



PODER JUDICIAL

En la ciudad de Río Grande, a los días del mes de marzo de 2014, en la sede del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte de la Provincia de Tierra del Fuego, se reúnen sus integrantes Dres. Daniel Ernesto Borrone, Juan José Varela y Eugenio C. Sarabayrouse con la presencia de la Sra. Secretaria, Dra. Lorena Nebreda, a los efectos de redactar la sentencia cuyo veredicto fue leído al terminar el debate en la causa 547, caratulada “**Carrizo, Víctor Hugo s/ abuso sexual agravado**” registro originario 19.065/12 del Juzgado de Instrucción N° 2 de este Distrito Judicial, seguida contra Víctor Hugo Carrizo, sin apodos, documento nacional de identidad n° 24.367.409, argentino, de 43 años de edad, nacido el 1 de septiembre de 1970, en la ciudad de Córdoba, provincia homónima, casado, con estudios secundarios incompletos, bombero voluntario, hijo de Humberto Eulogio y de Beatriz Josefa Godoy, actualmente detenido y alojado en la Unidad de Detención N° 1, con último domicilio en Forgacs 1094, de esta ciudad. En la causa intervienen el Sr. Defensor, Dr. Francisco Giménez, el Sr. Agente Fiscal, Dr. Jorge Daniel López Oribe y la Sra. Delia Irene G., en su calidad de querellante junto con su representante legal, Dr. José Raúl Velazco.

CONSIDERANDO:

Al comenzar el debate la querella leyó su requerimiento de remisión a juicio mientras que el Ministerio Público Fiscal hizo una reseña, basado en el escrito de fs. 421 del suyo con una explicación de las razones en las que había fundado su pedido.

Según el escrito de fs. 410/413, el acusador particular reprochó a Víctor Hugo Carrizo los siguientes hechos: “...*Haber abusado sexualmente de las niñas K. S. S. y A. B. G. –de doce y cinco años de edad respectivamente al momento de los hechos denunciados–, en un número indeterminado de veces, causando un menoscabo a la integridad sexual de las menores que significó un sometimiento gravemente ultrajante para ellas, valiéndose –además– para llevar a cabo su cometido de la relación de convivencia preexistente con la niña, siendo aún más grave por haber estado a cargo de la guarda de las menores.*”

“*Estos hechos, habrían comenzado poco tiempo después de que las niñas –junto con su madre– se mudaran desde la Provincia de Misiones hacia ésta, a principios del año 2012, instalándose en la casa del imputado y su familia, sita en la calle Forgacs nro. 1094 de esta ciudad, y habrían finalizado a mediados de dicho año. En efecto, según los relatos de la niña K, los eventos habrían comenzado cuando ellas quedaban al cuidado del encausado, dado que su madre debía ir a trabajar.*”

“*En esas circunstancias, el achacado primeramente le habría mordido una de las orejas en más de una ocasión (como una especie de jugueteo previo), y –en una oportunidad– la habría trasladado a la habitación de la niña, donde le habría apoyado el*”

pene y la niña –ante tal situación– habría gritado y él se habría ido. En otras oportunidades, el encausado habría trasladado a la niña al dormitorio de él, y luego de recostarla sobre la cama matrimonial habría comenzado a tocarle la zona de los pechos por debajo de la ropa a la vez que la habría besado en la boca y en distintas partes del cuerpo mientras le pedía a la nena que diga que eso le gustaba.

“Así –el encausado– le habría practicado sexo oral a K en reiteradas ocasiones, como así también, encontrándose los dos recostados sobre la cama, el se habría colocado sobre ella –encontrándose desnudo– y habría comenzado a frotarle el miembro viril en la zona genital y anal de la niña sin llegar a penetrarla, a lo que ella se habría ejercido fuerza para tratar de sacárselo de encima, al mismo tiempo que habría gritado para lograr tal fin. Relató la menor que en oportunidades, además de practicarle sexo oral, también ‘le habría apoyado en la vagina un aparatito que vibraba’ (tipo consolador).

“Manifestó que estos episodios también habrían ocurrido en el lavadero de la casa, y que fueron muchas veces en total, sin poder precisar una cantidad aproximada.

“También hizo saber que el imputado que incluso le habría pedido a ella que le practique sexo oral, a lo que se habría negado siempre. Finalmente, la niña K hizo saber que Carrizo le habría exhibido un video que habría filmado en una de las oportunidades, y la habría amenazado con publicarlo en las redes sociales si ella le decía algo a su mamá (conf. surge de fs.135/146).

“Por su parte, la niña A también relato episodios similares. Contó que el encausado la habría llevado a la cocina, y luego de bajarse los pantalones, la habría obligado a practicarle sexo oral (fellatio in ore), episodios que también habrían ocurrido en el dormitorio de los hijos del imputado, e incluso en una oportunidad, frente a uno de ellos –Facundo–. También manifestó que en algunas ocasiones él le realizaba tocamientos inverecundos en la zona de la vagina (fs.147/154).

“Así fijada la plataforma fáctica, se acusa además al imputado Víctor Hugo Carrizo haber tentado acceder carnalmente a K S S de 12 años de edad quien por su corta edad no podía consentir el acto, valiéndose el autor de intimidación bajo amenaza de difundir públicamente videofilmaciones de la víctima obtenidas subrepticamente en ocasión de su sometimiento sexual.

“Se imputa también como modalidad comitiva el acceso carnal de la menor A B G por la introducción de su miembro viril para la realización de fellatio in ore a las que obligaba reiteradamente a su víctima de 5 años de edad.” (cfr. punto III, fs. 410/413)

En cuanto a la calificación legal, el querellante sostuvo que las conductas reprochadas encuadraban en los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante,



PODER JUDICIAL

agravado porque fue cometido por el encargado de la guarda y contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo, reiterada en un número indeterminado de veces (art. 55 y 119, párrafo segundo y cuarto, incs. “b” y “f”, CP), en concurso real con abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa, un hecho, doblemente agravado (art. 55 y 119, párrafo tercero y cuarto, incs. “b” y “f”, en función del art. 42 del CP). Todos cometidos en perjuicio de la menor K S S; a su vez, en concurso real con el delito de abuso sexual con acceso carnal, doblemente agravado porque fue cometido por el encargado de la guarda y contra un menor de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente, reiterado en un número indeterminado de veces, en perjuicio de la menor A B G (arts. 55, 119, párrafo tercero y cuarto, inc. “b” y “f”, en función del art. 45 CP; véase punto IV, fs. 411 y sigs.).

Por su parte, el Sr. Fiscal solicitó la remisión a juicio de acuerdo con el escrito obrante a fs. 421/431, en el que textualmente reprochó al imputado los siguientes hechos: *“...Se investiga en autos el accionar de Víctor Hugo Carrizo, consistente en haber abusado sexualmente de las niñas K S S (titular del D.N.I. N°..., nacida el día 27 de noviembre de 1999) y A B G (titular del D.N.I. N° ..., nacida el día 21 de noviembre de 2006), en un número indeterminado de veces, cuando tenían la edad de doce y cinco años –respectivamente–, causando un menoscabo en la integridad sexual de las menores en virtud de haber implicado un sometimiento gravemente ultrajante para ellas, valiéndose –además– de la relación de convivencia preexistente con las niñas y en virtud de haber estado a cargo de la guarda de ellas; sometiéndolas a actos de evidente potencialidad corruptora ya que tuvieron entidad suficiente como para alterar y despertar prematuramente su desarrollo sexual.*

“Ello habría tenido lugar entre mediados de abril y fines de julio del año 2012, en el interior de la vivienda sita en calle Forgacs N°1094 de esta ciudad.

“Durante ese período, la Sra. Delia Irene G y sus hijas K S y A B se alojaron en la vivienda del imputado y su familia -compuesta por sus dos hijos y su esposa Gabriela Mariel Oxandaburu-, en razón de que provenían de la ciudad de Córdoba y no tenían otro lugar donde morar en Río Grande.

“En efecto, según el relato de K S, el imputado le mordió la oreja, le tocó y besó los pechos por debajo de la ropa, le practicó sexo oral, la besó en la boca, filmó uno de los abusos a los que la sometió y la amenazó con subir dicho video a la red social Facebook, en caso de que ella le contara algo a su madre. Asimismo, le apoyó un vibrador en la vagina e intentó que la niña le practicara sexo oral, así como penetrarla con su miembro viril en varias ocasiones pero la niña se resistió –se habría metido en

su cama mientras dormía, la habría desnudado y manoseado los pechos y la vagina, para luego intentar penetrarla, pero ella se resistió gritando–.

“Dichos abusos se habrían repetido en diversas ocasiones y en diferentes lugares de la morada.

“Sin perjuicio de ello, K logró relatar algunas situaciones específicas y aclaró que las demás veces –a las que cuantificó como “muchas” – fue abusada de manera muy similar (fs. 142).

“Puntualmente, en una oportunidad, Carrizo se acercó a K mientras ella realizaba tareas escolares en el sector de la cocina y le mordió la oreja (fs. 135).

“En otra oportunidad, el imputado llevó a la niña a la habitación que ella ocupaba junto a su hermana y su madre, y le dijo que le quería “apoyar” el pene.

“Seguidamente, la subió a la cama, la sujetó con fuerza y se subió encima de ella. Así, la besó en la boca, le levantó la ropa de la parte superior del cuerpo y la besó en los pechos, razón por la cual Karen gritó y trató de moverse para evitarlo, hasta que en un momento Carrizo se enojó por la negativa de la niña y se retiró de la habitación (fs. 136, 137 y 138).

“En otra ocasión, el encartado llevó a K al cuarto que éste compartía con su esposa y antes de ingresar le solicitó que cuando él terminara ella diga la frase “me gusta” (fs. 136, 138 in fine). Una vez en el interior, Carrizo trabó la puerta, subió a K a la cama, le sacó el pantalón, le tocó los pechos y le practicó sexo oral (fs. 136, 139). Específicamente, Karen expresó que le besó “el sapito”, haciendo referencia a la vagina (fs. 139).

“Esa vez, la niña intentó –en vano– que Carrizo se detuviera, diciéndole que “basta”, pero él continuó haciéndolo, extendiéndose dicha situación por un lapso de entre diez y veinte minutos aproximadamente.

“K mencionó también que el achacado capturó en video esa escena de abuso y la amenazó con subir la filmación a la red social Facebook, en caso de que ella comentara lo sucedido a su mamá, como así también que le pasaría algo a G si la niña hablaba al respecto. Además, K expresó que el nombrado le hizo ver el video en la computadora situada en la sala de la vivienda (fs. 139, 140, 146).

“Asimismo, la menor indicó que alguna vez Carrizo le apoyó un aparato que vibraba en la vagina y que si bien ella nunca logró ver dicho artefacto, lo sintió vibrar (142/144). Expresó también que el imputado le solicitó que le practicara sexo oral, pero que ella siempre se negó (fs. 143).

“Por último, a fs. 144 K relató que en otra oportunidad Carrizo se bajó el pantalón y le apoyó su pene en su parte de “atrás”, sin penetrarla.



PODER JUDICIAL

“Por su parte, la niña A B también relató situaciones de abuso de manera similar a su hermana mayor. Así, la niña comentó que Carrizo solía llevarla de la mano hacia la cocina, oportunidad en la que se bajaba el pantalón y la obligaba a realizarle sexo oral. Específicamente, A expresó que la hacía “chupar” y que ella no quería (fs. 149).

“Dijo también que luego Carrizo la llevaba hasta la cama de uno de los hijos de él y que en frente de Facundo –hijo el encartado– hacía que le practicara sexo oral, sin embargo, el pequeño no advertía la situación debido que estaba cubierto con una sábana (fs. 152).

“A manifestó que esas cuestiones ocurrieron muchas veces, tanto en la cocina como en la habitación (fs. 150).

“Asimismo, la pequeña contó que el encartado le tocaba la oreja y la vagina, refiriéndose a ella como al “sapito”, de la misma manera en que lo hizo K.

“Por último, de los dichos de las niñas (fs. 135/136) se desprende que los abusos ocurrían cuando Carrizo estaba a cargo del cuidado de ellas y/o de sus propios hijos y no había ningún otro adulto en la casa. Cuestiones que por cierto ocurrían con frecuencia, debido a que el nombrado trabajaba en el Cuartel de Bomberos Voluntarios de esta ciudad, realizando turnos de veinticuatro horas de trabajo, por veinticuatro horas de descanso (fs. 171, 194, 196), momentos en que quedaba solo con los pequeños que se encontraran en la vivienda hasta alrededor de la hora dieciséis, en que arribaba al hogar su esposa, luego de trabajar en la Farmacia del Pueblo (fs. 201, 204, 205). Además, la Sra. G salía todos los días a buscar trabajo e incluso se desempeñó laboralmente en la fábrica BGH para la empresa “Sardi Seguridad” durante veinte días, por lo cual también estaba muchas horas fuera de la vivienda (fs. 4 vta.). Por último, cabe mencionar que si bien la Sra. Natalia Soledad Muñoz trabajó en el hogar como niñera de los dos niños más pequeños –Facundo, hijo del imputado y A, hija de G–, ésta no lo hacía cuando Carrizo estaba en su jornada de descanso día de por medio (fs. 207, 242 y vta.).”¹

En cuanto a la calificación legal, el Agente Fiscal sostuvo que las conductas reprochadas encuadraban en los delitos de abuso sexual, abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal, todos cometidos mediante intimidación, doblemente agravados porque fueron efectuados por el encargado de la guarda y contra dos menores de dieciocho años aprovechando la situación de convivencia preexistente, practicados en un número indeterminado de veces –en forma reiterada–, cada uno de los cuales concurren materialmente entre sí, y que a su vez concurren en forma ideal con el delito de promoción de la corrupción de las menores damnificadas,

¹ Cfr. punto III, fs. 421/431.

agravado por haberse cometido mediante amenazas e intimidaciones, y por ser el autor encargado de la guarda (arts. 54, 55, 119 último párrafo en función de los incs. “b” y “f”, cuarto párrafo incs. “b” y “f” en función del segundo y tercer párrafo del mismo artículo – algunos de los cuales han quedado en grado de conato–, respecto de la mayor de las niñas, gracias a la resistencia opuesta, art. 42; y 125 último párrafo, todos del Código Penal), respecto de los cuales el aquí imputado Víctor Hugo Carrizo deberá responder en calidad de autor, pues se habría aprovechado de las calidades de las víctimas que, por su corta edad y por sentirse intimidadas, no ofrecieron resistencia alguna a los actos abusivos y corruptivos a los que fueron sometidas.²

Al finalizar el debate, y en las conclusiones finales, la querrela afirmó que en el juicio parecía que se había juzgado la conducta de su patrocinada. Sin embargo, la defensa tenía la obligación de desvirtuar las pruebas de cargo que pesaban sobre Carrizo, fundamentalmente las declaraciones de las víctimas y las conclusiones de los peritajes. Así, examinó los dictámenes de los psicólogos forenses Aracena y Camargo, del psiquiatra Montero, los dichos del licenciado Alvarado y la documentación suscripta por la doctora Spham.

Analizó la prueba reunida durante el debate y consideró que había momentos en que Carrizo se quedaba solo con las menores: “...*Entonces es posible la presencia del imputado junto a las niñas, mientras que éstas estaban bajo su guarda...*”.³

El Dr. Velazco concluyó su exposición solicitando la imposición a Carrizo de la pena de veinte años de prisión.⁴

A su turno, el Sr. Fiscal comenzó su exposición y dijo textualmente: “*Se ha acreditado (que) el acusado Víctor Hugo Carrizo abusó sexualmente de las niñas K S y A G en un número indeterminado de oportunidades y por espacio de dos meses, concretamente entre los últimos días de mayo y los últimos días de julio de 2012, cuando ellas tenían 12 y 5 años de edad, respectivamente. Ello ocurrió cuando quedaba solo al cuidado de las nenas en la vivienda que por entonces convivían, en Forgacs 1094 de esta ciudad. Generalmente por la mañana respecto de K –porque por la tarde ella iba a la escuela– y por la tarde respecto de A –que iba a la mañana al jardín–. Ocurrió cuando la madre consiguió trabajo en la empresa Sardi y él quedó al cuidado de las nenas por estar de franco; lo que ocurría generalmente día de por medio, ya que cumplía turnos de 24 horas de servicio –como bombero voluntario rentado– por 24 horas de descanso; más allá de alguna que otra actividad u obligación*

² Véase punto VIII, fs. 429 y sigs.

³ Cfr. con más detalle, el acta de debate, fs. 757.

⁴ La versión completa de la acusación particular está volcada a fs. 756 vta / 757 vta.



PODER JUDICIAL

que lo comprometiera en su día libre. La defensa se esforzó por demostrar que Carrizo prácticamente vivía en el Cuartel de Bomberos y apenas visitaba su casa. Sin embargo, y aún de tener por cierta tal situación...ello no quita que había muchas oportunidades en la que quedaba solo al cuidado de las niñas, y que era la niñera la que se amoldaba a los horarios de Carrizo...”.⁵

Tras formular otras consideraciones generales sobre los problemas de prueba en esta clase de delitos, analizó las declaraciones de las menores y explicó las distintas actitudes de ellas en el desarrollo de las audiencias filmadas y proyectadas en el debate, según el art. 105, CPP. Repasó otras pruebas (peritajes y testimonios), calificó los hechos y pidió que se condenara a Víctor Hugo Carrizo a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas. Valoró como agravantes el grado de peligrosidad demostrado por el imputado “...*que mantuvo e intensificó por el lapso de dos meses...*”, las edades de las víctimas, las consecuencias de los abusos. Como atenuantes ponderó las circunstancias personales del acusado, el informe social, su falta de antecedentes y los fines preventivo – especiales.⁶

A su turno, Franciso Giménez, defensor del imputado, planteó la nulidad de ambas acusaciones. Con respecto a la particular, señaló que no había precisado los hechos por los que acusaba a Carrizo, pues se había limitado a criticar la labor de la defensa, valorar la prueba y pedir pena. En cuanto a la acusación fiscal, criticó sus imprecisiones con respecto al momento en que habrían ocurrido los hechos. Subrayó la incoherencia de afirmar que habían sucedido entre fines de mayo y fines de julio, y de inmediato, indicar que acontecieron cuando la madre de las niñas trabajaba en Sardi Seguridad. Estas imprecisiones determinaban que estuviera a la deriva, pues no sabía de qué defenderse. Sin perjuicio de ello, señaló que iba a demostrar la inocencia de su pupilo. Así, criticó la forma en que se investigan y juzgan en Tierra del Fuego los delitos contra la integridad sexual. Descalificó los peritajes psicológicos. Indicó que Carrizo era inocente, que no podía ser condenado sobre la base exclusiva del testimonio de las víctimas. En un calendario analizó los días que había trabajado Carrizo, los que había laborado la Sra. G., los horarios en que A y K concurría a la escuela. Ese ejercicio daba que los hechos sólo podrían haber ocurrido en cuatro días. Luego, retomó sus críticas a los peritajes psicológicos. Explicó porqué había producido prueba con respecto a la Sra. G. Recordó los distintos testimonios prestados durante el debate y concluyó pidiendo la absolución de sus asistido, con costas a la parte querellante.⁷

⁵ Cfr. acta de debate, fs. 757 vta. / 758.

⁶ Véase la versión completa y detallada de la acusación fiscal a fs. 757 vta. / 761 vta.

⁷ La transcripción completa del alegato de la defensa se encuentra a fs. 761 vta. / 765.

Sin que los acusadores hicieran uso de su derecho de réplica, en la oportunidad establecida en el art. 362, séptimo párrafo, del CPP, Víctor Hugo Carrizo nada dijo.

En base a los planteos formulados por las partes, el Tribunal fijó las siguientes cuestiones a resolver:

- 1) Las acusaciones formuladas al finalizar el debate, ¿cumplen los requisitos constitucionales y permiten una defensa eficaz del imputado?
- 2) En caso afirmativo ¿qué hechos se encuentran probados? ¿qué participación le cupo al imputado?
- 3) ¿Qué calificación legal merecen aquellos hechos?
- 4) ¿Existió alguna causa de justificación?
- 5) ¿El imputado es responsable como para merecer condena?
- 6) ¿Qué pena corresponde imponer?
- 7) ¿Qué corresponde resolver en cuanto a las costas del proceso, los honorarios y los elementos secuestrados?

Efectuado el sorteo que manda el art. 367, segunda parte, CPP, correspondió el siguiente orden de votación: Sarrabayrouse – Varela – Borrone.

El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:

I. Introducción. Inicialización de las menores involucradas

Previo a ingresar al tratamiento de las cuestiones planteadas, este Colegio decidió designar a las menores involucradas con las iniciales de sus nombres K y A, y a su madre con la inicial de su apellido (Sra. Delia Irene G.) tal como se desprende de lo ya expuesto en el comienzo de esta ponencia. Para ello, el Tribunal tuvo en cuenta que la sentencia será leída públicamente (art. 369, primer párrafo del ordenamiento procesal) y la finalidad de proteger su identidad de conformidad con las prescripciones de los arts. 3.1., 8, 19.2., 27 y conchs. de la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849), art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y arts.18 y conchs. de la Constitución de nuestra provincia.

Este criterio ya fue sustentado en los autos “Seco, Alberto Emiliano s/ corrupción de menores agravada”, causa nº 223, sentencia del 10/8/2004, registrada bajo el nº 16, folios 214/243, voto del juez Juan José Varela, punto 3, y ha sido seguido invariablemente por el Colegio.⁸

⁸ Cfr. sentencia del 17.02.2005, autos “Rodríguez, Mario Fernando s/ abuso deshonesto”, registro nº 1, folios 1/17, protocolo año 2005; sentencia del 03.03.2005 en autos “Guerrero Villarroel, Claudio Antonio s/ abuso sexual”, registro nº 4, folios 32/43, protocolo año 2005; sentencia del 27.04.2005 en autos “Martín, Ariel Raúl s/ abuso sexual agravado y abuso sexual en concurso real”, registro nº 12, folios 149/169, protocolo año 2005; “Aguilar Pérez, José



II. La corrección o incorrección de las acusaciones formuladas al finalizar el debate. La solución del caso

1) *Ubicación institucional del Ministerio Público Fiscal en la provincia de Tierra del Fuego. Su papel en los procesos penales: la evolución de la jurisprudencia. Sentencias de este Colegio, la Corte Suprema y el Superior Tribunal. Las leyes de mediación y de flagrancia*

Para responder el primer interrogante, resulta ineludible referirnos a la situación en que se desenvuelve el proceso penal hoy en la provincia de Tierra del Fuego, en particular, qué roles ocupan los acusadores tanto en la promoción como en el ejercicio de la acción penal.

El análisis de la evolución legislativa y de la jurisprudencia con respecto al papel del Ministerio Público Fiscal (MPF) y la querrela revela que, desde la sanción del CPP de Tierra del Fuego (1994) hasta la actualidad, se han operado profundos cambios.

La lectura del texto original de la ley 168 muestra que si bien se reconocían ciertas facultades al MPF, carecía de la potestad de disponer de la acción penal a través, por ejemplo, de acuerdos. Además, su opinión en modo alguno era vinculante para los tribunales de juicio. Por esa razón, el art. 362, último párrafo, CPP, establece: *“Cualesquiera fuesen las conclusiones del Ministerio Público Fiscal, el Tribunal dictará sentencia absolutoria o condenatoria conforme a lo prescripto por el artículo 367, segundo párrafo”*. Tal como hemos señalado en otros precedentes, este artículo resolvía una discusión que ya se había planteado a nivel nacional con los precedentes “Tarifeño”, “García” y “Cattonar” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los cuales se había resuelto la obligatoriedad de absolver para el Tribunal en caso de que el MPF concluyera así al finalizar el debate.⁹

En consonancia con esta posición, este colegio en todos los casos analizó la procedencia del pedido de absolución formulado por el fiscal al finalizar el juicio y resolvió en el mismo sentido que el MPF, es decir, que pese a coincidir, dejó a salvo que esa conclusión no resultaba obligatoria y reafirmó la constitucionalidad del art. 362, último párrafo, CPP.¹⁰ Esta postura se mantuvo inalterada hasta el caso “Cárdenas Almonacid” donde el tribunal condenó sin tener en cuenta el pedido de absolución del

Vicente s/ abuso sexual”, sentencia del 1.11.2005, registro n° 42, folios 587/615, protocolo 2005; más recientemente, autos “Almaraz, Américo Durval s/ arts. 120, primer párrafo y 130, segundo párrafo, del CP”, sentencia del 10.04.2008, registro n° 7, tomo I, folios 91/118, protocolo 2008, por citar algunos precedentes.

⁹ Esta cuestión está ampliamente desarrollada en diversas sentencias de este tribunal: ver por todas, la dictada el 11.05.2006, causa “Giménez”, jueces Sarabayrouse, Varela y Sagastume, registro n° 14, folios 154/188, protocolo 2006 donde se resolvió la constitucionalidad del art. 362, último párrafo, CPP.

¹⁰ Ver por ejemplo la sentencia mencionada en el punto anterior.

fiscal. Esta sentencia fue revocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo cual, a su vez, motivó la declaración de inconstitucionalidad del art. 362, último párrafo, CPP.¹¹ Por tanto, marcó una verdadera “bisagra” en el diseño del CPP provincial y las facultades de los tribunales de juicio y los agentes fiscales.

A esto debe sumarse la recepción local de la jurisprudencia de la Corte Suprema referida a la inconstitucionalidad del procedimiento de consulta previsto en el art. 348, CPPN, similar al 320 del CPP TDF,¹² que no sólo repercutió en el papel del MPF. Como consecuencia necesaria, se instaló aquí la discusión acerca del rol del querellante: si *adhesivo* (acompañando al MPF) o *autónomo* (que puede actuar en el proceso penal por su único impulso). Esta posición fue la que recibió el Superior Tribunal local. Así, en el caso “Ambrossi” se dijo: “... *no se advierten obstáculos constitucionales para la sustanciación del debate oral, público, contradictorio y continuo, en tanto se arribe al fallo que corresponda luego de que los requisitos de la acusación, prueba y defensa estén respetados. Que el acusador sea particular, a esa altura del proceso, no impide ni enerva dicho esquema...*”. Este criterio fue ratificado expresamente por el máximo tribunal local en el expediente “Calparsoro Solari”, donde se dijo: “...*Tampoco se pone en tela de juicio que el querellante particular puede, en soledad, llevar adelante la acusación durante la etapa del juicio propiamente dicho...*”.¹³

A partir de allí, en consonancia con lo resuelto por otros tribunales del país, este Colegio consideró que además del pedido de absolución del fiscal al terminar el debate, también resultaban obligatorios los pedidos de sobreseimiento formulados por el MPF

¹¹ Sentencia de este tribunal del 02.10.2006, jueces Sarabayrouse, Varela y Sagastume; la decisión fue revocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa C.1925 XLIII del 17.03.2009; el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia declaró la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 362, en la sentencia del 12.08.2009, jueces Francisco de la Torre y Ernesto Löffler.

¹² Cfr. sentencia en la causa Q.162 XXXVIII “Quiroga, Edgardo Oscar s/ causa n° 4302” del 23.12.2004. Según la Corte, los tribunales no pueden revisar el pedido de sobreseimiento efectuado por el fiscal cuando evalúa el cierre de la instrucción.

¹³ Los casos resueltos por el Superior Tribunal son: “Ambrossi, Hugo Alberto s/ homicidio culposo s/ cuestión de competencia” del 7.09.2011, jueces Sagastume, Battaini y Muchnik; “Calparsoro Solari, Jesús María s/ lesiones leves, amenaza con arma y robo calificado s/ cuestión de competencia” del 28.08.2013, jueces Sagastume, Battaini y Muchnik; en esta última, el Fiscal ante el Superior Tribunal sostuvo en su dictamen que “...*el querellante tiene un derecho autónomo a requerir la remisión del caso a juicio, no siendo necesaria ninguna consulta, pudiendo habilitarse la apertura del juicio con su solo requerimiento, aunque el fiscal hubiese promovido el sobreseimiento...*”, (punto 4, fs. 414 vta. , autos “Calparsoro Solari”, citados). La inconstitucionalidad del procedimiento de consulta fue declarada por la Sala Penal de la Cámara de Apelaciones en los autos “Saucedo” del 20.04.2007 y “Molina” del 23.03.2010. La discusión sobre estos temas en la doctrina puede verse en NAMER, Sabrina (comp.), *Las facultades del querellante en el proceso penal. Desde “Santillán” a “Storchi”*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2006.



PODER JUDICIAL

en la etapa intermedia. Por ejemplo, en el ámbito de los recursos, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal sostuvo que el desistimiento del Fiscal ante ese órgano resultaba obligatorio: “...*dada la ausencia de acusación por parte del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia y en salvaguarda de las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso (art. 18) corresponde hacer lugar al recurso de acusación interpuesto por la defensa...*” (voto del juez Mariano Borinsky). Por su parte, el juez Hornos agregó: “...*Corresponde hacer extensiva al ámbito recursivo la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativa a la falta de acusación...pues si la posición acusatoria y valorativa del juicio asegura el contradictorio y habilita la posibilidad de juzgar, de la misma manera debe interpretarse que si el señor Fiscal General ante esta Cámara –en tanto superior jerárquico del Fiscal de Juicio– declina la pretensión acusatoria allanándose a la pretensión de la defensa, el juzgador en la etapa recursiva no puede suplantarlo en su rol sin romper el juego de equilibrio entre las partes...*”.¹⁴

Además de las consecuencias narradas, la actual jurisprudencia e interpretación del art. 362, último párrafo, CPP significa que el alegato asuma un valor trascendente, en orden a fijar la materia de la acusación: esa conclusión del acusador público (y eventualmente, del privado) marca los límites y de qué debe defenderse, en definitiva, el imputado. Esto se ha visto reflejado en diversos trabajos de la doctrina, donde se habla de una conformación progresiva del objeto litigioso, fijado por el acusador, que se concreta y define al momento de valorar la prueba producida en el juicio público.¹⁵

Esta jurisprudencia no está exenta de problemas, en particular, qué hacer cuando el tribunal considera infundado o incorrectamente fundado el alegato fiscal, cuestión que será analizada más adelante.

Pero la evolución jurisprudencial se sumó la legislativa. Progresivamente, distintas leyes provinciales fueguinas han acentuado el papel y las facultades del MPF. En primer lugar, la ley 792, sancionada el 19.09.2009 y publicada en el BOP del

¹⁴ Cfr. CFCP, Sala IV, causa 15.413, sentencia del 21.11.2012, “Castillo, Patricio Ernesto s/ recurso de casación”. Entre los precedentes de este colegio, véase la causa “Bahamonde Cárdenas, Ricardo s/ homicidio”, sentencia del 20.10.2009, jueces Sarrabayrouse, Borrone y Varela, registro n° 21, folios 299/301, protocolo sentencias definitivas 2009; también “Irrutia, Marcos Daniel s/ robo y encubrimiento” del 14.12.2011, jueces Borrone, Sarrabayrouse y Varela, registro n° 44, folios 407/409, protocolo 2011, entre otros.

¹⁵ Cfr. LEDESMA, Ángela Ester, *Objeto del proceso penal: momento en que se define*, en BERTOLINO, Pedro J. / BRUZZONE, Gustavo A. (comps.), *Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. D’Albora*, LexisNexis Abeledo - Perrot, Bs. As., 2005, ps. 307 - 346, en especial, p. 346; sobre el carácter que se le asigna al requerimiento fiscal de remisión a juicio y el alegato, véase en la misma obra MAGARIÑOS, Mario, *La prueba producida durante el debate como único sustento de la acusación y la condena*, ps. 359 - 368.

23.10.2009, introdujo en el CPP los nuevos arts. 402 bis a noveno que regulan el procedimiento para los casos de flagrancia. La novedad más importante es que para esos asuntos, el fiscal sustituye al juez de instrucción y asume la dirección de la investigación, con sus mismas facultades, a excepción de las previstas en el art. 41, CPP. Con esta nueva regulación se ha dado un paso trascendente hacia la conformación de un proceso donde el MPF ejerza plenamente la acción penal.

A modo de balance provisorio: en la etapa de instrucción todavía convive el sistema mixto, con un juez de instrucción al lado del fiscal el cual tiene a su cargo la investigación en algunos casos donde la prueba es más sencilla. Mientras tanto, en la etapa del juicio las facultades del MPF y del querellante se han acrecentado. La jurisprudencia les ha reconocido la potestad exclusiva de establecer qué casos pasan a esa etapa y, dentro de ellos, cuáles serán objeto de acusación al finalizar las audiencias de debate. Asimismo, el querellante puede marchar en soledad al juicio oral y público.

Sin embargo, la evolución y el análisis no se agotan en lo hasta aquí expuesto. A las reglas previstas para los supuestos de flagrancia se agrega la mediación prevista en la ley 804 del 29.10.2009 y publicada en el BOP el 30.11.2009, que posibilita también la aplicación de este instituto en casos penales. Ello otorga también al MPF una amplia paleta de alternativas para decidir qué y cuáles hechos remitir a juicio, y desde otra perspectiva, también le permite a la presunta víctima tener un papel más activo en la resolución de los casos penales.

De esta manera, podemos afirmar que en lo que se refiere al MPF se deposita en él gran parte de la política criminal provincial. No está de más recordar la organización vertical que tiene ese órgano cuyo jefe, el Fiscal ante el Superior Tribunal de Justicia, ostenta amplias facultades para instruir a todos los fiscales, reemplazarlos e incluso avocarse personalmente “...cuando la importancia o dificultad de los asuntos lo haga aconsejable...” (art. 65, incs. b y c, ley 110). Es decir, que en nuestra provincia el MPF está en condiciones de llevar adelante en forma plena la acción penal y alcanzó su mayoría de edad: abandonó la “adolescencia” que nos habla Maier y que recordamos en otros precedentes.¹⁶

Debe agregarse que este nuevo papel y funciones del MPF se ha visto plasmado en las reformas procesales más recientes llevadas a cabo en otras provincias del país, que lo colocan como titular de las investigaciones preliminares desalojando definitivamente al juez de instrucción, Así lo hacen, por ejemplo, el CPP de Chubut (ley

¹⁶ Cfr. MAIER, Julio B. J., *El ministerio público: ¿un adolescente?* en AA.VV., *El Ministerio Público en el proceso penal*, 2ª reimpresión, Ad - Hoc, Buenos Aires, 2003, ps. 17 - 36; también la sentencia de este tribunal, autos “Benítez, Rosa María s/ homicidio culposo” del 09.06.2009, jueces Sarabayrouse, Varela y García.



PODER JUDICIAL

4566) elaborado por Julio Maier, que si bien no entró en vigencia, posibilitó el nacimiento de uno nuevo sobre sus bases (ley 5478). Por otro lado, alcanzar la reforma procesal penal es el objetivo declarado de quienes se manifiestan al respecto en nuestra provincia.¹⁷

Este aumento de facultades del MPF y del querellante registrado en nuestra provincia tiene su espejo en el papel de los tribunales de juicio. A mayor protagonismo de las partes, menor debe ser la incidencia del tribunal tanto en la producción de pruebas, interrogatorio de los testigos, quedándole absolutamente vedado colaborar en la formulación de la hipótesis acusatoria. Todo el material que forma parte del debate debe ser aportado por las partes, y el tribunal debe resolver las hipótesis que ellas plantean.¹⁸

Pero también en el caso de los fiscales, estas mayores facultades implican para ellos mayores responsabilidades. Los “casos” que llegan al debate oral los selecciona el fiscal (a través de las múltiples herramientas con las que cuenta: mediación, acuerdos, suspensión del juicio a prueba, omisión de debate) y a él le corresponde presentar su hipótesis del caso tanto cuando requiere la remisión a juicio como cuando finalmente precisa el objeto del litigio al finalizar las audiencias de debate. El tribunal no puede interferir en estas actividades ni agregarle ni imponerle nada, pues si lo hace viola su imparcialidad, ya que contribuye a elaborar la hipótesis que debe juzgar, en condiciones de neutralidad.

2) La importancia del requerimiento fiscal de remisión a juicio. Jurisprudencia del Tribunal. La importancia de las conclusiones: verdadera acusación

Desde hace tiempo que este tribunal se refirió a la importancia del requerimiento de remisión a juicio. En distintos precedentes, fijamos los estándares que debe cumplir, los cuales, de acuerdo con la jurisprudencia y doctrina que hemos citado, tienen que extenderse a las conclusiones finales que efectúa el MPF al finalizar el debate (y al acusador particular cuando actúa en el proceso).

¹⁷ Al respecto puede verse el trabajo elaborado por SARRABAYOUSE, Eugenio C. / INCARDONA, Cecilia, *Pautas para un futuro Código procesal penal de Tierra del Fuego. A la vez, un breve repaso sobre el estado de la legislación procesal penal en la Argentina*, fruto de un proyecto de investigación realizado en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), sede Río Grande. Puede ser consultado en <http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/handle/123456789/928>.

¹⁸ Sobre el método de las hipótesis en el proceso penal, véanse el sinnúmero de sentencias dictadas por este colegio donde el primer voto corresponde al juez Sarrabayouse; entre ellas, “Burgoa Albarracín” del 15.02.2007, jueces Varela, Sagastume y Sarrabayouse, registro n° 1, folios 1/9, protocolo 2009.

Así, señalamos que el requerimiento de remisión a juicio (y ahora también las conclusiones al finalizar el debate) cumplen diversas funciones:¹⁹

- fijan el objeto del proceso;
- son la llave que abre la puerta a la posibilidad de una defensa eficaz;
- tienen una estrecha vinculación con el principio de congruencia, la cosa juzgada y la revisión de la sentencia;

En cuanto a los requisitos que deben cumplir, señalamos en los mismos precedentes:

- el requerimiento no puede reposar en una atribución vaga o confusa, es decir, no puede ser un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión puesta a cargo del imputado;
- tampoco puede recurrirse a una abstracción para describir la conducta reprochada (cometió una estafa o abusó sexualmente)
- deben describirse todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que integran el hecho utilizando un lenguaje descriptivo.

Establecido el marco general en que se desenvuelve el tema y formuladas estas precisiones, analizaremos a continuación los planteos de la defensa con respecto a las deficiencias de las acusaciones formuladas al finalizar el debate.

3) El planteo de la defensa. Las particularidades del presente caso. ¿Cumplieron los acusadores con los deberes a su cargo?

Tal como hemos visto, la defensa planteó la imposibilidad de ejercer su ministerio, porque las acusaciones en un caso no describían los hechos en que basaba su pedido de pena (parte querellante) y en el otro (acusador público) porque no indicaba en qué momento habían ocurrido los hechos imputados.

Para analizar este planteo, debemos establecer, en primer lugar, el marco en que se desenvuelven este tipo de procesos y, ya de manera particular, qué ocurrió en el presente.

En casi todos los hechos donde se denuncian abusos sexuales infantiles, lo que dicen las presuntas víctimas constituye la base de lo que luego el acusador público (eventualmente, el privado) traducen en el objeto del juicio, permitiendo la correcta defensa del imputado y la labor del tribunal, limitada por el principio de congruencia. De

¹⁹ Véanse, entre otras, las siguientes sentencias: “Flores” del 13.09.2005, jueces Muchnik, Varela y Sarrabayrouse, registro n° 33, folios 505/514, protocolo 2005; “Porreta Cabrera” del 3.10.2005, jueces Varela y Sarrabayrouse, registro 35, folios 505/514, protocolo 2005; “Giménez” sentencia ya citada; “Burgoa Albarracín”, sentencia interlocutoria del 15.02.2008, registro n° 10, folios 11/13, protocolo sentencias interlocutorias 2008.



PODER JUDICIAL

esto se deriva la importancia que ostenta la declaración testimonial prestada en los términos del art. 105, CPP. De allí que diferentes protocolos, estudios y trabajos se hayan referido al modo en que deben ser obtenidas esas declaraciones y, en especial, cómo deben ser valoradas y cuándo pueden ser consideradas fiables.²⁰

En general, según los casos que ha resuelto el tribunal y lo revelan diversos trabajos sobre el tema, las precisiones temporales referidas a estos hechos se tornan más dificultosas cuando los sucesos denunciados tuvieron un largo desarrollo en el tiempo. En esos, no puede exigirse que se precisen con exactitud días y horarios. En ellos basta una referencia más o menos cercana para marcar los comienzos de los hechos y luego, sí, con mayor detalle, cuándo terminaron para que la acusación (y la sentencia) sean válidos.

Sin embargo, el presente contiene una particularidad. Como analizaremos a continuación, los hechos denunciados se habrían producido en un lapso breve, el cual a su vez el fiscal se encargó de reducir aún más al alegar sobre la prueba producida. Pero no solamente eso: la menor K, al prestar declaración en los términos del art. 105, CPP, brindó múltiples detalles que analizados pueden conducir a precisar las fechas en que podrían haber ocurrido los presuntos abusos tanto con respecto a ella como a su hermana A.

Pero, para hacer entendible nuestra postura, comenzaremos por analizar qué dijeron las presuntas víctimas, en concreto, qué elementos aportaron para cumplir con aquellos requisitos del requerimiento de remisión a juicio y el alegato al finalizar el juicio.

El análisis de la filmación proyectada durante el debate revela que la menor K contó los siguientes hechos:

1) Minuto 4:41 al 5:50 de la filmación, fs. 135: la menor narra un primer episodio que ubica temporalmente. Indica que fue un **viernes**, porque al otro día debía concurrir a un taller de apoyo escolar, al cual había faltado. Tenía que realizar un trabajo (ficha o afiche), Mientras lo hacía en la cocina, Carrizo le empezó a morder la oreja. Según la

²⁰ Sobre todos estos aspectos véase la sentencia de este tribunal en el caso “Aguilar Pérez” del 28.10.2005, jueces Sarrabayrouse, Varela y Carniel, registro n° 42, folios 587/615, protocolo 2005; “Ledesma, Walter Leonardo s/ abuso sexual y promoción de la corrupción de menores agravado” del 06.06.2011, jueces Borrone, Varela y Bramati, registro n° 19, folios 98/162, protocolo 2011; Protocolo para el abordaje judicial de niños, niñas y adolescentes (NNyA) víctimas de delitos contra la integridad sexual (DIS) de Tierra del Fuego – Guía de buenas prácticas aprobada por el Acta Acuerdo N° 477 STJ del 08.02.12; y MORETTO, Selva, *TESTIMONIO DE MENORES. INSTRUMENTO DE VALIDACIÓN. Rol del psicólogo forense en las declaraciones de niños y adolescentes víctimas en el fuero penal* –Ley n° 25.852, Cuadernos de Medicina Forense, Año 4, N° 2, (11-20).

niña, “...ahí empezó a todo...” (aquí debe tenerse en cuenta que la transcripción de fs. 135 erróneamente consignó: “...siempre pasaba...”).

Luego indicó que se habría repetido, “...agarraba como mamá trabajaba en Sardi, empresa de Seguridad...” y explicó los horarios que cumplía (“...mamá se iba a las seis de la mañana y volvía como a las ocho de la noche...”, minuto 5:53 de la proyección, fs. 135). Esa primera vez ella no le dijo nada y sólo le mordió la oreja (fs. 137). No precisó cuánto duro (fs. 137). Fue por la tarde (fs. 137).

Como se ve, este primer hecho habría ocurrido según el relato de K un viernes por la tarde. No queda claro ni de la filmación ni de su transcripción si sucedió antes de que la madre empezara a trabajar en Sardi Seguridad o después. **Pero la limitación temporal introducida por el mismo Fiscal obliga a considerar que ocurrió a partir de que la Sra. G comenzó a trabajar en la empresa de seguridad.**

2) El segundo hecho surge del minuto 6:31 al 7:15, fs 136: K brindó una serie de precisiones en cuanto a sus horarios y los de Nahuel, el hijo mayor de Carrizo. Señaló que éste estaba solo, **porque Nahuel tenía taller los lunes y miércoles “...tenía que hacer todas cosas con maderas todo ahí en el colegio, en la mañana tenía que ir...”** y agregó que **tampoco estaba “la Gaby”** y que **su mamá estaba trabajando** (fs. 136). En esas circunstancias, dijo K “...me agarraba y me llevaba a mi pieza y me decía que me quería apoyar, sería el pene...y yo agarraba un día que mi mamá no estaba, y él me quiso apoyar y yo gritaba y el agarró y ahí se enojó...”. Luego se le preguntó por éste hecho e indicó “...me quiso apoyar y yo agarraba y gritaba, porque no quería, me movía él se agarraba y encima hacía fuerza y se metía ahí arriba mío hacía fuerza y yo trataba con toda mi fuerza de sacarlo de arriba mío y no podía porque...hasta que se enojó...”. Esto ocurrió en la cama, y no pudo precisar si Carrizo estaba vestido con pantalón o boxer, aunque se inclinaba más al pantalón porque se iba a trabajar. *Este hecho podría haber ocurrido antes de ir a trabajar: “...Porque el agarraba, cuando el tenía cosa, nos llevaba, sería a educación física los lunes y miércoles, porque yo entraba a las 10, sería no entro a las 10, creo que tengo que estar 45 minutos antes de las 10...” “Y él tenía que estar a las 10 hs. en el trabajo, entonces agarraba me llevaba y se iba al trabajo...Entonces ahí me jodía...”* Además de apoyarla, K narró que la besaba en la boca, por el pecho y le levantó la parte de arriba y la besaba (fs. 137/138).

Como puede apreciarse, aquí surgen varios elementos temporales: Nahuel, el hijo mayor de Carrizo, no estaba, porque tenía taller para “hacer todas cosas con maderas”, “la Gaby” estaba trabajando, la Sra. G. ya trabajaba en Sardi Seguridad, K tenía gimnasia y Carrizo entraba de guardia en su empleo de bombero.



PODER JUDICIAL

3) Un tercer suceso fue narrado en el minuto 7:49 – 8:20 y a fs. 136 de la transcripción. De su análisis surge que habría sucedido **cuando los chicos (A y Facundo) estaban jugando con una computadora y Nahuel iba a violín**. En esas circunstancias, Carrizo “...agarraba y me llevaba a la pieza de él donde está la señora...”. Le preguntó si le gustaba y le comenzó a tocar el busto y a chupar “...el sapito...”. Más adelante se la interrogó por dónde la tocaba (por abajo). Al ser preguntada por este suceso (fs. 138) dijo en el minuto 11 de la filmación “...él me llevó para la pieza de él y agarró y me dijo que yo diga que me gusta cuando el terminara y me empezó a besar el sapito y todas esas cosas...”. Aclaró que el sapito era la vagina, que le había sacado el pantalón, que duró 10 o 20 minutos, “trancó” la puerta, “...y ahí después los chicos me decían K ven, me decían a mi viste y dijo no estamos jugando nomás agarraba y decía” (minutos 11:53 a 12:03, fs. 139). Aparte de obligarla a decir eso, Carrizo la amenazaba con subir al facebook un video de ella que él había grabado y que se lo mostró en la computadora de la sala y luego agregó en la notebook chiquita (fs. 139/ 140).

La diferencia entre el hecho 2 y el 3 radica que el primero ocurría en la pieza de K y el segundo en la del matrimonio Carrizo – Oxandaburu.

4) Un cuarto hecho lo constituirían los besos que le daba el imputado (fs. 136 in fine): “...y él a veces decía acá está y me llevaba acá y me empezaba a besar...”.

A lo expuesto se suma la utilización de un vibrador, el pedido de “chupada” y que Carrizo “la apoyaba de atrás” que perfectamente pudieron ocurrir en el marco de los hechos principales narados precedentemente (fs. 142, 143, minutos 16:33, 23:15 – 23:25, 22:30 – 23:08 y 23:45 de la filmación).

Por su parte, la menor A (bastante más chica que K) sólo referenció que algunos de los hechos protagonizados por Carrizo habrían ocurrido en presencia del menor Facundo y algunos cuando estaba sola. Atento las precisiones brindadas por su hermana y la gran cantidad de prueba producida, no resultaba difícil establecer para los acusadores qué días habrían ocurrido los hechos.

Pero veamos qué hicieron frente a los hechos que narraron las menores K y A. La querrela en su acusación al finalizar el juicio ni siquiera los mencionó, no los describió, no los ubicó ni espacial ni temporalmente. Por su parte, el agente fiscal recurrió a generalidades. Según hemos transcrito textualmente al iniciar esta ponencia, primero dijo que los abusos habrían ocurrido entre los últimos días de mayo y los últimos días de julio de 2012. Pero de inmediato, precisó que los hechos sucedían cuando Carrizo *quedaba al cuidado de las niñas*, **generalmente** por la mañana respecto a K y **generalmente** por la tarde con respecto a A *cuando la madre consiguió trabajo en Sardi Seguridad y aquél quedó al cuidado de las nenas por estar de franco, lo que ocurría*

generalmente día de por medio. Había muchas oportunidades en la que quedaba solo al cuidado de las nenas.

Estas afirmaciones del Sr. Fiscal implican la falta de análisis de los elementos aportados por las partes. De la prueba producida en el debate, en especial, el informe de fs. 728 y la documentación de fs. 381/392 surge que la Sra. G. trabajó en Sardi Seguridad entre el 28 de mayo y el 26 de junio de 2012. Según planteó el fiscal, el hecho 1) debió ocurrir un viernes de este periodo y por la tarde. Sin embargo, de acuerdo con la documentación aportada por la Farmacia del Pueblo e incorporada por lectura durante el debate, la esposa de Carrizo volvía de trabajar generalmente entre las 15 y las 16 hs los días de semana. A ello se suma que el imputado durante este periodo cumplió 17 días de guardia. Esto surge del análisis de la documentación aportada, exhibida durante el debate e identificada como D.2 de la cual se concluye que Carrizo cumplió los siguientes horarios:

Martes 29/05 10:00 am a Miércoles 30/05 10:00 am

Miércoles 30/05 17:45 pm a 18:40 pm (Destacamento N° 2)

Jueves 31/05 10:00 am a Viernes 01/06 10:00 am

Sábado 02/06 13:30 pm a Domingo 03/06 10:00 am

Lunes 04/06 10:00 am a Martes 05/06 10:00 am (Destacamento N° 2)

(egresa 10:45 am)

Miércoles 06/06 10:00 am a Jueves 07/06 10:00 am (Destacamento N° 2)

(ingresa 9:45) (egresa 10:47)

Viernes 08/06 10:00 am a Sábado 09/06 10:00 am (Destacamento N° 2)

(ingresa 9:45) (egresa 10:38)

Domingo 10/06 10:00 am a Lunes 11/06 10:00 am (Destacamento N° 2)

(ingresa 9:45)

Martes 12/06 10:00 am a Miércoles 13/06 10:00 am (Destacamento N° 2)

(ingresa 9:50) (egresa 10:33)

Jueves 14/06 10:00 am a Viernes 15/06 10:00 am (Destacamento N° 2)

(egresa 10:38)

Viernes 15/06 de 16:47 a 19:58 (Destacamento N° 2)

Sábado 16/06 10:00 am a Domingo 17/06 10:00 am (Destacamento N° 2)

Lunes 18/06 10:00 am a Martes 19/06 10:00 am (Destacamento N° 2)

(egresa 10:43)

Miércoles 20/06 10:00 am a Jueves 21/06 10:00 am (Destacamento N° 2)

Viernes 22/06 10:00 am a Sábado 23/06 10:00 am (Destacamento N° 2)



PODER JUDICIAL

(ingresa 9:46)

Domingo 24/06 10:00 am a Lunes 25/06 10:00 am (Destacamento N° 2)

(ingresa 9:50) (egresa 10:35)

Martes 26/06 10:00 am a Miércoles 27/06 10:00 am (Destacamento N° 2)

(egresa 10:32)

Tampoco se analizaron los testimonios de la niñera del menor Facundo, la presencia de Nahuel ni los dichos de los otros bomberos, colegas del imputado, que narraron actividades que éste hacía, incluso volcada en los libros de guardia (por ejemplo, reemplazar a su compañero Ocampo a partir de las 17.30 hs).

Este análisis le correspondía al MPF y a la querella. Debían explicar cómo se conjugaban todas estas pruebas y así afirmar qué días pudieron ocurrir los hechos.

Pero en el hecho 2) todavía las precisiones temporales que brinda K son mayores. El hijo más grande de Carrizo, Nahuel, concurría a un taller en la escuela, los lunes y miércoles. Ambas madres (Gabriela Oxandaburu y G.) trabajaban. Ocurría antes de llevarla a la escuela y cuando él iba a la guardia.

Nuevamente, estos elementos aportados por la menor exigían ser correlacionados con toda la prueba producida (horarios en la escuela de K; de los menores Facundo y A; del propio Carrizo, de Gabriela Oxandaburu, la Sra. G. y la niñera, sólo por mencionar algunos). No debe perderse de vista que, como dijimos en el párrafo precedente, se probó que Carrizo durante el lapso *que el fiscal seleccionó* trabajó 17 días.

Lo mismo ocurre con respecto al hecho 3; en este suceso, según el relato de la menor, estaban presentes, en un ambiente contiguo, los dos niños y Nahuel “iba a violín”. K estaba en la casa. Estas precisiones se traducen en una exigencia para los acusadores: debió explicarse cómo coincidían los tres menores *por la tarde* ya que según la descripción del Sr. Fiscal los hechos ocurrían *generalmente* por la mañana respecto de K y *generalmente* por la tarde con respecto a A y además *generalmente* día de por medio. La niña afirmó que estaban presentes A y Facundo Carrizo; entonces ¿debemos presumir que ocurrió de tarde? o ¿fue por la mañana como supone el fiscal que *generalmente ocurrían* los hechos denunciados? Y si era de mañana, ¿dónde estaba Nahuel? ¿en violín? ¿Y qué significa esta actividad? ¿Que concurría a un taller de la escuela, a una actividad extra curricular, a una banda de música? Y si fue por la tarde, ¿en qué momento? ¿Por qué no estaba Gabriela Oxandaburu si de los informes recibidos surge que dejaba de trabajar a las 16 hs?

Estas mismas precisiones eran necesarias para ubicar temporalmente lo narrado por la otra menor, A, pues con respecto a ella caben hacer las mismas consideraciones con respecto a los días y horarios de todos quienes moraban en Forgacs 1094.

Una mera comparación entre los datos contenidos en el requerimiento de remisión a juicio y la acusación realizada al finalizar el debate nos muestra que en el primer acto, *el fiscal analizó los datos que ya obraban en la causa con mucho mayor rigor y precisión*. Entonces, menos se comprende cómo al finalizar el debate, el Sr. fiscal no sólo restringió el lapso sino que además, optó por no mencionar, siquiera, todos los elementos que ya conocía cuando pidió la remisión de la causa a juicio.

Pero para que quede más claro, lo graficaremos. Aclaremos que no es una síntesis sino que *son todos los argumentos que expuso el fiscal con respecto al tiempo en que habrían sucedido los hechos al producir los dos actos procesales*.

Precisión temporal de los hechos efectuada por el fiscal en el requerimiento de remisión y en la acusación al finalizar el juicio; pruebas valoradas con respecto a esa circunstancia. Comparación

<u>Requerimiento de remisión a juicio</u>	<u>Alegato (acusación)</u>
<p>“...Ello habría tenido lugar entre mediados de abril y fines de julio del año 2012...” (fs. 421vta.).</p> <p>“...de los dichos de las niñas (fs. 135/136) se desprende que los abusos ocurrían cuando Carrizo estaba a cargo del cuidado de ellas y/o de sus propios hijos y no había ningún otro adulto en la casa. Cuestiones que por cierto ocurrían con frecuencia, debido a que el nombrado trabajaba en el Cuartel de Bomberos Voluntarios de esta ciudad, realizando turnos de veinticuatro horas de trabajo, por veinticuatro horas de descanso (fs. 171, 194, 196), momentos en que quedaba solo con los pequeños que se encontraran en la vivienda hasta alrededor de la hora dieciséis, en que arribaba al hogar su esposa, luego de trabajar en la Farmacia del Pueblo (fs. 201, 204, 205). Además, la Sra. G salía todos los días a buscar trabajo e incluso se desempeñó</p>	<p>“...Sostiene que a su criterio se ha acreditado el acusado Víctor Hugo Carrizo abusó sexualmente de las niñas K S y A G en un número indeterminado de oportunidades y por espacio de dos meses, concretamente entre los últimos días de mayo y los últimos días de julio del año 2012, cuando ellas tenían 12 y 5 años de edad, respectivamente. Ello ocurrió cuando quedaba solo al cuidado de las nenas en la vivienda en la que por ese entonces convivían, en Forgacs 1094 de esta ciudad. Generalmente por la mañana respecto de K –porque por la tarde ella iba a la escuela– y por la tarde respecto de A –que iba a la mañana al jardín–. Ocurrió cuando la madre consiguió trabajo en la empresa Sardi y él quedó al cuidado de las nenas por estar de franco; lo que ocurría generalmente día de por medio, ya que cumplía turnos de 24 horas de servicio – como bombero voluntario rentado– por 24 horas de descanso; mas allá de alguna que otra</p>



PODER JUDICIAL

laboralmente en la fábrica BGH para la empresa “Sardi Seguridad” durante veinte días, por lo cual también estaba muchas horas fuera de la vivienda (fs. 4 vta.). Por último, cabe mencionar que si bien la Sra. Natalia Soledad Muñoz trabajó en el hogar como niñera de los dos niños más pequeños –Facundo, hijo del imputado y A, hija de G–, ésta no lo hacía cuando Carrizo estaba en su jornada de descanso día de por medio (fs. 207, 242 y vta.)...” (fs. 422vta.).

“...Dichos de Carlos Martín Cárdenas Muñoz ...se desempeña laboralmente como Jefe del Cuartel de Bomberos donde trabajaba Carrizo. Aclaró que el imputado en el mes de abril del año 2012 ya prestaba servicios en turnos de veinticuatro horas de trabajo por veinticuatro horas de descanso...” (fs. 423vta.).

“...Walter Humberto Low ... también indicó ser Jefe del Cuartel de Bomberos donde trabajaba Carrizo.El testigo declaró en sentido similar al anterior en cuanto a las prestaciones laborales del encartado...” (fs. 423vta./424).

“...Bárbara Gimena Ojeda Millacahuin ... amiga de Carrizo ... dijo que Oxandaburu trabajaba en la Farmacia del Pueblo desde las ocho de la mañana hasta las dieciséis horas de lunes a viernes y que los sábados tenía horarios rotativos. Además, en los días en que Carrizo trabajaba tenían una niñera que cuidara a los niños, no así cuando el imputado estaba en la casa...” (fs. 424).

“...Gabriela Mariel Oxandaburu ... cónyuge del imputado. Ésta indicó que al momento en que habrían sucedido los hechos trabajaba en la Farmacia del Pueblo, cumpliendo un horario entre la hora ocho y la hora dieciséis de lunes a viernes, sábados rotativos y sólo trabaja un

actividad u obligación que lo comprometiera en su día libre. La defensa se esforzó por demostrar que Carrizo prácticamente vivía en el Cuartel de Bomberos y apenas visitaba su casa. Sin embargo, y aún de tener por cierta tal situación, considera que ello no quita que había muchas oportunidades en la que quedaba solo al cuidado de las nenas, y que era la niñera la que se amoldaba a los horarios de Carrizo...” (acta de debate, fs. 757vta./758)

domingo al mes ... Asimismo, comentó que la denunciante trabajó veinte días en la empresa “Sardi Seguridad”, entre las seis y las dieciocho horas...” (fs. 424/vta.).

“...Natalia Soledad Muñoz ... trabajó como niñera para la familia Carrizo, entre abril y agosto de 2012. Explicó que lo hizo desde las doce del mediodía hasta la hora dieciséis, día por medio. Dijo que cuidaba a Facundo –hijo de Carrizo– y a A, la niña más pequeña de G. Expresó que los días en que ella no trabajaba, Carrizo era el encargado de cuidar a los niños” (fs. 424vta./425).

“...Certificación actuarial de fs. 240, donde consta que se encuentran resguardadas en Prosecretaría las copias de los partes de servicios correspondientes al Cuartel de Bomberos Voluntarios R.G., desde abril hasta agosto de 2012.” (fs. 426vta.).

“...Certificación actuarial de fs. 248, donde consta que se recibió en Secretaría dos sobres de color marrón, conteniendo copias certificadas de libros de guardia correspondientes al Cuartel de Bomberos Voluntarios R.G., entre abril y agosto de 2013.” (fs. 426vta.).

“...Acta Policial donde surge que la Sra. Claudia Esther Vattimo, encargada de la firma “Sardi Seguridad”, refirió que la Sra. G trabajó para dicha empresa por el lapso de un mes, siendo dada de baja el día 26 de junio de 2012.” (fs. 427).

“...Informe del Jardín “La Calesita Encantada”, donde se aportó que A B G asistió a dicha institución en el año 2012, cuyos horarios fueron los siguientes: entrada a la hora 8:50 y salida a la



PODER JUDICIAL

hora 12:10.” (fs. 427).

“...A fs. 400/401 el Establecimiento educativo C.E.P.E.T informó horarios de ingreso y salida de K S S, como así también horarios de taller y educación física.” (fs. 427).

“...En primer lugar debo tener en cuenta el irrefutable relato de las menores K S S y A B G dando cuenta de los abusos reiterados a lo que fueron sometidas por el imputado, circunstancias que ocurrieron entre mediados de abril y fines de julio del año 2012 ... Además es importante recordar que los abusos ocurrieron cuando las niñas se encontraban totalmente indefensas bajo los supuestos cuidados del imputado, quien día de por medio gozaba de una jornada completa de descanso en relación a sus tareas en el Cuartel de Bomberos Voluntarios R.G., mientras que el resto de los adultos pasaban varias horas fuera de la vivienda, todos los días. Así, surge de la investigación que la esposa del nombrado, Sra. Gabriela Oxandaburu, trabajaba en la Farmacia del Pueblo, cumpliendo un horario entre la hora ocho y la hora dieciséis de lunes a viernes, y los días sábados tenía horarios rotativos, fs. 200/201, 205. Por su parte, la madre de las niñas víctimas de Carrizo, Sra. I G, salía casi todos los días a buscar trabajo e incluso hubo un período de aproximadamente un mes en el que se desempeñó laboralmente para la empresa “Sardi Seguridad”, cumpliendo un horario entre la hora seis y la hora dieciocho, finalizando alrededor de la fecha 26 de julio de 2013, fs. 4 vta. 206, 380. Y si bien la familia Carrizo contaba con los servicios de una niñera, ésta no acudía al hogar en aquellos días en que el imputado estaba en su jornada de descanso (fs. 242), puesto que él era quien quedaba a cargo del cuidado de los niños que se encontraran en la vivienda, dependiendo de los horarios escolares de éstos. Surge a fs. 394 que la niña A B asistió durante el período

escolar 2012 al Jardín “La Calesita Encantada” entre la hora ocho y cincuenta y la hora doce y diez; mientras que según informó la institución C.E.P.E.T a fs. 400/401, K S cursó en el año 2012 en los siguientes horarios: de lunes a miércoles ingresaba a la hora trece hasta la hora dieciocho y cincuenta, mientras que los días jueves y viernes lo hacía entre la hora trece y la hora diecisiete y veinte. Además, los días viernes por la mañana tenía clases de taller a la hora siete y cuarenta y cinco hasta la hora diez y cuarenta y cinco, como así también la materia técnicas de estudio los días sábados entre la hora diez y la hora doce, y educación física los días lunes y miércoles entre la hora diez y la hora once. Entonces, resulta fácil concluir que en los días no laborables de Carrizo, era muy común que éste permaneciera junto a Á a partir de la hora doce y diez en que la niña regresaba al hogar luego de asistir al jardín, hasta la hora dieciséis en que retornaba al hogar la Sra. Oxandaburu. De la misma manera ocurría en cuanto a K S, en virtud de que ésta acudía a clases por la tarde, estando en la morada junto a Carrizo generalmente por la mañana, hasta la hora trece en que ingresaba a clases en la C.E.P.E.T. ...” (fs. 427vta./428).

Como se ve, si bien es cierto que los abusos sexuales contra los menores son de difícil prueba, en este caso había suficientes elementos para precisar temporalmente las acusaciones.

El análisis efectuado nos muestra que la querrela pidió al momento de fijar definitivamente el objeto del proceso 20 años de prisión sin mencionar siquiera cuáles eran los hechos por los cuales Carrizo debía cumplir semejante condena. A su vez, el MPF no tomó en cuenta los datos que brindó la menor y no valoró ni estableció los horarios y días en que los hechos pudieron haber ocurrido *en palmaria contradicción con lo que había realizado al pedir la remisión a juicio*. Con este análisis superficial, consideró que era suficiente para imponer una pena de nada menos de 10 años de prisión. En este caso particular, reiteramos, afirmar la dificultad probatoria de los delitos



PODER JUDICIAL

contra la integridad sexual no es más que una excusa para intentar justificar el incumplimiento de un deber inexcusable.

4) *El camino a seguir*

Como adelantamos, la doctrina sentada por la Corte Suprema en los casos “Tarifeño”, “García” y “Cattonar”, sumado a lo resuelto en “Cárdenas Almonacid” y “Quiroga” no está exenta de problemas. La declaración de inconstitucionalidad es un caso típico de creación de derecho que enfrenta dificultades: las sentencias resuelven casos concretos, constituidos por circunstancias del pasado, es decir, por hechos que, junto con lo pedido por las partes, limitan la competencia del tribunal. Por esta razón, las sentencias no pueden interpretarse como leyes y para arriesgar la formulación de una regla o principio a partir de ellas deben acumularse casos análogos resueltos del mismo modo. En el caso de la acusación al finalizar el debate, la Corte Suprema no ha definido qué hacer cuando ella está mal formulada o con insuficiente fundamentación.

En nuestra provincia, el Tribunal de Juicio del Distrito Sur en el caso “Incidente sobre recurso de casación planteado por la Sra. Agente Fiscal Dra. María Karina Echazú”, declaró la nulidad del alegato, del debate, apartó a la fiscal y se excusó de continuar interviniendo.

Por su parte, el Superior Tribunal en la sentencia dictada el 18.02.2010 en aquel proceso, resolvió la cuestión y estableció que la formulación de la hipótesis acusatoria es materia exclusiva y excluyente de la fiscalía, y ajena a los órganos jurisdiccionales, con la excepción del control de legalidad, situación excepcionalísima, pero que en ningún modo puede traducirse en una imposición del criterio de los jueces sobre los del fiscal. Incluso, el ejemplo que se brinda en el considerando 5º de la sentencia mencionada, en la suspensión del juicio a prueba, señala que el juez puede apartarse del dictamen fiscal cuando está infundado *pero no anularlo*.

Es decir, que un sistema donde el tribunal resuelve y las partes solicitan, aquél tiene vedado señalarle sus defectos antes de dictar sentencia, darle oportunidad para que los corrija y luego sí dictar sentencia. No sólo se estaría violando la imparcialidad sino que, además, como ya dijimos, alteraría la igualdad de armas en el proceso.

Por lo demás, retrogradar el proceso con una declaración de nulidad significaría un desmedro para la posición del imputado. Sería otorgarles una nueva oportunidad a los acusadores para que “afinen” su puntería y así puedan lograr su objetivo de una condena. Además, tal solución, sería violatoria del plazo razonable, en tanto implica una prolongación del proceso: el tribunal no podría entender más en la causa y debería realizarse un nuevo juicio.

Pero tampoco el tribunal puede suplantar esta actividad. Como reseñamos al comienzo, la defensa se tomó el trabajo de analizar los días en los cuales pudieron suceder los hechos, recurriendo a un calendario y analizando la prueba incorporada en el debate. ***Nada le impedía a los acusadores hacer la misma tarea.***

Además, que el tribunal suplante tal actividad intentando establecer qué días podrían haber ocurrido los hechos, tiene consecuencias para el ejercicio de defensa: cualquiera sea el día que se mencione, el imputado podría alegar que en ese momento realizaba otra actividad, no estaba en su casa. También se violaría el principio de congruencia: no habría correlación entre la acusación y la sentencia. Esto también afecta a la posibilidad de la revisión de la sentencia, pues todo gira en torno al mismo interrogante: ¿de qué debe defenderse Carrizo?.

Desde otro punto de vista, ante la transgresión de una garantía constitucional, la situación del imputado no debe empeorarse mediante la declaración de una nulidad.

Esta cuestión ya fue abordada en distintos precedentes del tribunal. Allí dijimos: *“...debe evitarse que el proceso penal se transforme en una verdadera competencia para anularlo, resabio de su formulación inquisitiva, pues ‘...la nulidad y su sistema dan origen a un torneo cuya meta final es eliminar la mayor cantidad de actos posibles para que no puedan influir en la sentencia, pero cuya meta intermedia consiste en, cada tanto, intentar que el procedimiento regrese hacia atrás para comenzar de nuevo. Incluso los jueces, de oficio, intervienen en este torneo y evitan con este mecanismo la necesidad de dirimir el caso...’”*²¹

También señalamos: *“...Una interpretación de las nulidades congruente con la finalidad de protección del debido proceso no debería conducir a autorizar una violación al ne bis in idem. Esto es especialmente evidente en los casos en los que quien originó la nulidad fue el propio acusador...En consecuencia, la nulidad no puede ser interpretada en forma abstracta, sino como el resultado de una actividad cuyo fin preciso es mejorar la propia situación de quien la plantea, y su invocación durante el proceso nunca podría constituirse en un factor de riesgo porque el sistema de garantías*

²¹ Cfr. la sentencia dictada en autos “Miranda Díaz y Cancino” del 19.05.2006, jueces Sarrabayrouse, Varela y Sagastume, registro n° 16, folios 193/222, protocolo 2006; allí se citó a Julio B. J. Maier, *Proyecto de Código Procesal Penal para la Provincia del Chubut. Exposición de Motivos*, CDJP 10 “A”, p. 589; véase también la resolución de este Tribunal en autos “Martínez, Juan Egidio s/ infracción art. 144 inc. 3° y 142 inc. 1°, CP” del 20.11.2003, registro n° 129, folios 152/154, protocolo de sentencias interlocutorias 2003, jueces Varela y Sarrabayrouse.



PODER JUDICIAL

constitucionales del proceso –valga reiterarlo una vez más– está pensado para proteger los derechos, no para perjudicarlos...”²²

De esta manera, las falencias de las acusaciones conducen necesariamente a la absolución del imputado.

5) Resumen

A manera de resumen del presente caso, señalamos:

- a. Si bien es cierto que los abusos sexuales infantiles presentan ciertas dificultades de prueba, particularidad de éste es que ambas niñas brindaron precisiones temporales (en grado mayor, K) y se produjo gran cantidad de prueba al respecto.
- b. Los acusadores no las establecieron en los hechos que reprochaban al finalizar el debate, momento en se define la imputación. En el caso de la querrela, ni siquiera los describió. El fiscal recurrió a generalidades, acortó el lapso en que habrían ocurrido y valoró al respecto menos prueba que al requerir la remisión a juicio.
- c. El tribunal no puede suplantar la actividad de los acusadores pues si no puede decirles cuándo acusar menos puede imponerles cómo acusar.
- d. La única solución que respeta los derechos del imputado es el dictado de la absolución. Declarar la nulidad implica retrogradar el proceso, es un resabio inquisitivo y empeora la situación del acusado.

III. Cese de medidas cautelares, costas, honorarios y efectos secuestrados

La absolución dispuesta implica disponer la inmediata libertad de Víctor Hugo Carrizo y el cese de todas las medidas cautelares dispuestas a su respecto (art. 371, CPP).

En cuanto a las costas del proceso, entendemos que deben imponerse en el orden causado, en virtud de lo dispuesto en los arts. 491 y 492 del CPP.

Con respecto a los efectos secuestrados, detallados minuciosamente en el acta de debate (fs. 755 vta. / 756 vta.), una vez que quede firme la presente, deben ser devueltos a sus legítimos propietarios (arts. 484 y sigs. del CPP).

En cuanto a los honorarios profesionales, corresponde regular los del Dr. José Raúl Velazco en la suma de \$ 10.000 (pesos diez mil), para la cual tenemos en cuenta

²² Cfr. ZIFFER, Patricia, *El derecho al recurso y los límites del juicio de reenvío*, en Pedro J. Bertolino/Gustavo A. Bruzzone (comps.), *Estudios en Homenaje al Dr. Francisco J. D’Albora*, op. cit, p. 512. También la sentencia de este tribunal, autos “Sosa” del 23.03.2007, registro n° 7, folios 71/74, protocolo 2007, jueces Varela, Carniel y Ochoa.

las tareas que desarrolló durante el debate; los del Dr. Nelson Gordín Iriarte en la de \$ 15.000 (pesos quince mil), para los cual, valoramos sus pedidos de fs. 77, 166, 198/199, 217, 227, 261/262 y su asistencia a las audiencias de fs. 99, 100, 169/174, 194/195, 196/197, 200/201, 203/204, 205/208; y los del Dr. Francisco Giménez en la de \$ 80.000 (pesos ochenta mil), para lo cual meritamos la calidad y la extensión de su tarea desarrollada tanto en la preparación como en el juicio propiamente dicho (rigen en todos los casos, los arts. 495, CPP; 2, 3, 6, 8, 45, sigs. y conchs. de la ley 21.839).

Así voto.

El juez Juan José Varela dijo:

I. Sin ánimo docente, pero sí informativo, inspirados por la decidida concepción jurisprudencial de acatar la prescripción constitucional de la adopción del sistema procesal acusatorio, tal como bien se señala en la ponencia precedente, a la que adherimos, advertimos en el 2009, inútilmente, "...que el juicio oral puede ser caracterizado como la construcción de un relato –**“teoría del caso”**–, en que cada uno de los actores va aportando su trozo de historia. El resultado es una distancia entre la prueba y los hechos que necesitamos para configurar la teoría jurídica que invocaremos. De un lado están los relatos, desprovistos de conclusiones jurídicas; de otro, las teorías y sus elementos, desprovistas en principio de contenido fáctico específico. El modo de superar esta distancia es presentándole al tribunal proposiciones fácticas para cada uno de los elementos de nuestras teorías jurídicas. Por ejemplo: *Agustín compra un cuadro de Dalí –creyendo que es original– en la famosa galería de arte de Martita, donde ésta le vende una pintura falsa.* Aunque el Derecho ha construido una teoría jurídica acerca de la estafa y su configuración, no podemos pretender que Agustín atestigüe: "Martita desplegó una representación dolosamente engañosa que me indujo a error". Entonces, una proposición fáctica es una afirmación de un hecho, respecto de un caso concreto, que si el juez la cree, tiende a satisfacer un elemento de la teoría jurídica. Dicho de otro modo, una proposición fáctica es un elemento legal reformulado en un lenguaje corriente, que se remite a experiencias concretas del caso, sobre las que un testigo sí puede declarar. Por consiguiente, **los relatos de nuestros testigos determinan finalmente el contenido de las proposiciones fácticas, a la vez que las proposiciones fácticas deben estar contenidas en el relato de los testigos; también, podemos encontrarnos con múltiples proposiciones fácticas, o**



sólo una; además, pueden ser fuerte o débiles, y en tal medida satisfacer el elemento legal para el que fueron ofrecidas²³.

¿Cuál es el test para evaluar la calidad de una proposición fáctica? El “**test de la superposición**”: mientras más esté la contraparte en condiciones de superponer a esa misma proposición fáctica otra versión al menos igualmente razonable y creíble de esos hechos, más débil es ella. En el ejemplo, el fiscal propone que “*la galería de arte es la más prestigiosa*”, por tanto solo vende cuadros originales. El defensor está en condiciones de proclamar: “señores jueces, nos complace y nos halaga que el fiscal aprecie el prestigio de la galería, pero eso no le permite sostener que solo se vendan cuadros originales ya que se venden también reproducciones”. Por tanto, la fortaleza o debilidad de una proposición debe sopesarse con otras. Así, proposiciones fácticas que pueden parecer en principio muy fuertes, pueden tornarse muy débiles bajo el “test de superposición” cuando aparecen en el relato otras proposiciones fácticas que ofrecen versiones igualmente razonables²⁴.

Es así que el lenguaje del juicio es, en sus partes más relevantes, el lenguaje de la prueba. Cada una de las proposiciones fácticas debe ser probada. En este sentido, una cosa es la fortaleza o debilidad de la proposición fáctica en tanto tal –el test de la superposición– y otra diferente cuánto se puede probar dicha proposición, que corresponde al “**test de credibilidad**”. La libre valoración de la prueba propia de los sistemas acusatorios en los que se desenvuelve el juicio oral conforma la estructura de razonamiento en lo que hace a la credibilidad de la prueba, que se construye con diversos factores, y puede conjugarse mediante la fórmula que reúna los **requisitos de no refutación, confirmación y mayor confirmación frente a las otras**, en orden a las tesis que se formulen²⁵, plasmada, en definitiva en el art. 367 de nuestro ordenamiento: las **reglas de la sana crítica...**”

II. Continuábamos apuntando²⁶: “...un jurista que no sabe litigación (normas sobre juicio oral y prueba, en la plenitud del “acusatorio”, que es el debate, aún en nuestro sistema mixto: Libro III, Título I, Capítulos I/IV del código procesal penal

²³ Nuestra ponencia en causa n° 367, “Cuevas, Martín Luis s/abuso sexual agravado en concurso real con corrupción de menores”, del 10.03.2009, resulta 4, jueces Varela, Borrone y Carniel, registro n° 4, folios 14/75, protocolo 2009.

²⁴ Tomamos el concepto de **proposiciones fácticas** del texto de Paul Bergman, *La defensa en juicio*, Abeledo Perrot, Bs.As., 1989, pgs.23 y ss., citado por Baytelman, Andrés A. y Duce, Mauricio, *Litigación Penal, juicio oral y prueba*, Universidad Diego Portales, Chile, 2004.

²⁵ Según el criterio establecido, por este Colegio, en “Padilla Coloma”, del 4.09.2003, mediante la singular enjuandía de nuestro colega Sarrabayrouse.

²⁶ “Cuevas”, resulta 8,” Sobre el juicio oral”.

fueguino) simplemente elabora teorías abstractas, que no responden a la realidad y a los valores para los que tales normas fueron creadas, desnaturaliza el proceso, es decir, argumenta mediante lecturas lineales y literalistas de los preceptos, equivoca las interpretaciones, genera requisitos absurdos. En definitiva, terminamos entregando la comprensión de los institutos procesales a la esclavitud de silogismos, categorizaciones y fetichismos teóricos.

Opinamos que la teoría existe para comprender mejor la realidad. En las ciencias duras –las naturales– todos entendemos claramente esta idea: si un físico dijera que un avión puede volar con alas de plomo y, llegado el día, el avión no logra levantar vuelo, todos acordaríamos que era una mala teoría y que hay que abandonarla. Nosotros los abogados, en cambio, probablemente inventaríamos conceptos y categorías para la expresión “volar”, distinguiríamos el vuelo “real” del “ficto” y haríamos de ese físico una eminencia en aerodinámica.

En el mundo del proceso penal acusatorio –especialmente en el mundo de la prueba y el juicio– la realidad está representada por la disciplina de la litigación. Y como señala Binder, litigio es el “conflicto formalizado”, refiriéndose al vínculo profundo entre las formas del juicio y la vida social. De ese vínculo surge una forma de transitar por el juicio oral que tampoco es artificial, sino que está conectado a las características del conflicto. A ese tránsito, con sus reglas, sus habilidades, su saber, sus compromisos políticos y su ética lo llamamos “litigar”, que es el arte de la abogacía, que tiende, a nuestro entender, a desterrar el “conceptualismo”, aquella forma escolástica que confunde derecho positivo con derecho profesoral y entiende que la tarea más noble es rebatir teorías de otros profesores e inventar clasificaciones hasta donde el juego de la lógica lo permita. Entonces, si el conflicto es un juego de intereses que no se resuelven en armonía, el juicio deberá ser una estrategia para lograr que alguno de esos intereses triunfe mediante el control de la prueba en la audiencia, actividad que resume los núcleos más importantes de los pactos internacionales de los derechos humanos, y que tiende a cubrir la expectativa de los jueces del debate de obtener información y argumentos de calidad que les permitan reconstruir lo mejor posible la verdad de lo ocurrido.

Es que litigar juicios orales –y dirigirlos– es un arte complejo y exigente, y no hay demasiado espacio para la improvisación: si los abogados no están preparados, los casos se pierden y ante los ojos de todo el mundo; si los jueces no están preparados, las injusticias se generan, también ante el público. Las decisiones se juegan realmente en el trabajo efectivo con la prueba y la argumentación jurídica, y se alejan de la intuición o del talento de los participantes. Si bien el juicio es un ejercicio profundamente



PODER JUDICIAL

estratégico –y lo es en la medida de la construcción adecuada del caso y del dominio de la técnica para argumentar– la “estrategia” no quiere decir que hay que enseñarle a los abogados como distorsionar la realidad de manera de poder engañar a los jueces, ni que éstos tengan que ser siquiera mínimamente tolerantes con esa clase de patrañas.

En este orden de ideas, la prueba consiste en versiones, relatos subjetivos y parciales, compuestos por un conjunto de información heterogénea en cuanto a su origen, amplitud y calidad. Concebir el juicio como un ejercicio estratégico no consiste en distorsionar la realidad, sino, al contrario, en presentar la prueba del modo que más efectivamente contribuya a reconstruir “lo que realmente ocurrió”, que es algo complejo, cargado de versiones, ángulos, interpretaciones y prejuicios²⁷...”

III. Por un lado, los argumentos históricos para adjudicarle al juez iniciativa probatoria provienen de la sacrosanta **búsqueda de la verdad**, que lo convierte en su garante y responsable, y de la ineficacia de las partes para lograrla, por impericia, desidia, visión sesgada e interesada tanto de la acusación como de la defensa. Por otro, las “teorías del caso” son historias necesarias y peligrosas. **Necesarias** porque son el medio por el cual los fragmentos de información y “piezas” del suceso – dispersos– se combinan y organizan de manera coherente y significativa. **Peligrosas** porque pueden relativizarse al ser construidas desde posiciones, visiones e intereses diferentes, ya que las partes no son neutrales.

En consecuencia, para el juez, en el sistema acusatorio, la verdad requiere de una exclusiva iniciativa probatoria de las partes. Para algunos, el predominio de las partes no veda la intervención del juez, que estimula el contradictorio para que se torne efectivo y concreto. Suple las deficiencias de los litigantes para superar las desigualdades y no abandonar al proceso a la plena disponibilidad de aquellas (v.g. Jauchen: investigación integral), basándose en que un estado social de derecho no admite una actitud pasiva y conformista del juez, derivada de principios individualistas²⁸. **Esta posición no repara en que las pruebas no son neutras, ya que si el Juez suple la inactividad o deficiencia de los intereses en pugna, pues, una mínima intervención rompe irremediabilmente la neutralidad.**

²⁷ En el mismo sentido: reiteramos la fuente principal de consulta: Baytelman, Andrés A. y Duce, Mauricio, “Litigación penal, juicio oral y prueba”, Universidad Diego Portales, Chile, 2004; y, agregamos: Bergman, Paul, “La defensa en juicio, Abeledo Perrot, Bs.As., 1995; Goldberg, Steven, “Mi primer juicio oral”, Helista, Bs.As., 1994; Hegland, Kenney, “Manual de prácticas y técnicas procesales”, Helista, Bs., 1995; Morris, Clarence, “Cómo razonan los abogados”, Noriega editores, México, 1997.

²⁸ Abel Fleming, *¿Puede admitirse la iniciativa probatoria del juez en el proceso penal?*, Revista Institucional de la Defensa Pública de CABA, Año 2, N° 3, Agosto de 2012, ps.51 y ss.

IV. Pero entonces, **¿Cuál es la finalidad del proceso penal?** Si es el descubrimiento de la verdad “real”, habría que darle al juez las potestades para inmiscuirse en la “verdad” de las partes. Si es que tiende a que se produzca en un marco de equilibrio, **el juez debe conformarse con un conocimiento del caso como ha sido expuesto en la interlocución entre acusación y defensa.** El proceso es el camino de la verdad por el que transitan los carros que sostienen las “teorías del caso” que los contendientes afirman respecto de los hechos. Y esa verosimilitud de los hechos tiene que llegar a la sentencia –fin del camino– mediante el funcionamiento de las garantías procesales. Es que el proceso funciona como un obstáculo epistemológico para la adquisición de la verdad²⁹, al construir una verdad acomodada y definida antes por la política criminal, mediante el andamiaje de las garantías. Por eso **el juez siempre deberá buscar la verdad en los elementos que le aporten y no con su propia obra.** Y no puede suplir la ineficacia de las partes para lograrla, por impericia, desidia, visión sesgada e interesada o cualquier otro motivo tanto de la acusación como de la defensa.

Tal es mi sufragio.

El juez Daniel Ernesto Borrone dijo:

Coincido con las ponencias de los dos colegas que me precedieron y adhiero a ellas en los términos que estableció el Superior Tribunal en el caso “Trujillo Nores”.

Así voto.

En virtud del Acuerdo que antecede,

**EL TRIBUNAL DE JUICIO EN LO CRIMINAL DEL DISTRITO JUDICIAL NORTE
DE LA PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO ANTARTIDA E ISLAS DEL
ATLANTICO SUR**

RESUELVE:

- I. **ABSOLVER** a **Víctor Hugo Carrizo**, documento nacional de identidad n° 24.367.409, cuyas demás condiciones personales obran en la causa, por los hechos por los que fuera traído a juicio. Costas en el orden causado (arts. 491 y 492, CPP).

²⁹ Nicolas Guzmán, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica. Prólogo de Luigi Ferrajoli*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006. Capítulo VI. La metodología en la investigación judicial: las garantías de verdad. ps.135 y ss.



Provincia de Tierra del Fuego,
Antártida e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

PODER JUDICIAL

- II. **DISPONER** su inmediata libertad y el cese de todas las medidas cautelares ordenadas en la causa a su respecto (art. 371, CPP).
- III. **ORDENAR** la restitución de los elementos secuestrados, una vez firme la presente, conforme lo expuesto en el considerando pertinente (arts. 484 y sigs., CPP).
- IV. **REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. José Raúl Velazco en la suma de \$ 10.000 (pesos diez mil); los del Dr. Nelson Gordín Iriarte en la de \$ 15.000 (pesos quince mil) y los del Dr. Francisco Giménez en la de \$ 80.000 (pesos ochenta mil), por sus labores en el proceso (arts. 495, CPP; 2, 3, 6, 8, 45, sigs. y concs. de la ley 21.839).
- V. **MANDAR** que se registre y se cumpla.