

//tencia No. 1640

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JORGE O. CHEDIK GONZÁLEZ

Montevideo, diecisiete de diciembre de dos mil dieciocho

**VISTOS:**

Para dictado de sentencia en autos caratulados " **AA. REITE-RADOS DELITOS DE ATENTADO VIOLENTO AL PUDOR. CASACIÓN PENAL**", IUE: 523-340/2016.

**RESULTANDO:**

1) Según surge de autos por Sentencia Interlocutoria N° 1170/2016 de fecha 29 de julio de 2016 dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia de 10° Turno de Maldonado, se dispuso el procesamiento con prisión del Sr. AA bajo la imputación "prima facie" de reiterados delitos de atentado violento al pudor, en calidad de autor (fs. 85 a 93).

2) Contra dicho pronunciamiento, la Defensa particular del encausado interpuso recursos de reposición y apelación en subsidio por entender, básicamente, que la pericia psicológica ordenada por la Sede se realizó en régimen de urgencia y como labor preliminar, lo que evidencia la necesidad de que hubiese más tiempo para trabajar a conciencia.

Añadió que no existió audiencia aclaratoria del informe pericial, por cuanto el magistrado actuante no lo consideró necesario y postergó su señalamiento para la etapa sumarial.

En cuanto a la declaración de la víctima, expresó que el niño ha sido victimizado social y judicialmente. El niño BB no ha evidenciado un comportamiento de padecimiento, de molestia en su vida como sucede, de orden, con los menores víctimas de abuso.

Indicó que la Sra. CC hace aproximadamente 2 meses que iba a prescindir de los servicios de la Sra. DD (a la postre denunciante de los presuntos hechos delictivos), lo que pudo desencadenar este comportamiento de la denunciante.

3) Por Sentencia Interlocutoria N° 3258/2016 de fecha 11 de octubre de 2016 (fs. 156 a 172) el Juez a quo no hizo lugar al recurso de reposición y franqueó el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto.

4) En segunda instancia, por Sentencia Interlocutoria N° 406/2017 de fecha 7 de febrero de 2017 el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3° Turno, revocó la Sentencia Interlocutoria No. 1970/2017 y, en consecuencia, dispuso la absolución del Sr. AA, decretándose la excarcelación inmediata del mismo (fs. 367 y 368 vta.).

5) Contra el pronunciamiento de segundo grado la Sra. Fiscal Letrado Departamental de San Carlos interpuso recurso de casación y, en necesaria

síntesis sostuvo:

La sentencia resistida incurrió en un error "**in iudicando**" al valorar que no se recabó la semiplena prueba necesaria para sostener un sumario penal.

A diferencia de ello, existen elementos de convicción suficientes para juzgar que el imputado tuvo participación en el delito. El relato del niño fue recibido por la Sede, en presencia del instructor, del Ministerio Público y de la Defensa de confianza del encausado, quien tuvo la posibilidad de controlar la entrevista, la legalidad del interrogatorio y formular preguntas de descargo que entendiera pertinentes.

Afirmó que la declaración de la víctima fue espontánea y clara al relatar los hechos de abuso sufridos. Dicha declaración se enmarcó mediante un lenguaje apropiado a su edad, sin rastros de estar aprendiendo un discurso aprendido.

Precisó que, un perito del Poder Judicial entrenado especialmente para detectar relatos infantiles inducidos en materia de abuso sexual, validó el relato del niño BB, el que resultó coherente de acuerdo con los rasgos de la personalidad relevados del encausado.

Indicó, por otra parte,

que la psicóloga del Centro Educativo al que concurre BB, al entrevistarlo, le preguntó si guardaba algún secreto, ante lo cual el niño le manifestó los hechos que estaba viviendo en el hogar. La licenciada acotó, en sede judicial, que el relato fue espontáneo, acorde a la edad del menor, las palabras y formas lingüísticas empleadas y a los años de experiencia clínica infantil.

Alegó que la Defensa particular del encausado consideró que la grabación por audio realizada por la niñera, Sra. DD en el que interrogaba al menor se dio en un marco de narración inducida por el adulto. Pese a ello, el juez a quo no tuvo en cuenta esa prueba como la prueba de cargo y no fue incorporada al sumario por el magistrado.

El órgano de alzada -pese a reconocer la persistencia del relato de BB- se valió de ese elemento -interrogatorio sugestivo de la niñera- para absolver al encausado.

El razonamiento probatorio de la Sala resulta absurdo, pues colide con los arts. 125 y 174 del C.P.P. 1980 y el art. 12 de la Convención sobre los derechos del niño y el art. 8 del C.N.A.

Y ello, en particular, habida cuenta de que no resulta posible que el Tribunal, por un lado, catalogue el testimonio de la víctima como coherente y conteste y, por otro lado, se concluya que

el relato haya sido inducido por la niñera. Por tanto, el argumento absolutorio cae por su propio peso.

Asimismo, la recurrente considera que la sentencia de segunda instancia incurrió también en error "in procedendo" vulnerando el principio de igualdad de armas recogido en los arts. 113 y 163 del C.P.P. 1980. Es una vez abierto el sumario, cuando las partes pueden proponer realmente medios probatorios para lograr la certeza de la existencia del delito y su comisión por el imputado o la inocencia de éste.

En el caso, el Ministerio Público dejó solicitado (en su requisitoria) el diligenciamiento de nuevos medios de prueba, lo que naturalmente debería verificarse en el sumario. La sentencia, a través de la absolución del encausado, coarta el derecho de la causa pública a producir prueba de cargo.

6) Por interlocutoria N° 2247 de fecha 22 de noviembre de 2017 (fs. 391), se resolvió dar ingreso al recurso de casación interpuesto y dar traslado a la contraria por el término legal.

7) A fs. 397 y sgtes. Compareció la Defensa del Sr. AA a evacuar el traslado conferido y abogó por el rechazo del medio impugnativo.

8) Oído el Sr. Fiscal de Corte (Dictamen N° 00180/2018 glosado a fs. 406 a 417

vta.), aconsejó hacer lugar al recurso de casación interpuesto.

9) Por auto N° 445 de fecha 19 de marzo de 2018 (fs. 420) se dispuso el pasaje a estudio y autos para sentencia, citadas las partes.

10) Atento al cese del Ministro Hounie, se procedió a integrar el órgano mediante sorteo, recayendo la designación en la Ministra de Apelaciones Dra. Gatti.

Una vez culminado el estudio se acordó el dictado de sentencia para el día de hoy.

**CONSIDERANDO:**

I) La Suprema Corte de Justicia (integrada) por mayoría conformada por los Ministros Dra. Minvielle, Dra. Gatti y el redactor, hará lugar al recurso y en su mérito confirmará la sentencia interlocutoria de primera instancia, por los fundamentos que se dirán.

II) Los hechos dados por probados por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3° Turno.

Inicialmente, debe tenerse en consideración que el órgano de alzada tuvo por probados los siguientes hechos:

a) El niño BB no es un

niño con tendencia a la fantasía ("**fantasioso**") de acuerdo a las declaraciones de su Maestra, madre y el abuelo paterno.

b) BB le manifestó a su cuidadora que era objeto de actos obscenos por sus padres, expresiones que fueron grabadas por la denunciante, Sra. DD -cuidadora del menor-. Tales dichos el niño los reitera en diferentes días: i) ante la psicóloga del Centro Educativo al que concurre; ii) en sede judicial; iii) ante el perito psicólogo del Poder Judicial, Lic. PÉREZ MALLETTI.

c) El relato de la víctima puede ser catalogado de coherente, conteste, aunque el mismo nace o es realizado por primera vez ante DD quien en la grabación realizaba preguntas sugestivas por lo que se trata de un relato guiado por la niñera.

d) Desde el punto de vista físico el niño BB no presenta signos físicos de violencia externa genital o anal. Analizado desde lo conductual, no se vislumbraron signos que permitieran vislumbrar que el niño estuviera siendo víctima de abuso intrafamiliar. En el Centro Educativo como en el núcleo familiar más cercano no han advertido manifestaciones de abuso.

III) Sobre la valoración de la prueba como motivo de impugnación en vía casatoria.

En la emergencia, examinados los autos, expresa la Ministra Minvielle -postura en la que participa la Ministra Gatti- que no puede compartirse el criterio tradicional de la Corporación y dogmática procesal que considera que la valoración probatoria no es motivo de impugnación en sede de casación penal, por virtud del art. 270 del C.P.P. que consagraria la "*intangibilidad de los hechos en vía casatoria*".

Precisamente, porque la interpretación literal del precepto legal conlleva, en excluyente medida, un resultado interpretativo insensato pues determina una sensible restricción al examen del razonamiento probatorio formulado por un órgano inferior procesal, cuyo juicio fáctico quedaría, en toda circunstancia, carente de control sobre la racionalidad del criterio valorativo empleado.

En el caso, más allá del resultado interpretativo que, corriente e inconscientemente los operadores solemos preferir en base al tenor literal o semántico, debe puntualmente examinarse si no existen razones de peso que justifican acudir **a otro significado de la citada disposición** que, por lo pronto, no mutile crudamente la eficacia del medio impugnativo movilizado.

Y ello, particularmente,



porque la finalidad y/o utilidad del recurso como remedio adjetivo al servicio de las partes se tornaría ilusorio en su eficacia si con razonamientos probatorios manifiestamente ilógicos, arbitrarios, desatinados e incoherentes, el tribunal de casación, con una visión institucionalizada deferencial hacia los órganos de mérito, validara cualquier versión histórica en el proceso.

La interpretación de la norma debe partir de un enfoque "**desde la Constitución**", con lo cual, cobra especial vigor la garantía institucional y democrática que constituye el principio o estado de inocencia, **pues el sujeto sobre quien se dirige el obrar estatal en el marco de un proceso represivo, así como también el titular de la acción penal, debe contar con la posibilidad real y no meramente conjetural, de obtener la rectificación de lo actuado ante un error "manifiesto" de derecho.**

Como señala GUASTINI la **interpretación conforme** es aquella que previene las antinomias y/o las incongruencias axiológicas entre normas formuladas por textos normativos distintos y jerárquicamente ordenados, evitando extraer de una determinada disposición (supongamos el art. x de cierta ley) una norma que estaría en conflicto con otra norma, previamente extraída de una disposición perteneciente a

un texto normativo distinto y jerárquicamente superior (digamos el art. y de la Constitución).

En otras palabras, **se hace interpretación conforme cada vez que se adapta -se adecua- el significado de una disposición al significado (previa o contextualmente establecido) de otras disposiciones de rango constitucional** (GUASTINI, Riccardo: "Interpretar y argumentar", traducción de Silvina ÁLVAREZ MEDINA, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, págs. 294 y 295).

En nuestro caso, si la valoración de los elementos probatorios reunidos en la causa transgrede flagrantemente las reglas de la lógica y la experiencia, la sana crítica, en la especie, la regla presuncional consagrada en el art. 270 del C.P.P. debe inevitablemente ceder espacio a garantizar la operatividad del principio de inocencia así como la verdad -como correspondencia con la fidelidad con los elementos probatorios allegados a la causa- ora para responsabilizar penalmente ora para descartar el direccionamiento del poder represivo del Estado.

Justamente, ha de requerirse un resguardo institucional que controle y, eventualmente rectifique juicios valorativos de proposiciones sobre hechos que se apartan ostensiblemente de los cánones de racionalidad de la prueba.

En el caso, entiende la referida Ministra, que la interpretación literal de la disposición legal (norma resultante) cierra los ojos a la realidad y recrudece el formalismo jurídico, desconociendo el recurso judicial como instrumento eficaz.

Como señala CERDA SAN MARTÍN, un recurso para ser considerado eficaz no basta con su existencia formal, sino que éste debe permitir que se obtengan resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido (Cf. CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo: "Valoración probatoria y control del juicio fáctico", UBIJUS, México, 2016, pág. 157).

Es, por este motivo, que debe predicarse una interpretación asaz **restrictiva** de los términos empleados por el legislador, ajustándose el significado en alineación con el programa constitucional y admitir "**perforaciones**" o "**matizaciones**" a la intangibilidad absoluta de los hechos que establece el art. 270 del C.P.P. (rectius: proposiciones sobre los hechos) de modo de viabilizar el mecanismo de contralor casatorio.

En materia tan sensible como la penal, en la que está en juego uno de los bienes jurídicos más preciados por la sociedad, como es la libertad personal, no resulta racionalmente justificable adoptar una interpretación literal que opere como cerrojo al control.

Debe precisarse que en un Estado Constitucional y de Derecho cobra especial relevancia la existencia y fortalecimiento significativo, por así llamarle, de los mecanismos de contralor disponibles mediante la interpretación evolutiva de las formulaciones normativas existentes. De este modo, garantizar los derechos y garantías jurídico-constitucionales del sujeto destinatario del obrar estatal, así como no obstruir, en casos de valoración irracional grave y manifiesta de la prueba rendida, la pretensión punitiva del Estado.

Nótese que, la inadmisión irrestricta de la valoración probatoria puede provocar derivaciones perniciosas y, en consecuencia, irrazonables: condenar inocentes, tanto como eximir de responsabilidad jurídico penal a culpables.

Por este motivo, estima la Dra. Minvielle, que la interpretación y consecuente atribución de significado al art. 270 C.P.P. no constituye una cortapisa infranqueable al examen valorativo de la prueba que califique como absurdo evidente.

Por el contrario, la inadmisión de revalorización fáctica tiene una limitante y, consiguientemente, matiza la *intangibilidad absoluta* de hechos la que cabe entender goza de flexibilidad para permitir el contralor de juicios valorativos manifies-

tamente equivocados.

Y aun así, no pueden desconocerse dos razones adicionales más que operan en favor de la valoración probatoria en casos de infracción a las reglas de la sana crítica:

a) por un lado, sirve de guía -a efectos interpretativos- la solución consagrada en el nuevo Código del Proceso Penal (Ley No. 19.293) al regular el recurso de casación (art. 369) que aplica por reenvío, en lo pertinente, el Código General del Proceso, siendo causal de casación la infracción a la valoración de la prueba como **infracción de la norma de derecho** (art. 270 C.G.P.).

b) por otro lado, como bien destacan VALENTÍN y GARDERES el C.P.P. no contiene una referencia similar a la del art. 270 del C.G.P., que incluye expresamente como error de derecho, la infracción a las reglas legales sobre valoración de la prueba.

Como consideran los autores, los mismos argumentos que permiten revisar la aplicación de los criterios legales de valoración de la prueba en la casación civil, deben admitirse como fundamento de la casación penal; puesto que, en esencia, la sana crítica es una regla legal, y si las conclusiones probatorias del fallo resultan claramente

absurdas, esa regla legal de valoración probatoria se encuentra afectada (teoría del "absurdo evidente", recogida en la jurisprudencia civil de la Suprema Corte de Justicia (...)).

En definitiva, expresan los comentaristas en términos plenamente compartibles, que el art. 270 inc. 2 del C.P.P. no establece algo distinto de lo previsto con carácter general en el art. 270 C.G.P. ("el recurso sólo podrá fundarse en la existencia de una infracción o errónea aplicación de la norma de derecho..."), y la aclaración referida a la intangibilidad de los hechos debe interpretarse en ese marco conceptual clásico, sustentado en la distinción entre hechos y derecho, que no supone negar el carácter normativo (derecho) de las reglas legales sobre valoración de la prueba (GARDERES, Santiago y VALENTÍN, Gabriel: "Código del Proceso Penal Comentado", LA LEY URUGUAY, 1ª Edición, Montevideo, 2012, pág. 638).

A juicio del redactor en algunos casos es posible valorar la prueba en la instancia casatoria, en ese sentido se permite transcribir la posición que hemos sostenido con el Dr. Hounie en sentencia N° 2.027/2017, donde concretamente se dijo:

*"Ahora bien y sin perjuicio de lo dicho, para los Sres. Ministros, Dres. Jorge CHEDIK y Felipe HOUNIE, cabe, sin embargo,*

*reivindicar la creación pretoriana del "absurdo evidente", que, precisamente, surgió como medio de ampliar el campo del recurso de casación ante las limitaciones de la ley frente a casos de notoria injusticia; al decir de COLOMBO "...como el último y excepcional remedio que se agrega al derecho como 'válvula de escape' frente a la iniquidad de los procedimientos judiciales sobre cuestiones de hecho excluidas por su propia naturaleza de casación". De ahí que "...la revalorización de la prueba resulte excepcional, a interpretación estricta y cuando la desviación de la sentencia fuese grave y manifiesta".*

*Es así, dice COLOMBO, que, partiendo de la premisa de que nuestra ley no admite otros hechos que los dados por probados por el tribunal de mérito, "...se requiere para la tipificación del absurdo que medie un error notorio, lo que equivale a manifiesto, patente, evidente, palmario, claro, ostensible, por lo que es también indiscutible ... que no es posible casar cuando la valoración es discutible, o poco convincente y aun equivocada, o se trata de un mero error que no alcance aquellas características, pues en dichos casos queda excluido el absurdo evidente y la Corte tiene que ajustarse a la base fáctica dada por el fallo, intangible para ella..." (cf. Erik COLOMBO, "Casación: Teoría del absurdo evidente", en*

*Revista Uruguaya de Derecho Procesal, año 1983, No. 1, pág. 57).*

IV) La valoración probatoria en autos: irrazonabilidad del razonamiento formulado por el órgano de alzada.

IV.I) Despejado el aspecto formal o adjetivo, las Ministras Dras. Minvielle, Gatti y el redactor, entendemos que corresponde anular la recurrida ya que la sentencia de segunda instancia revela un juicio valorativo probatorio que califica como absurdo y se erige como motivo de casación.

En efecto, la Sala, en primer lugar, parte de la idea de que el relato de la víctima -un niño de 6 años de edad- es un **relato coherente y conteste**. Es decir, es el propio órgano de mérito que asigna credibilidad a las manifestaciones de la víctima, pese a lo cual, esa coherencia inicialmente detectada luego la contextualiza y descarta en función de un diálogo previo que el menor mantuvo con quien fuera su niñera.

La Sala, en particular, consideró que la grabación de audio que hiciera la niñera en dónde le preguntaba al menor sobre los presuntos hechos de abuso de autos, se revela como un discurso guiado por el adulto y, por ende, no espontáneo.



Sin perjuicio de ello, cabe puntualizar que la Sala utiliza como elemento para la absolución del encausado la transcripción de los audios aportados a la Policía por la denunciante (los que no fueron agregados a la causa, solamente luce la transcripción a fs. 22) que, en lo medular, dicen:

*"F: Ah para conversar. - D: ¿Claro, que era que me contabas que te hacía tu padre y tu madre? -F: Ah que me metían el dedo en el culo. -D: ¿Ah sí, tu padre? - F: Eso...y mama.- D: Y mama qué te hace?- F: lo mismo.- D: Y vos qué le decís?- F: Yo les digo...no, no, no, no, no, no, no...y sigue y yo digo NO!- D: Les decís así? F: Si. - D: Y siguen y siguen como...me pudren yo no soy un juguete además. - D: Cuando te hacen eso?-F: De noche me hace (NO SE APRECIA LA FRASE)...y siempre lo mismo.-D: Ah...-F: Si, solo ahí D: Y mama que te toca.-F: He...hace lo mismo...lo mismo que papá, que me toca el culo...D: Ah, y mama te toca el pito?.- D: Y que es lo mismo?-F: Lo mismo que papa, que me toca el culo...lo mismo que papa.-..."* (fs. 22).

Pero debe de verse que el diálogo inicial con la niñera que puede entenderse direccionado por el adulto (quizá por falta de conocimientos para afrontar la problemática con solvencia por parte de la niñera en función de su instrucción personal) no resulta razonable prive de

eficacia convictiva: i) la declaración en sede judicial del menor ante el magistrado actuante; ii) la declaración en la entrevista ante la psicóloga del Centro Educativo al que concurre el niño y iii) la declaración ante el psicólogo del ITF.

Tanto la psicóloga del Colegio al que concurre como el perito del ITF han sido concluyentes en afirmar que el relato de BB es creíble, espontáneo, propio de su maduración cognitiva y no advirtieron, en las respectivas instancias en las que tomaron contacto con el menor, la presencia de un discurso insincero elaborado por un adulto.

En efecto, la psicóloga del Instituto EE, Sra. FF, en sede policial sostuvo que:

*"El niño manifiesta verbalmente que cuando les pide a sus padres que le hagan cosquillas el niño relata que le tocan el "pito y la cola" ambos padres y que el manifiesta que no le gusta, que no es un juego que no quiere que se lo hagan más y continúan hasta que el niño comienza a pegarles y los padres se detienen, también manifiesta el niño que estas conductas se repiten desde hace un tiempo." (fs. 17).*

Y, en vía judicial, al deponer como testigo reiteró similares conceptos:

*"En un momento...le*

*pregunto si tiene un secreto para contar y manifiesta que sí y que, a la noche, cuando está en su cama, él le pide a los papás que le hagan cosquillas, y primero me relata que el papá le hace cosquillas en un lugar que a él no le gustan "el pito y la cola". Le pregunto si el papá le quita la ropa y me dice que no, pero que le mete la mano por debajo de la ropa. Le pregunto si es un juego y me contesta que sabe que lo toquen en el "pito y la cola" no es un juego...Le pregunto cuando se detiene la situación y me dice que es cuando comienza a pegarle a los papás. Le pregunto si a él no le parece que es un juego y me repite que no...Termino preguntándole que es lo que quiera que suceda con todo esto y él me contesta que quiere que se termine..." (fs. 54/54 vta.).*

E interrogada sobre la espontaneidad del relato, la profesional contestó:

*"Sí, tanto las palabras como la forma del relato eran adecuadas a su edad. Él se mostraba preocupado, no angustiado, no tenía indicadores de angustia...Yo la PREOCUPACIÓN la vi en la reiteración del niño en que esto se interrumpa" (fs. 54 vta.).*

Un diálogo previo con su cuidadora en el que la víctima manifiesta los hechos de abuso mediante preguntas sugerentes o direccionadas a

verbalizar lo acontecido que, aisladamente considerado, es ciertamente inconcluyente, no puede enervar la eficacia convictiva de otras probanzas útiles incorporadas a la causa ajenas a la participación de la niñera. Estas otras entrevistas con el niño se dieron sin intervención alguna de la cuidadora, por lo que no resulta creíble que un niño de apenas 6 años, en diversas instancias persista en una versión absolutamente dissociada de la realidad sin presentar fisuras en su declaración.

Si a ello agregamos -como lo hizo la Sala- que BB no es un niño fantasioso, sino "concreto, que hace lo que tiene que hacer, no inventa, que no se lo ve imaginando cosas" (al decir de su Maestra, Sra. GG, fs. 58 vta., ver también al respecto declaración de la Sra. HH, a fs. 60 vta.), resulta un absurdo evidente la valoración probatoria formulada por el órgano de alzada.

Asiste razón al Ministerio Público al recurrir en cuanto a que el diálogo con la niñera (que huelga reiterar no obra incorporado al proceso sino su "transcripción" por dependencias policiales) no sirve para excluir otras instancias, especialmente judiciales, en las que el niño pudo expresarse solo y ante profesionales con versación en materia de abuso infantil.

Pero, además, nótese que

el juez de primera instancia no se valió como elemento incriminatorio el diálogo sugestivo del niño con la niñera. Ante la denuncia anónima recibida por las dependencias policiales, se inició la instrucción presumarial y se recabaron elementos probatorios con presidencia de ese diálogo.

IV.II) El punto, entonces, estriba en si la declaración de la víctima ante el juez de la causa, ante profesional en el ámbito educativo y ante el perito actuante en la instrucción presumarial son suficiente insumo convictivo para reunir elementos de convicción suficientes para disponer el enjuiciamiento del Sr. AA.

En la evaluación Psicológica realizada por el psicólogo del ITF, Lic. Enrique PÉREZ MALLETTI en forma concluyente el profesional manifestó:

*"...BB, 6 años, se presenta de forma correcta, evidencia buen vínculo con el entrevistador, intentando de forma inmediata buscar confianza y seguridad. Al poco tiempo de comenzar la entrevista, relata los hechos, de forma clara, coherente a su edad madurativa la ocurrencia de conductas impropias de parte de su progenitor y su madre (aunque no queda claro) la participación o rol de la misma en este caso" (fs. 51).*

Mientras que, respecto al padre del menor, el perito actuante se expresó en el sentido de que:

*"...se presenta exaltado, expresa ofuscación intentando durante toda la entrevista no reconocer la asimetría existente entre entrevistador-entrevistado. Su relato, es según su interés, intentando de forma recurrente argumentar, racionalizar y minimizar todo lo que tiene que ver con la carta que este escribió. Posteriormente a la confrontación realizada, este termina reconociendo ciertos aspectos impulsivos como características de su personalidad.*

*Por otra parte, niega los hechos de abuso sexual, intentando querer "saber" quien realizó la denuncia.*

*(...) se cree que las mismas [en referencia a conductas impropias del indagado] se orientan más que nada a la escasa empatía, impulsividad del denunciado predominando como características su gratificación inmediata" (fs. 51/52 1).*

La experiencia y normalidad indican que el **relato de la víctima que persiste** en diferentes instancias en **la incriminación de un sujeto** - en el caso su padre- en la realización de actos lascivos, **sumado a la credibilidad subjetiva** (no es un

niño fantasioso, aspecto de su personalidad reconocido por propios y extraños) y **la credibilidad objetiva** (ejemplificando los hechos de abuso en base a un léxico acorde a su maduración cognitiva) conforman una base probatoria suficiente para iniciar un proceso penal. Y ello, con el fin de determinar la culpabilidad del sujeto que se sindicó como presunto responsable de los hechos de abuso.

Así, al declarar ante el juez de la causa, el niño BB señaló al ser interrogado sobre si tenía secretos:

*"...papá me toca el culo me hace cosquillas, de noche cuando yo estoy en mi cama, pero no estoy dormido, me toca por adentro, a mí no me duele, le digo que no lo haga, pero el sigue (se ríe) ..."* (fs. 35 vta. 1).

Y más adelante, al ser interrogado sobre la duración de los hechos, contestó:

*"cuando yo le pego, pasa mucho, cuando empiezan hacer cosquillas en el pito por la cola hacen así [se deja constancia de que el niño pasa el dedo por el escritorio repetidas veces]"* (fs. 36 1).

Y agregó, más adelante, que:

*"...meten la mano por*

*debajo de la ropa y me entra el dedo en la cola [hace un gesto con el dedo pulgar tocando el índice manifestando que esa es su cola y que las cosquillas se la hacen ahí en la puerta no entra el dedo para adentro]*" (fs. 36/36 vta.).

Asimismo, preguntado por el motivo por el cual le contó su secreto a DD su niñera, contestó:

*"porque así se terminaba la porquería loca."* (fs. 35 vta.).

En tal sentido, en términos concluyentes y extrapolables ha dicho el Tribunal Supremo Español (Sala Penal) en Sentencia No. 938/2016 -citada en reciente Sentencia No. 2741/2017- que: *"... 'la declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional, puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible, lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en un lugar oculto, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada'.*

*'Así lo ha declarado tanto el Tribunal Constitucional (SSTC. 229/1.991, de 28 de*



noviembre, 64/1.994, de 28 de febrero y 195/2.002, de 28 de octubre), como esta misma Sala (SSTS núm. 339/2007, de 30 de abril, núm.187/2012, de 20 de marzo, núm. 688/2012, de 27 de septiembre, núm. 788/2012, de 24 de octubre, núm.469/2013, de 5 de junio, núm. 553/2014, de 30 de junio, etc.)'.

(...)

'Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, priván-dole de la aptitud necesaria para generar certidumbre'.

**'Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación'".**

IV.III) A juicio de la mayoría que suscribe la presente, no puede en absoluto compartirse el otro argumento adicional manejado por la Sala, en cuanto entiende que no existen "signos físicos"

de violencia genital o anal (ver examen del médico forense, Dr. Silvio BARBIERI a fs. 30 1).

Primero, el tipo penal por el que se dispuso el enjuiciamiento en primera instancia es el de atentado violento al pudor, delito que no requiere la violencia corporal para su tipificación. Es más, generalmente, estos delitos se erigen en la más absoluta intimidad y no dejan rastros o huellas corporales (Cf. discordia de la Dra. Minvielle en Sentencia No. 2.027/2017).

Si el tipo penal (art. 273 del C.P.) no prevé como requisito la violencia corporal, mal puede la ausencia de la misma operar como argumento para descartar la efectiva ocurrencia de actos lascivos. El desatino valorativo es ostensible.

Por último, y no por ello menos importante, debe tenerse en cuenta que las "pericias de parte" (terminología empleada por la Defensa particular (fs. 133) incorporadas al recurrir el auto de procesamiento del Sr. AA no son más que informes técnicos agregados por la parte en refuerzo de sus alegaciones, pero técnicamente no constituyen prueba.

En dichos informes (Psiquiatra, Dra. II a fs. 98/123 y de la Psicóloga, Lic. JJ a fs. 124/128) se hace caudal de una sintomatología de estrés agudo con indicadores de estrés

traumático.

Ello, por proximidad de fechas con el procesamiento del padre del menor y el natural impacto en el seno familiar que una medida de este tipo es razonable haya provocado en la vida diaria de los integrantes del hogar -más allá de ser alegaciones y no actos de prueba-, en este estado, no es posible atribuir a un montaje y elucubraciones de la niñera con manipulación mediante del menor.

La Defensa particular del Sr. AA durante la etapa presumarial no planteó, en ningún momento, que la cuidadora del niño tenía trastornos psiquiátricos ni que la denuncia orquestada obedeciera a una finalidad vindicativa. Simplemente al conferírsele vista del pedido de enjuiciamiento de la Fiscalía, solicitó que se oficiara solicitando la historia clínica de la Sra. DD (afiliada al Sanatorio Cantegril) (fs. 84).

Por el contrario, de acuerdo a las resultancias procesales, tanto el Sr. AA como su cónyuge hicieron referencia a la necesidad de los servicios que prestaba la Sra. DD y discordancias en lo laboral (rol de la cuidadora, trato con sus empleadores, decisiones en cuanto a la educación del niño, etc.).

Así, al ser interrogada la

Sra. CC, madre del niño y, en ese entonces indagada por los hechos descritos en la denuncia, expresó que la niñera:

*"Trabaja desde setiembre de 2015. La señora DD es una persona especial, mi relacionamiento con ella es bueno, pero ella a veces tiene cosas que no nos ponemos de acuerdo, con respecto a los niños, tiene una postura exigente con BB, ella intenta educarlo, ella está en casa para cuidarlos mientras no estamos, pero queremos que no le exija cosas, a veces me llamaba al trabajo y me decía que BB se había portado mal o que no comía. Él está en un proceso de celos, yo le planteé al médico lo que ella me decía. Ella gran parte del tiempo está con ellos. Esto de la comida surgió en el verano, me dice que no come, que se va a enfermar, como demasiado... ella tiene un carácter especial, quiere ocupar un rol de educadora del niño, y la madre soy yo. Yo creo que ella lo cuida bien, pero a veces tenemos esas diferencias."*  
(fs. 67 vta. 1).

Únicamente, la Sra. CC al exhibírsele la grabación realizada al niño, sacudió la cabeza y contestó: *"ESTA MUJER ES..." Es una locura, eso es un dicho sugerido, la mujer está mal de la cabeza, no está en sus cabales.*" (fs. 68 vta.), a lo que agregó en su declaración que era alguna maniobra

orquestrada por la niñera (fs. 69 vta.). Tales cuestionamientos se revelan como un acto natural de defensa material pero que, en esta etapa procesal, no logran enervar por sí solos la eficacia de otros elementos de prueba incorporados que conforman el grado de convicción judicial exigible para procesar a su marido.

En igual sentido, el Sr. AA señaló al declarar como indagado que:

*"...la única que le pudo haber dicho algo es DD porque es la que está con él. Ella tuvo problemas con mi señora porque cree que es la madre de los niños y no la señora que nos da una mano, en el mes de junio a los últimos días tuvimos una discusión con ella...Le aclaramos que nosotros somos los padres y le dictamos las normas, no nos puede decir que no nos tomamos tiempo para mis hijos..."* (fs. 77) y al ser interrogado sobre el relacionamiento de ellos con la niñera, contestó:

*"Ella conmigo tiene más onda, con mi señora como más tensa. No tenemos a nadie, no podemos prescindir de sus servicios..."* (fs. 77 vta.).

Sintomático de ello, es que recién con el auto de procesamiento al momento de recurrir por la Defensa del Sr. AA se cuestiona a la niñera acerca de su personalidad y su sanidad mental,

cuestión que propiamente deben quedar para otras instancias del juicio.

Debe verse que los informes de parte, aunque no se discutiera la valía profesional de quienes lo llevaron a cabo, **no fueron controlados por el Ministerio Público ni por el Juez interviniente.**

En tales informes de expertos, se dejan sin explicar, de manera significativa, como el niño BB pudo durante varios días, en forma coherente y en términos propios de su edad, brindar los testimonios de autos y ante diferentes sujetos, sin quebrarse ni fisurarse su declaración una sola vez, máxime cuando ya en sede judicial la presencia de la Sra. DD no se verificaba.

Y principalmente, porque el novedoso relato del niño BB dejaría a la vista una mendacidad de su parte que fue descartada en primera instancia de manera concluyente por diversos profesionales intervinientes en la materia.

Es más, en el informe de la Dra. II se señala que se trata de un caso de maltrato psicológico, perpetrado por la persona que fue contratada para cuidar de los niños, pero a continuación, la profesional expresa que no conoce a la niñera por lo que no puede afirmar exactamente cuáles

son sus rasgos de personalidad y que debería ser sometida a una pericia psiquiátrica (fs. 103).

Mientras que, en el informe de la Psic. Lic. JJ:

*"...no es lo habitual que no presente ninguna disfuncionalidad o manifestaciones en su ambiente escolar o con otras figuras referentes de la familia...quedan dudas respecto a la forma del develamiento del supuesto abuso y el contenido del relato." (fs. 127 vta.).*

Elementos los expuestos que, en tal caso, coadyuvan con la necesidad de realizar esa experticia en el marco del proceso penal.

Teniendo en cuenta el convencimiento convictivo calificado (pero no pleno) que existía, a juicio de la mayoría, para procesar, nos lleva a concluir que será en la etapa sumarial del proceso la estación adjetiva idónea para proponer nuevas diligencias y evaluaciones que sirvan para clarificar los hechos y atribuir o descartar responsabilidades.

V) Por último, carece de utilidad práctica examinar el restante agravio articulado por la recurrente. Y ello, precisamente, porque la violación del principio de igualdad de armas refiere a que la sentencia de segunda instancia cercenó al Ministerio Público la posibilidad de recabar la prueba

de cargo en el sumario penal. Con lo cual, al entender que corresponde casar la sentencia y mantener el procesamiento decretado en primera instancia, se satisface íntegramente el interés de la causa pública.

En suma, la sujeción inicial debería mantenerse y en el decurso del proceso penal, que recién se inicia, desbrozar con todas las garantías para las partes las cuestiones que se plantearon luego de dictado el auto de procesamiento.

VI) No se impondrán condenaciones en el grado, siendo las costas y costos por su orden.

Por los fundamentos expuestos la Suprema Corte de Justicia,

**FALLA:**

**CASANDO LA RECURRIDA Y EN SU MÉRITO CONFIRMAR LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA DE PRIMERA INSTANCIA, CONTINUÁNDOSE LOS PROCEDIMIENTOS CON SUJECIÓN A SU ESTADO.**

**HONORARIOS FICTOS 3 B.P.C.**

**PUBLÍQUESE, OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE.**

**DR. JORGE O. CHEDIAK GONZÁLEZ**  
MINISTRO DE LA SUPREMA  
CORTE DE JUSTICIA



**DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ**  
**MINISTRA DE LA SUPREMA**  
**CORTE DE JUSTICIA**

**DRA. GRACIELA GATTI**  
**MINISTRA**

**DRA. ELENA MARTINEZ**  
**PRESIDENTE DE LA SUPREMA**  
**CORTE DE JUSTICIA**

**DR. EDUARDO TURELL**  
**MINISTRO DE LA SUPREMA**  
**CORTE DE JUSTICIA**

**DISCORDES :**

por cuanto  
desestima-  
mos la im-  
pugnación  
interpues-

ta, por los fundamentos siguientes.

Consideramos que bajo ningún supuesto resulta posible discutir los hechos tenidos por probados en segunda instancia. Y ello en función del claro tenor del inciso segundo del artículo 270 del Código del Proceso Penal, el cual establece: *"No podrán discutirse los hechos dados por probados en la sentencia, los que se tendrán por verdaderos"*.

Los hechos son intangibles y debe estarse a los datos por probados por el tribunal de mérito, siendo únicamente posible apreciar si medió o no error en la aplicación de las normas jurídicas o en la subsunción de los hechos al derecho que los regula. La función de la Corte es tomar el hecho narrado por el

tribunal o tenido por probado como tal para reexaminar, eso sí, si la calificación jurídica es o no apropiada al hecho así narrado, tal como lo sostuvieron los referidos Ministros en las sentencias nros. 1985/2017 y 586/2017.

A nuestro juicio, no es aplicable a las causas penales lo dispuesto por el artículo 270 del Código General del Proceso, en el bien entendido de que no es un supuesto en el cual corresponda recurrir a la norma integradora contenida en el artículo 6 del Código del Proceso Penal. Ello porque, atento al claro tenor del artículo 270 inciso 2 del Código del Proceso Penal, no cabe más que concluir que la integración con la norma adjetiva civil resulta expresamente vedada en este caso y materia.

La categórica proclama del texto legal impide toda flexibilidad de interpretación o integración por las que se deslice la posibilidad de invocar la infracción a las reglas de valoración de la prueba prevista como causal de casación en el artículo 270 inciso 1° del Código General del Proceso. Ello, porque parece claro que la solución de la ley procesal civil se opone de manera terminante al precepto de la ley procesal penal (cf. sentencia nro. 454/2013).

En la misma línea de pensamiento se han expresado el Dr. Enrique VESCOVI, en su clásica obra sobre el recurso de casación, señaló:

*"...nuestro régimen legal de la casación penal ha excluído el error en la apreciación de la prueba como juzgable en casación, diciendo que no se podrá discutir acerca de los hechos que la sentencia considere comprobados..."* (cf. "La casación civil", Idea, Montevideo, 1996, pág. 83).

Por dichas razones, votamos por desestimar la impugnación en estudio.

**DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE**  
**SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA**  
**CORTE DE JUSTICIA**