilin de los nenes cuando hace pipi y la cola.

S.L.F.M.: Sí, porque era así, mamá me dijo así”.

Luego la entrevista continúa intentando indagar si lo que la madre le explicó era la diferencia entre el “pilin” y la cola y la licenciada le pregunta si había pasado algo con el padre de M_____ y la cola, a lo que la niña respondió:

S.L.F.M.: “No, pero el papá de M_____ se portó mal con muchas cosas.

Lic. Díaz: ¿Qué cosas?

S.L.F.M.: Rompió cosas”.

Al intentar preguntarle qué había roto, la niña dijo “no rompió cosas” y acerca de si había tirado agua –por una referencia previa de la menor– dijo “no tiró agua”.

Luego, en lo concreto, se deduce de la transcripción que la niña contó que fue al cumpleaños de M_____ y que en un momento el padre de esta niña la tomó de la mano para llevarla al baño celeste (no transcribiré el camino desandado hasta llegar hasta allí para evitar dilaciones que pueden zanjarse con la sola lectura del documento).

Es decir, la niña no contó la maniobra por la que el tribunal *a quo* condenó a Tamayo, mientras que sí contó aquella por la que los jueces decidieron no condenarlo por considerar que había dudas. Si bien comparto tales dudas debido a lo que se analizó hasta aquí y, puntualmente, a las referencias efectuadas por la lic. Díaz en punto a la gran cantidad de aportaciones de la madre que hacían difícil discriminar los dichos de la niña de los de ella, considero que sus dichos no pueden



ser parcializados sin más, optando por creer un tramo de la imputación – que, reitero, sólo surge de los dichos de la madre– y no la restante que, en definitiva, fue lo único que la niña pudo decir en la Cámara Gesell – luego de, vale aclarar, ir al baño y hablar con su progenitora–.

Prueba también esta contradicción del tribunal, el hecho de que los jueces valoraron como prueba de descargo -para considerar que este último tramo del episodio no se encontraba lo suficientemente acreditado-, el informe labrado por la División Laboratorio Químico en punto a la inexistencia de semen y orina en las prendas de la menor cuando ya desde los inicios de la causa la madre de la niña había referido que, según su hija, el imputado le había orinado la pierna y secado con un trapo -descripción que reiteró en el debate- de manera tal que ello también debió ser considerado al juzgar esa conducta inicialmente denunciada.

Hilvanado con ello, se advierte también que la expresión del tribunal acerca de que *“si no hubiese sucedido nada {S.L.F.M.} al ser preguntada por su madre sobre el cumpleaños, no habría mencionado el hecho tal como lo hizo, pues su relato está directamente orientado hacia el suceso sufrido (con clara conciencia {de} que está mal lo hecho por el padre de M_____)”* se basa en meras conjeturas que ni siquiera se condicen con los elementos probados en la causa.

En primer lugar, reitero, cuando la lic. Díaz le preguntó los motivos por los que consideraba que *“el papá de M_____”* se portó mal, respondió que había roto cosas y luego lo negó; es decir, no contó otra conducta disvaliosa concatenada con el *“portarse mal”*. Por lo demás, y como adelanté en el punto anterior, el tribunal de mérito no se hizo cargo de analizar las varias contradicciones en las que incurrió la madre de la niña, fundamentalmente en torno al modo en que tomó conocimiento del suceso investigado. Aclaro que varios de estos tramos ingresaron al debate por medio de los confrontes a los que fue sometida la testigo durante su declaración, en los términos del art. 391, inc. 2°, CPPN, por lo que pueden ser debidamente valorados.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

En primer término, se advierte que al declarar en el juicio (ver "Audiencia Tamayo 2", cargada al Lex 100) dijo que *"cuando volvió {en referencia al cumpleaños al que su hija había ido y al que ella no habría podido asistir por cuestiones de salud} le pregunto cómo la había pasado, qué había comido, lo de costumbre; cómo la pasó, y ahí fue que me dijo que el papá de M_____ la llevó al baño celeste, le había tocado para ver si estaba caliente y le hizo pipi en la pierna y la secó con un trapo (...). Con los días me dijo que le había dicho de chupar el chupetín y que no hable porque mamá se iba a ir y la iba a dejar de amar"* (minuto 0:43:40). Agregó que la niña volvió *"calladita, quietita"* y que *"no era {S.L.F.M.}, no sonreía, no era la {S.L.F.M.} alegre"*; además, preguntada específicamente al respecto, afirmó que en los días posteriores no negó la ocurrencia de los hechos.

Sin embargo, en su declaración ante la OV.D., a fs. 39, había sostenido lo siguiente: *"{S.L.F.M.} llegó a casa sonriente, como siempre. Le pregunto cómo le fue, qué comió y, como yo no había estado, le pregunto quién la llevó al baño y es ahí que me dice: 'el papá de M_____'. Yo le pregunto si la acompañó al baño, ahí es que ella me dice: 'me bajó la bombacha, hice pipi, me limpió y me tocó para ver si estaba caliente'. Yo le pregunto si con el papel la tocó y ella me dice: 'no mami, sin el papel'"* y que luego, al salir al patio de su casa le agregó que *"le hizo pipi en la pierna y la limpió con un trapo"*. Esta diferencia no es menor, en tanto el tribunal *a quo*, como señalé más arriba, razonó que los hechos ocurrieron ya que de lo contrario ella no habría contado el episodio del baño; ahora bien, es distinto el haberlo relatado espontáneamente (como sostuvo la denunciante en el debate) a contarlo al ser específicamente preguntada al respecto por su madre, sobre todo en un caso en el que la perito especializada en el tema (lic. Díaz), destacó en reiteradas ocasiones a lo largo de su informe y de su declaración durante el juicio que era costoso diferenciar los dichos de la niña a los de su madre. Además, en aquella oportunidad sostuvo que, en los días posteriores a la develación, su hija comenzó a negar lo sucedido



diciendo que era su culpa, extremo que también difiere de lo afirmado en el juicio y por lo que fue confrontada.

Además, y si bien en la audiencia de debate la testigo no refirió este aspecto ni fue confrontada por la defensa al respecto, no puede perderse de vista que, en esa oportunidad, la madre de la menor sostuvo que su hija en la comisaría le refirió *“que no quería jugar al juego del papá de M____, que no le había gustado”*, por lo que fue preguntada acerca de si la niña se había referido al hecho como un juego en alguna otra oportunidad. A esta pregunta, la denunciante respondió *“No, esa fue la única vez, pero capaz que es porque yo cuando estábamos en casa, entre que entra a la casa y salimos al patio de nuevo, en ese trayecto que yo voy al baño con ella, soy yo la que le planteo juguemos a que soy yo el papá de M____ para ver si mediante el juego podía decirme algo más”* (fs. 39 vta.).

Esto impide descartar que la expresión *“no quiero jugar más con el papá de M____”* que la testigo _____ refirió en el juicio y fue señalada en la sentencia como prueba de cargo, tenga que ver con esa situación, teniendo en cuenta que en ningún momento la niña habría dicho que el imputado usara la palabra juego en el hecho.

Resta ingresar a las restantes pruebas que o no fueron valoradas en la sentencia impugnada o fueron parcializadas.

Al respecto, estimo conveniente comenzar por destacar que en el informe de fs. 172/176, la lic. Queró, del C.M.F. –incorporado por lectura al debate con anuencia de las partes–, concluyó que *“No ha surgido del presente examen, indicadores clínicos que nos orienten hacia la existencia de victimización sexual en la niña peritada”*. Como adelanté en el punto anterior, la sentencia ni siquiera menciona la existencia de este informe, a punto tal que el único tramo de la resolución criticada en la que aparece una referencia a ello es –claro está– en el alegato de la defensa.

Por lo demás, en lo atinente al testimonio de _____ (madre de M____ y ex pareja del imputado), la



sentencia se



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNC1

limitó a sostener que quiso beneficiar a Tamayo al hacer referencia a que había otra niña con el mismo nombre que su hija.

Sin embargo, -sin perjuicio del vínculo que los une y que evidentemente incide en el peso que se le debe asignar como elemento convictivo pese a que, no está de más destacar, al momento del debate ya se encontraba separada del imputado-, los jueces no se detuvieron a analizar que la testigo dijo que también estuvo presente en el cumpleaños de su hija (ver "Audiencia Tamayo 3"; minuto 00:59:45 en adelante). Así las cosas, al ser interrogada acerca de si recordaba que en algún momento Tamayo hubiera llevado a alguna niña al baño, respondió que no y aclaró *"tanto él como yo estábamos pendientes de servir"* (minuto 01:07:50). Asimismo, consultada específicamente acerca de si vio a su ahora ex pareja llevar a S.L.F.M. al baño dijo que no. Tampoco la vio llorar ni percibió ningún conflicto.

En este contexto, no se explica la razón por la cual el tribunal de mérito no tomó en cuenta el descargo del imputado en cuanto negó ser autor del hecho investigado e incluso aportó fotografías -que fueron incorporadas al debate- en las que se observa que el cumpleaños de su hija se desarrolló en absoluta normalidad, extremo que ratifica la inocencia propiciada al declarar.

IV. Desde esa perspectiva, considero que no puede sostenerse que existe en el caso certeza apodíctica acerca de los extremos que el Tribunal tuvo por probados.

Esto no implica afirmar la mendacidad de la denunciante o de los testigos _____ (en tanto adujo haber visto a Tamayo llevar de la mano a la niña en dirección al baño y luego verla llorar), Prieto o _____ (estas últimas, en tanto habrían visto llorar a la menor) y, mucho menos, la de la niña que aparece como víctima. Se trata por el contrario de poner de resalto, por un lado, las deficiencias de la sentencia en lo que respecta a su fundamentación y al modo en que se valoró la prueba



–parcializando algunos testimonios y omitiendo prueba relevante– y, por el otro, la duda que emerge al hacer una valoración integral de todos los elementos reunidos en el caso, teniendo presente que el principio del *in dubio pro reo* debe guiar siempre la resolución de este tipo de casos.

En esta dirección, la CSJN ha reconocido que “la necesidad de convicción no implica de ninguna manera una remisión al pleno subjetivismo o a lo que simplemente crea el juzgador. Tal creencia sólo sería apta para sustentar una condena si se asienta en pruebas concordantes susceptibles de explicarla racionalmente” (causa M. 794. XXXIX. Recurso de hecho, “Miguel, _____s/ p.s.a. de homicidio”, Rta. 12/12/06, considerando 11).

Además, en el fallo “Casal” ya aludido, ha sostenido que *“el método para la reconstrucción de un hecho del pasado no puede ser otro que el que emplea la ciencia que se especializa en esa materia, o sea, la historia (...) se trata de la indagación acerca de un hecho del pasado y el método –camino– para ello es análogo. Los metodólogos de la historia suelen dividir este camino en los siguientes cuatro pasos o capítulos que deben ser cumplidos por el investigador: la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis”, trazando un paralelo entre los procedimientos para concluir que “hay pruebas admisibles e inadmisibles, conducentes e inconducentes, etc., y está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes y aun a proveer al acusado de la posibilidad de que aporte más pruebas que reúnan esas condiciones e incluso a proveerlas de oficio en su favor. La heurística procesal penal está minuciosamente reglada. A la crítica externa está obligado no sólo por las reglas del método, sino incluso porque las conclusiones acerca de la inautenticidad con frecuencia configuran conductas típicas penalmente conminadas. La crítica interna se impone para alcanzar la síntesis, la comparación entre las diferentes pruebas, la evaluación de las condiciones de cada proveedor de prueba respecto de su posibilidad de conocer, su interés en la causa, su compromiso con el acusado o el ofendido, etc. La síntesis ofrece al historiador un campo más amplio que al juez, porque el primero puede admitir diversas hipótesis, o sea, que la asignación de valor a una u*



otra puede en ocasiones ser opinable o poco asertiva. En el caso del juez penal, cuando se producen estas situaciones, debe aplicar a las conclusiones o síntesis el beneficio de la duda. El juez penal, por ende, en función de la regla de la sana crítica funcionando en armonía con otros dispositivos del propio código procesal y de las garantías procesales y penales establecidas en la Constitución, dispone de menor libertad para la aplicación del método histórico en la reconstrucción del hecho pasado, pero no por ello deja de aplicar ese método, sino que lo hace condicionado por la precisión de las reglas impuesta normativamente". Ello dio lugar a que se sostuviera que "la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia" (párrafos 30 y 31).

En este caso, entiendo que el fallo no cumple con el deber de motivación exigido en los arts. 123 y 404, inc. 2°, CPPN, en tanto ha omitido prueba relevante para resolver el caso, cuyo análisis debilita la hipótesis acusatoria y, al mismo tiempo, robustece el planteo de la defensa en torno a la existencia, al menos, de una duda suficiente como para desvincular definitivamente al imputado, en virtud del principio *in dubio pro reo* (art. 3, CPPN).

En esta dirección -y a modo de síntesis- destaco como parámetros que me conducen a proponer dicha absolución: la falta de consideración de los testimonios de _____, _____ y _____ (como apunté anteriormente, los dos primeros ni siquiera fueron enumerados en la sentencia como prueba producida en el juicio), el recorte efectuado con respecto a los testimonios de Diana Rendelstein, la Lic. María Isabel Díaz, psicóloga del C.M.F. e, incluso, con relación a los dichos de la menor S.L.F.M. en Cámara Gesell; la falta de valoración del informe psiquiátrico labrado por la Dra. Nélide Delis Queró del C.M.F., agregado a fs. 172/176 e incorporado al debate por lectura (que tampoco fue mencionado dentro de las pruebas agregadas al debate); el haber omitido ponderar las contradicciones en las que incurrió la denunciante



-fundamentalmente en lo atinente al modo en que habría tomado conocimiento del hecho- y la circunstancia de que ella misma, al declarar ante la O.V.D., refirió que le propuso a su hija jugar a que ella era el padre de M_____ para ver si así podía averiguar algo más -lo que, como dije anteriormente, no puede ser descontextualizado de la referencia efectuada por la maestra de la niña, Leila Yanina Díaz, en torno a que en una oportunidad dijo que no quería jugar más con el papá de M_____ ya que le daba miedo, lo que fue tomado en la sentencia como prueba de la responsabilidad de Tamayo en el hecho- y, por último, la falta de consideración del descargo del imputado, en particular, de las fotografías aportadas durante el debate en las que puede observarse cómo el cumpleaños de su hija se desarrolló con normalidad y armonía.

En estas condiciones, teniendo en cuenta que en el caso - además- se ha garantizado acabadamente el derecho de la niña S.L.F.M. a ser oída (de conformidad con las pautas asentadas en el precedente "**Funicelli**" de la Sala III de esta Cámara -Reg. n° 1643/18-, entre otros, a los cuales me remito en honor a la brevedad) voto por hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar la sentencia recurrida y absolver a _____ Tamayo en orden al hecho por el que fue condenado; sin costas (arts. 3, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Morin dijo:

En los términos de los precedentes "**Roumieh**"⁷, "**Lamaestre**"⁸, "**Pachas Estrada**"⁹ y, especialmente, "**Barrios Britos**"¹⁰, en el que destaqué que, en los casos en donde se investiga un suceso como el que convoca ahora la intervención de esta Alzada, el norte interpretativo que guía la actividad intelectual del órgano revisor continúa siendo, como en todos los casos, la sana crítica racional -de

7 Sentencia en fecha 19.09.17, registro n° 873/2017, Sala II, jueces Días, Sarrabayrouse y Morin.

8 Sentencia en fecha 5.09.17, registro n° 796/2017, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin.

9 Sentencia en fecha 22.03.18, registro n° 285/2018, Sala II, jueces Días, Sarrabayrouse y Morin.

10 Sentencia en fecha 19.06.18, registro n° 700/2018, Sala II, jueces Días, Sarrabayrouse y Morin.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 71802/2017/TO1/CNCI

manera que, a la luz de las garantías que rigen el proceso, la hipótesis acusadora aún debe ser comprobada más allá de toda duda razonable, adhiero al voto del juez Jantus, por compartir –en lo sustancial– sus fundamentos.

En virtud del acuerdo que antecede, **la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal RESUELVE, por mayoría:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa, **CASAR** la sentencia recurrida y **ABSOLVER** a _____ Tamayo en orden al hecho por el que fue condenado; sin costas (arts. 3, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, comuníquese mediante medios electrónicos al tribunal de la instancia –el cual deberá notificar personalmente al imputado–, notifíquese (Acordada 15/13, CSJN; Lex 100) y remítase la causa oportunamente (cfr. Acordadas n° 27/2020, 24/2021 y cc. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Sirva la presente de atenta nota de estilo.

PABLO JANTUS

HORACIO L. DÍAS
-en disidencia-

DANIEL MORIN

PAULA GORSO
SECRETARIA DE CAMARA

