

En Mendoza, a trece días del mes de febrero del año dos mil veinticinco, reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° **13-04005213-9/1 (012051-258738)**, caratulada: **“C.; V. P.S.H.M. C/ V. J. V. Y OTS. P/ RESPONSABILIDAD DE MAGISTRADO (ART. 2° C.P.C.)”-**

De conformidad con lo decretado a fojas 610 quedó establecido el siguiente orden de estudio en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero: **DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ**; segunda: **DRA. MARÍA TERESA DAY**; tercero: **DR. PEDRO JORGE LLORENTE**.

ANTECEDENTES:

A fs. 27/38 vta., con fecha 17/10/2016, se presenta la Dra. Carolina Jacky por la Sra. V.C. y sus hijas menores V.B.D.C. y S.V.D.C. e interpone formal demanda por violencia de género (art. 20 Ley 26.485) en contra de quienes fueran integrantes de la Segunda Cámara en lo Criminal de la Ciudad de Mendoza -doctores José Virgilio Valerio, Arlington Roberto Uliarte y Ramón Ariel Spektor- y en contra del Gobierno de la Provincia de Mendoza. Reclaman el daño moral sufrido por las dos menores de edad al haber sido sometidas por segunda vez a la Cámara Gesell para que relaten cómo su padre biológico abusó de las mismas. El monto reclamado asciende a \$ 805.000.

A fs. 150/157 contesta el Dr. Valerio. A fs. 164/166 vta. lo hace la Provincia de Mendoza. Los Dres. Uliarte y Spektor contestan en forma conjunta conforme consta a fs. 169/175vta. Y a fs. 179/184 lo hace Fiscalía de Estado. Todos solicitan el rechazo de la demanda, con costas.

A fs. 246/254 vta., se presenta la Asesora de Menores interviniente y amplía la demanda interpuesta, corriéndose nuevo traslado a los demandados, quienes contestan a fs. 275/278 (Dr. Valerio), fs. 280/284 vta. (Dres. Uliarte y Spektor) y a fs. 286 (Provincia de Mendoza).

A fs. 292/293 se dicta auto de admisión de pruebas, la que se sustancia oportunamente.

Luego de agregados los alegatos de las partes, a fs. 603/604 consta dictamen de la Procuración General del Tribunal y a fs. 609 se llama al acuerdo para sentencia.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente la demanda interpuesta?

SEGUNDA CUESTIÓN: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA CUESTIÓN: Costas.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ, DIJO:

I.- RELACIÓN SUCINTA DE LAS CUESTIONES PLANTEADAS.

A) Posición de la parte actora.

La Dra. Carolina Jacky por la Sra. V.C. y sus hijas menores V.B.D.C.a y S.V.D.C. interpone formal demanda por violencia de género (art. 20 Ley 26.485) en contra de quienes fueran integrantes de la Segunda Cámara en lo Criminal de la Ciudad de Mendoza -doctores José Virgilio Valerio, Arlington Roberto Uliarte y Ramón Ariel Spektor- y en contra del Gobierno de la Provincia de Mendoza por la revictimización realizada por incumplimiento a sus deberes de funcionarios públicos y por desbaratar el derecho de dos menores de edad a tener una vida sin violencia. Reclaman el daño moral sufrido por las dos menores de edad al haber sido sometidas por segunda vez a la Cámara Gesell para que relaten cómo su padre biológico abusó de las mismas. El monto reclamado asciende a \$ 805.000.

Refieren que los hechos que dan motivo a la demanda se deben a la decisión de los miembros de la Segunda Cámara del Crimen de reeditar la Cámara Gesell a las menores, no obstante la oposición fundada que hizo su parte en el debate oral. Señalan que los magistrados decidieron no hacer lugar a la oposición planteada y argumentaron a favor del derecho que tiene el procesado de defenderse, sin tener en cuenta los derechos del niño y las normas internacionales. Señalan que la actora y especialmente sus hijas menores sufrieron revictimización, violencia de género institucional por parte del órgano jurisdiccional y especialmente por los demandados que incumplieron con las normas de protección internacional existentes en este tipo de casos, sin tener en cuenta lo que esta actitud podía repercutir en la salud de las menores. Citan lo dispuesto por la Ley 26485 que contempla la violencia institucional contra las mujeres, considerándose afectadas por el aparato judicial y los miembros que lo representan.

En cuanto a la legitimación pasiva de los demandados la atribuye a ser responsables de la revictimización conforme los hechos denunciados y, en cuanto al Gobierno de la Provincia por los actos de sus dependientes, siendo solidariamente responsable por el actuar de los magistrados demandados.

Reclaman \$ 800.000 en concepto de daño moral y \$ 5.000 por “otros daños” en los que ubica la atención psicológica o psiquiátrica necesaria para las víctimas. Ofrecen pruebas.

B) Posición del demandado Dr. José Virgilio Valerio.

Solicita el rechazo de la demanda en todas sus partes, con costas a la actora. Niega todos los hechos aducidos por la accionante. Sostiene que el reclamo es improcedente, por cuanto quienes integraban la Segunda Cámara del Crimen en oportunidad del dictado de la sentencia emanada en los autos N° 58.001, lejos de vulnerar la normativa reseñada, procedieron ajustándose estrictamente a la misma. Agrega que el examen de las actuaciones penales, particularmente del Acta de fecha 28/06/2016 permite advertir la protección de los derechos de los niños involucrados. Allí se dispuso la incorporación de la declaración ya realizada por las menores en Cámara Gesell y sólo la realización de una entrevista psicológica a las menores en Cámara Gesell, complementaria, a través de un medio análogo. Y ello no fue atacado, recurrido ni nulificado por los actores, quienes consintieron la entrevista dispuesta por el Tribunal. Ofrece pruebas.

C) Posición de la demandada Provincia de Mendoza.

Solicita el rechazo de la demanda interpuesta, con costas. Niega los hechos invocados por la actora.

Sostiene que la abogada de las actoras compareció al proceso penal por V.B.C. y no recurrió la resolución que dispuso la realización de una nueva entrevista psicológica que se llevaría a cabo por parte del EPAASI en los Tribunales de Familia.

Agrega que de la compulsa de las causas penales no surge apartamiento a las convenciones con rango consuetudinario (art. 75 inc. 22 CN) ni a la Ley 26485. Considera que la conducta de la actora es contraria a sus propios actos realizados en sede penal.

Sostiene que no existió error judicial ni decisión inconveniente que permita calificar el acto como ilegítimo. El proceso penal terminó con la condena del imputado, por lo que se aplicaron las normas constitucionales y garantías del debido proceso, necesarias para acreditar los hechos denunciados y arribar a una solución justa y ajustada a derecho.

Señala también que es la actora quien debe acreditar los presupuestos de la responsabilidad y específicamente la irregular prestación del servicio jurisdiccional. Ofrece pruebas.

D) Posición de los demandados Dres. Arlington Roberto Uliarte y Ramón Ariel Spektor.

Niegan los hechos invocados en la demanda, por lo que solicitan su rechazo, con costas.

Señalan que no se da ninguno de los requisitos exigidos por la Ley de Violencia de Género y que no existe revictimización de los menores en el estudio psicológico llevado a cabo durante el desarrollo del debate penal.

Consideran que el estudio psicológico fue realizado como consecuencia del deber legal impuesto por los jueces en el art. 3 CCCN y se trata de una actividad lícita donde no existe responsabilidad personal ni del Estado. Agregan que conforme lo dispone el art. 2 CPC para hacer responsable a los jueces se exige mal desempeño y la demostración de la falta de probidad. En el caso, entienden no ha habido error de ninguna naturaleza.

Sostienen que la abogada de las actoras consintió la realización de la entrevista psicológica a las menores y el perito psiquiatra, Dr. Habijan, no advirtió ningún inconveniente para comenzar la misma. Agregan que las menores no fueron engañadas, ni humilladas o tratadas sin delicadeza o consideración. También estuvo presente la Asesora de Menores quien no hizo oposición alguna a pesar de haber presenciado todo el acto.

Señalan que las conductas antijurídicas enunciadas en el art. 3 inc. K del Decreto Reglamentario n° 1011/10 refiere a demoras, derivaciones, declaraciones reiteradas, antecedentes de conductas no vinculadas al caso y exceso en el derecho de defensa. Nada de esto ocurrió, el trato fue adecuado a la edad de las víctimas y el estudio psicológico fue realizado con todas las garantías procesales y sustanciales.

Impugnan los montos reclamados, los que consideran excesivos. Ofrecen pruebas.

E) Posición de Fiscalía de Estado.

Fiscalía de Estado solicita el rechazo de la demanda, con expresa imposición de costas a la contraria.

Luego de una negativa general y particular de los hechos invocados en la demanda, adhiere a las contestaciones realizadas por los demandados directos.

Sostiene que la demanda es improcedente en tanto no se encuentran cumplidos ninguno de los requisitos de su procedencia. El daño que padecieron las menores no fue ocasionado por el proceso en sí mismo, sino por la conducta delictual del padre biológico condenado. Tampoco surge cuál es la relación de causalidad entre la supuesta conducta dañosa ordenada por los magistrados en una resolución judicial

consentida y el daño que invoca la madre de las menores, quien no sólo demanda en representación de sus hijas menores, sino por sí. Agrega que tampoco existe antijuridicidad ni factor de atribución.

Señala que el monto reclamado es exagerado y desproporcionado.

Finalmente, adhiere a las pruebas ofrecidas por los demandados.

F) Dictamen de la Sra. Asesora de Menores interviniente.

La Sra. Asesora de Menores amplía la plataforma fáctica de la demanda interpuesta, a los fines de una mejor defensa de los derechos de sus asistidas.

Señala que las niñas fueron entrevistadas e indagadas por profesionales del PPMI del Hospital Notti. Fueron nuevamente interrogadas sobre los abusos sufridos por el EPAASI, en una instancia en que la intervención sólo debería tener por objeto determinar si la víctima menor de edad se encuentra en condiciones de prestar declaración testimonial. Pero los profesionales del EPAASI decidieron avanzar directamente sobre la indagación de los hechos investigados, a fin de evaluar su “credibilidad”.

Con posterioridad, fueron citadas a declarar en Cámara Gesell, siendo esta la tercera vez que relataban sus experiencias de abuso, con asistencia de la defensa técnica del imputado. Se advierte así que V. fue interrogada en diversas oportunidades, debiendo en cada una reproducir los hechos lesivos y revivir el trauma.

También surge de la sentencia que V. fue revisada físicamente, ginecológicamente, por un médico varón del CMF, lo que demuestra la falta de delicadeza y sensibilidad con que el sistema penal trata a las víctimas de abuso sexual, doblemente vulnerables en razón de su menor edad y su condición de mujer.

Afirma que ha existido una irregular prestación del servicio de justicia, que constituye vulneraciones graves e inexcusables de principios, derechos y garantías fundamentales, contenidas en Tratados de Derechos Humanos, a saber: el derecho de los niños a ser oídos, el derecho a la información, la garantía de la doble representación y el derecho a medidas especiales de protección, asistencia y apoyo. Recuerda también que las víctimas fueron V. y S.D., y no V.C., su representante legal.

Sostiene que los derechos de las niñas no fueron salvaguardados, al disponerse por cuarta vez que relaten los hechos de abuso sufridos. Concluye que el interés superior de las niñas no fue respetado. Solicita, en consencuencia, se provea la ampliación de demanda.

G) Contestaciones de los demandados a la ampliación de demanda realizada por la Sra. Asesora de Menores.

El Dr. Valerio contesta la ampliación de demanda a fs. 275/278. Señala que la ampliación de la plataforma fáctica no tiene asidero legal y se encuentra fuera del ejercicio de las funciones complementarias otorgadas por el art. 103 CCCN. En cuanto a los hechos que alega, tales como entrevista en el Notti, entrevista preliminar del EPAASI, primera Cámara Gesell o que haya sido revisada la niña por un médico varón, no le competen a la Segunda Cámara Penal. En cuanto a la entrevista psicológica objeto de este proceso, fue consentida por el querellante y representante en aquel momento. Los intereses de las menores los ostentaban la representante de la querellante particular y la Asesora de Menores Dra. Gamero, que estuvieron presentes en la realización del acto. Concluye señalando que la entrevista psicológica objeto de este proceso, fue pedida por el Ministerio Público Fiscal y consentida por las partes, no pudiendo el Tribunal sin lesionar gravemente su carácter de imparcial, impedir y/o negar su realización cuando la misma era pertinente a los fines de la investigación penal.

A fs. 280/284 vta., contestan los demandados Dres. Uliarte y Spektor. Sostienen que la sentencia condenatoria fue confirmada en todas sus partes por la Suprema Corte de Justicia, que entendió acertado o no descalificó, realizar la entrevista en Cámara Gesell dispuesta por el Tribunal para garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa. Niegan haber brindado un trato carente de sensibilidad a las menores, ya que los actos a los que alude, son circunstancias que no acontecieron en la Segunda Cámara del Crimen. Agregan que conforme al sistema acusatorio que rige en nuestro derecho, el juez debe limitarse a resolver sobre los planteos de las partes. La defensa de los intereses de las menores la ostentaban la representante de la querellante particular y la Asesora de Menores, Dra. Gamero, que estuvieron presentes en la realización del acto.

A fs. 286 contesta la Provincia de Mendoza quien se remite a lo invocado al contestar demanda.

H) Dictamen de la Procuración General del Tribunal.

El Ministerio Público Fiscal, en su dictamen obrante a fs. 603/604 vta., realiza algunas precisiones sobre la acción de responsabilidad civil de magistrados prevista en los arts. 2 y 224 del CPC derogado y en el art. 228 CPCTM, como así también reseña jurisprudencia de la Corte Federal que considera atinente a la materia.

II.- PRUEBA RENDIDA.

Se rindió la siguiente prueba:

A) Instrumental:

a. Expediente penal N° P-58.001/15, caratulado: “FISCAL C/ DIAZ CASTRO DIEGO ALBERTO P/ ABUSO SEXUAL” y P-58.123/15, “FISCAL C/ DIAZ CASTRO DIEGO P/ AMENAZAS COACTIVAS”.

b. Expedientes penales recibidos según constancia de fs. 380: P-23.234, P-2080/13, P-32515/14, P-58118/10, P-11290/13, P-145571/14, P-800585/14.

B) Testimonial:

a. De la Psicóloga Andrea Liliana Riveros Cabibbo, quien declara a fs. 346/348.

b. Del Médico Psiquiatra, Dr. Claudio Habiján, quien declara a fs. 394/395 vta.

c. Del Dr. Darío Tagua, Fiscal Jefe de la UFI de Delitos Correccionales y de la UFI DE Delitos de Tránsito, quien declara por escrito a fs. 399/400 vta.

d. De la Dra. María Beatriz Gamero, titular de la Décima Asesoría de Niños, Niñas y Adolescentes, quien declara por escrito a fs. 412/413 vta.

C) Informativa.

a. Informe de la Licenciada Vilma Jilek, de Fundación Accionar, a fs. 384/385.

b. Informe de CONSAVIG (Comisión Nacional Coordinadora de Acciones para la Elaboración de Sanciones de la Violencia de Género), recibido a fs. 388.

c. Informe de la Dirección de Personas Jurídicas y Registro Público, en el que se adjunta copia de los Estatutos de la Fundación Accionar y sus autoridades, conforme consta a fs. 418/426.

d. Informe de la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, recibido a fs. 436/437, el cual es impugnado a fs. 444 y vta. por uno de los codemandados. A fs. 463/464 vta., el Tribunal resuelve diferir la consideración de la impugnación para el momento de dictar sentencia.

D) Pericial.

Pericia Psicológica realizada a las actoras, V.B.C., V.D.C. y V.D.C., por la Licenciada Sofía Mohalem, conforme consta a fs. 488/492.

III. CUESTIÓN A RESOLVER.

La cuestión a resolver por este Tribunal consiste en determinar si resulta o no procedente, la demanda de daños y perjuicios incoada por la Sra. V.C. y sus hijas menores, V.B.D.C. y S.V.D.C., en contra de quienes fueran integrantes de la Segunda Cámara en lo Criminal de la Ciudad de Mendoza -doctores José Virgilio Valerio, Arlington Roberto Uliarte y Ramón Ariel Spektor- y en contra del Gobierno de la Provincia de Mendoza, por el daño moral que señalan haber sufrido las dos menores de edad al haber sido sometidas por segunda vez a la Cámara Gesell para que relaten cómo su padre biológico abusó de ellas.

IV.- SOLUCIÓN AL CASO

Teniendo en cuenta los hechos relatados en párrafos anteriores, conforme surge de la pretensión deducida en la demanda, que el derecho a reclamar se ha fundado en la Ley 26.485, por la violencia de género que señalan haber sufrido la Sra. V.C. y sus hijas, entonces menores de edad, V. y S.V.D.C., al haber sido sometidas las niñas por segunda vez a declarar en Cámara Gesell. Ello, en el marco de la investigación penal llevada adelante ante la justicia provincial y que culminó con la condena al progenitor por encontrarlo responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por el ascendiente.

Resulta oportuno aclarar que aquí no se encuentra en discusión el hecho aberrante de abuso sexual sufrido por una de las actoras, ni el daño que ello le ha provocado o aún persiste en su vida y en la de toda la familia. Tampoco ha existido reproche alguno contra la condena dispuesta respecto del autor material de tal delito, ni en contra del desarrollo de la causa penal. Lo único cuestionado por parte de las actoras es el hecho de haber sido citadas por segunda vez a declarar en Cámara Gesell, lo que entienden consistió en una revictimización que les causó el daño extrapatrimonial que reclaman.

En función de ello, el análisis de los presupuestos de la responsabilidad civil debe efectuarse, exclusivamente, respecto a esta segunda citación a declarar en Cámara Gesell, a los fines de determinar si ésta resultó antijurídica, si guarda relación de causalidad adecuada con el daño invocado y si cabe algún reproche de conducta a los magistrados demandados que ordenaron su realización y al gobierno de la Provincia de Mendoza en su calidad de empleador por el hecho de sus dependientes.

Ahora bien, aclarado lo expuesto y antes de comenzar con el análisis del caso y sus particularidades, resulta necesario realizar algunas precisiones normativas conforme las cuales deberá resolverse la cuestión propuesta.

a) Demanda de la progenitora.

En primer lugar resulta necesario detenerse en el análisis de la legitimación sustancial activa de la progenitora, Sra. V.C., para incoar el reclamo deducido en ejercicio de su derecho.

Si bien los demandados directos nada han formulado al respecto, Fiscalía de Estado al contestar demanda y la Sra. Asesora de Menores al evacuar su dictamen, han referido a la improcedencia del reclamo efectuado por la Sra. V.C., en tanto el daño invocado habría sido sufrido por las niñas y no por la progenitora.

Advierto que les asiste razón en dicho planteo, el cual incluso podría ser analizado de oficio por el Tribunal, conforme criterio reiterado que ha sostenido esta Sala respecto a que “El órgano jurisdiccional debe examinar la legitimación para obrar de los sujetos intervinientes en el proceso, e incluso pronunciarse de oficio acerca de ella, aunque no fuera denunciada como excepción previa ni como defensa de fondo, lo que, en modo alguno, vulnera el principio de congruencia, puesto que constituye una cuestión de derecho” (LS 646-223, 643-204, 599-147, entre otros).

En efecto, la Sra. C. no se encuentra legitimada para efectuar reclamo alguno a los demandados en concepto de daño extrapatrimonial, por derecho propio, en virtud de los hechos invocados como originarios del daño.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, al que remite la Ley 26.485, en forma similar a lo previsto en el régimen anterior, reconoce legitimación para demandar el daño extrapatrimonial sufrido únicamente al damnificado directo y sólo en caso de muerte o gran discapacidad tienen legitimación para reclamar quienes resulten damnificados indirectos (art. 1741 del CCCN).

En fecha reciente, ha señalado este Tribunal que “resultan damnificados indirectos los sujetos que, sin ser víctimas inmediatas del hecho, sufren igualmente un **daño** propio por lesión a sus personales intereses, con motivo de la conexión entre éstos y la situación de la víctima (ZANNONI, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 169). Como ejemplo clásico de esta situación, suele indicarse el daño de los padres como consecuencia del sufrido por sus hijos menores, un accidente, lesiones incapacitantes, etcétera. Si bien en dicha hipótesis, el damnificado directo es el hijo, los padres pueden experimentar un daño moral o patrimonial importante como consecuencia de aquél, el que sufrirán a título de damnificados indirectos. La gran diferencia en dicho supuesto será que respecto del daño material, nuestra legislación admite el derecho resarcitorio de los damnificados indirectos (art. 1079 CC, arts. 1716 y 1739CCyCN), en tanto respecto del daño moral, dispone que sólo el damnificado directo puede reclamar, excepto que del hecho derive su muerte o gran incapacidad, únicos supuestos que permitirán a los ascendientes, descendientes, cónyuge y quienes convivan con aquél recibiendo trato familiar

ostensible, reclamar por su propio derecho” (Autos N° 13-05345444-9/1, “*Valdemoros Gonzalo...*”, 30/08/2023).

En función de estas pautas, resulta oportuno afirmar que la Sra. V.C. carece de legitimación sustancial activa para reclamar el daño extrapatrimonial o moral que alegan haber sufrido sus hijas, sometidas por segunda vez a Cámara Gesell. Su pretensión, en tanto damnificada indirecta, podría haberse canalizado mediante el reclamo del daño económico o patrimonial que el hecho le hubiese irrogado, pero ello en modo alguno ha sido planteado ni enunciado por la progenitora. Tampoco se ha explicitado un vínculo causal del que pudiese derivarse algún perjuicio de naturaleza patrimonial.

Por lo expuesto, corresponde determinar que la acción interpuesta por la Sra. V.C. resulta improcedente y en razón de ello debe ser desestimada.

b) El daño a las niñas que se invoca, reglas de aplicación.

Entendiendo en consecuencia que las legitimadas activas son las niñas en cuya representación ha venido al proceso su progenitora con adhesión del Ministerio Público, principiaré el examen de la acción con la ubicación del que puede entenderse hecho generador en los términos en que se deduce la acción, es decir la segunda audiencia realizada en Cámara Gesell, que tuvo lugar el día 28 de junio de 2016, ya vigente el Código Civil y Comercial de la Nación.

El art. 1765 CcyCN dispone en forma expresa que “la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”. En el mismo sentido, el art. 1764 CcyCN establece que “Las disposiciones de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado, ni de manera directa, ni subsidiaria”.

Conforme las normas citadas, vigentes al ocurrir el hecho dañoso (art. 7 CcyCN), respecto a la responsabilidad del Estado no puede aplicarse el régimen previsto en el Código Civil y Comercial de la Nación. El propio Código se encarga de excluir su aplicación (art. 1765 citado).

Ahora bien, la ley local que regula la responsabilidad del Estado provincial (Ley 8968) se dictó con posterioridad al hecho invocado como generador del daño (mayo de 2017). Por ello, su aplicación al caso queda reducida a la cuantificación del perjuicio y demás consecuencias que hoy puedan establecerse en la sentencia, no así a lo que se vincula con la causa, los factores de atribución, etc.

Ello no implica que el caso deba resolverse conforme a las reglas del derecho privado, por cuanto, como se dijo, el propio Código excluye su aplicación aún de manera subsidiaria (art. 1764).

Así las cosas, entiendo que debe estarse a las normas y principios del derecho administrativo, aplicando en forma analógica el régimen previsto en la Ley de Responsabilidad del Estado N° 26.944 sancionada el 2 de julio de 2014 y promulgada de hecho el 7 de agosto de 2014. Este criterio ha sido sostenido por este Tribunal en diversos pronunciamientos, entre ellos, autos N° 13-04170366-5/1, “*Caseres Ali*”, 09/05/2022; N° 13-04313309-2/1, “*Silva Mónica...*”, 27/07/2022; N° 13-05364542-3/1, “*Villarruel Carlos...*”, 28/03/2023, entre otros).

De tal modo, resulta oportuno tener presente, como premisa general, que el art. 5 de la Ley 26.944, de aplicación analógica al caso, dispone que “Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización”.

En cuanto a la responsabilidad de los magistrados, deberá analizarse bajo las reglas específicas contenidas en la Constitución de la Provincia (arts. 164 y ss.).

En lo procesal el nuevo código de rito, de aplicación inmediata a los procesos en trámite, en el art. 228, reitera las premisas que contienen los derogados arts. 2 y 224 del C.P.C., con excepción de la competencia, dado que la nueva disposición asigna competencia originaria en esta temática a la Suprema Corte de Justicia local, e innova respecto de la intervención del Ministerio Fiscal, que en la nueva norma fue quitada. Pero el resto de la disposición se mantiene en idéntico temperamento, al precisar que los jueces, magistrados, funcionarios y empleados judiciales son personalmente responsables por los daños que causaren por el mal desempeño de sus funciones, cuando se demuestre falta de probidad en el uso de sus facultades.

Es entonces, dentro de este marco normativo descripto, que debe analizarse si la parte actora logró acreditar los supuestos necesarios para comprometer la responsabilidad de los magistrados y del Estado Provincial demandados.

c. La responsabilidad por error judicial.

La temática que debe resolver el Tribunal en esta oportunidad ha sido tratada en anteriores pronunciamientos donde se ha discutido la responsabilidad de distintos magistrados por actos realizados en ejercicio de sus funciones. Entre ellos, resulta oportuno citar a los fallos más recientes, “*Comeglio*” (28/12/2020) y “*Villarruel*” (28/03/2023), en los cuales se realizó un pormenorizado análisis de la normativa y jurisprudencia aplicable a estos casos.

Así, se sostuvo en “*Villarruel*” que la doctrina ha explicado que existe el deber genérico de soportar los daños por una actividad razonable y no arbitraria, como consecuencia de la necesidad de someterse al proceso jurisdiccional por parte de los particulares. Sin embargo, esa carga de contribuir al bien común, genera en determinados casos (error judicial y anormal funcionamiento de la actividad judicial) el deber de la comunidad de reparar los daños ocasionados por esa actividad cuando ella es irrazonable (CASSAGNE, Juan Carlos, “Curso de Derecho Administrativo”, 11 edición actualizada, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 20016 p. 466).

Se recordó también allí que existen dos tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) que refieren al tema. Así, el art. 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial. También lo ha contemplado el art. 14 inc. 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

A nivel nacional, la Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado, en su artículo 5 dispone “Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización”.

Tal como lo ha destacado la doctrina que ha comentado la problemática, la Ley 26.944 no contiene una regulación específica de los distintos supuestos que dan lugar a la responsabilidad de los órganos del Poder Judicial en ejercicio de la función jurisdiccional, a excepción de los casos en que el daño deriva de una actuación legítima, los que no generan derecho a indemnización. Para Perrino, ante la falta de una regulación específica, cabe aplicar el régimen de la responsabilidad del Estado por falta de servicio, reglado por el art. 3 de la Ley 26.944, a los supuestos en los cuales se produzcan perjuicios como consecuencia de la actuación contraria a derecho de magistrados o funcionarios del Poder Judicial en el seno de un proceso (PERRINO, Pablo Esteban, “La responsabilidad del Estado por error judicial y la Ley 26.944 por Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos” en REVISTA DE DERECHO DE DAÑOS: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - II. Año: 2018. Editorial: Rubinzal Revista: 2. Tomo II). Esta interpretación es efectuada a partir de la amplitud con la que es receptado el concepto de falta de servicio en el ámbito nacional “actuación u omisión irregular de parte del Estado” (art. 3 inc. d, Ley 26.944).

De la misma opinión es partícipe Cassagne para quien al tratarse de una responsabilidad extracontractual derivada de la actividad ilegítima, el factor de atribución es la falta de servicio causada por el funcionamiento irregular o defectuoso del servicio de justicia, exigiéndose todos los requisitos que prescribe la Ley 26.944 (daño cierto, imputabilidad material de la actividad o inactividad judicial, relación de

causalidad adecuada), tanto por acción como por omisión....” (CASSAGNE, ob. cit., p. 466).

Por su parte, nuestra Corte Suprema ha sostenido desde antaño la diferencia en torno al análisis del caso cuando la responsabilidad por las consecuencias dañosas deriva del funcionamiento anormal de la administración de justicia, -en general en referencia a los casos de duración excesiva de prisión preventiva-, de aquellos casos en los que se achaca ilegitimidad por error a los actos procesales emitidos por los jueces intervinientes, es decir los de naturaleza jurisdiccional (C.S.J.N., Fallos: 333:273, entre otros) (“*Comeglio...*” del 28/12/2020).

Así se distingue, por un lado, la responsabilidad del Estado por los actos judiciales *in procedendo*, los que se configuran cuando existe un funcionamiento defectuoso del servicio de justicia durante la sustanciación del proceso o anormal funcionamiento del servicio de justicia que comprende un conjunto de supuestos de contornos difusos que atañen a defectos o irregularidades (no incluidos en el de concepto de error judicial) cometidos durante la tramitación de un proceso, los que pueden producirse por acción u omisión por magistrados, funcionarios o auxiliares de la justicia (PERRINO, ob. cit.).

Y por el otro, se diferencia de la responsabilidad que nace por los actos judiciales *in iudicando*, es decir, por el denominado error judicial, el que “sólo puede ser concebido a propósito del ejercicio de la potestad juzgadora de los jueces” (Fallos: 329:1881) (BALBIN, Carlos F., “Tratado de Derecho Administrativo”, 2da Edición Actualizada y ampliada, Tomo IV, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 551 y ss.).

Se ha precisado que la ilegitimidad que da lugar, en su sentido propio, al llamado “error judicial”, aparece cuando el acto judicial dictado por el magistrado en ejercicio de su potestad juzgadora, resulta objetivamente contrario a los hechos comprobados en la causa, al derecho y a la equidad; o si se quiere, cuando entre la confrontación de la solución dada y la que corresponde de acuerdo a la apreciación de la prueba y la ponderación de las normas especialmente aplicables, resulta evidente, manifiesto e inopinable, la existencia de la equivocación productora de un daño cierto (voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez) (“*López, Juan de la Cruz y otros c/ Corrientes, Provincia de s/ daños y perjuicios*”. L 241 XXIII11/06/1998 Fallos: 321:1712).

De esta manera, como se recordó en el precedente de esta Sede, en anterior conformación, “*Guerrero*” (L.S. 282-020), en reiterados fallos la Corte Suprema ha sostenido que “la responsabilidad en cuestión sólo es viable si el acto jurisdiccional que origina el daño es declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento, el carácter de verdad legal que ostenta la decisión impide juzgar, en tanto se mantenga,

que hay error. Lo contrario, importaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica, al constituir la acción de daños y perjuicios un recurso contra el pronunciamiento firme, no previsto ni admitido por la ley, doctrina que fue compartida por la Sala (C.S.J.N., Fallos: 311:1007, 318:1990).

Por su parte, y siguiendo esta línea, en “*Egües*” (C.S.J.N., Fallos: 319:2527), fijó la doctrina que establece que pretender que el Tribunal, por vía de su instancia originaria, revise si los jueces intervinientes incurrieron en errores de hecho y de derecho y que, como consecuencia de ello, condene al Estado Provincial a pagarle al actor una suma igual a la que él debe pagar en otras actuaciones, importaría virtualmente desconocer los efectos directos que producen las decisiones jurisdiccionales firmes.

En la causa “*Román*” (317:1233) se dijo que la mera revocación o anulación de resoluciones judiciales no otorga derecho de solicitar indemnización toda vez, que solo puede hablarse de error judicial cuando ha sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de administración de justicia y cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin.

En materia de error judicial, además, se requiere como premisa que el magistrado haya actuado con dolo, o incurrido en manifiesta negligencia, o se haya fundado en hechos inexistentes; es decir, su actuación debe configurar una conducta ilícita generadora de responsabilidad. Ello así por cuanto las sentencias y los actos judiciales no pueden generar responsabilidad del Estado por sus actos lícitos cuando se trata de actos que resuelven un conflicto de particulares. Los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para dirimir la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia (C.S.J.N., Fallos: 317:1233; 318:1990; 321:1712). El error judicial para ser indemnizable debe ser patente y grave o al decir de la Corte Federal, la decisión judicial debe ser “manifiestamente irregular” (322:2525).

Nuestro Código Procesal Civil prevé la responsabilidad del juez por los daños que causare por mal desempeño de sus funciones cuando se demuestre “falta de probidad” en el uso de sus facultades (art. 228). Se ha puesto de resalto que la normativa tiene su fuente en los artículos 48, 150, 151, 161/168 de la Constitución Provincial (“Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza. Analizado, Anotado, Concordado y Jurisprudencia. Ley N° 9001”, Juan Pablo S. Civit - Gustavo A. Colotto, Directores, 1era Edición Compendiada, Mendoza, ASC, 2018, p. 666).

Ahora bien, la doctrina es conteste en señalar que se trata de un factor de atribución subjetivo, por lo que debe acreditarse que el agente que se reputa como dañador ha incurrido en una conducta culposa o dolosa.

En el precedente “*Guerrero*”, la cuestión fue abordada y se señaló que: “no todo error judicial es indemnizable sino que es menester de un factor de atribución que, al parecer, contiene un plus respecto del típico factor subjetivo (la culpa)” y que, en nuestro país, aún los autores que aceptan los criterios más amplios respecto a la responsabilidad de los jueces y del Estado por los errores judiciales, estiman que debe tratarse de errores “supinos” o “inexcusables” (LS 282-020).

Por su parte, se ha dicho que la “falta de probidad” es actuar sin integridad, cometiendo fraudes o inmoralidades en el desempeño del cargo (GUARINO ARIAS, Aldo, “Código Procesal Civil de Mendoza. COMENTADO, anotado y concordado”, TOMO 1, ediciones Jurídicas Cuyo SRL, Mendoza, 1982, p. 21 y ss.).

En definitiva, existe una suerte de adaptación del factor de atribución, ya que debe tratarse de una violación legal grave, determinada por dolo o por negligencia inexcusable (MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Responsabilidad por Daños: Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.944. El error judicial”. Jorge Mosset Iturraspe, Miguel Alberto Piedecasas, 1ra edición revisada, Santa Fé, Rubinzal Culzoni, 2016, pág. 62).

En el caso traído a resolver, se advierte que la demanda contra los magistrados ha sido fundada en el mal desempeño que se les atribuye, por haber revictimizado a las menores sometiéndolas nuevamente a una entrevista con la modalidad de Camara Gesell. En cuanto a la responsabilidad que se le atribuye al Estado Provincial, se sostiene en el escrito de demanda que la legitimación pasiva surge “por los actos de sus dependientes, en el caso del Gobierno de la Provincia de Mendoza, quien es solidariamente responsable por el actuar de los Magistrados demandados” (fs. 30 vta.). Agregan las actoras que han sufrido “violencia de género por el aparato judicial y los miembros que lo representan”, lo cual podría encuadrarse en la causal “falta de servicio”, no obstante no haber sido invocada ésta expresamente al demandar.

Conforme estas pautas y dentro de este marco descripto es que abordaré la solución del caso concreto.

d. Aplicación de estas pautas al caso concreto.

Teniendo en cuenta los alcances de la responsabilidad del Estado por error judicial, como así también la que corresponde a los magistrados en el ejercicio de sus funciones, entiendo que la demanda interpuesta no puede prosperar.

Los actores fundan su demanda en lo dispuesto en la Ley 26.485 -de Protección Integral a las Mujeres para prevenir, sancionar y erradicar la violencia-, donde luego de citar todos sus artículos, fincan su reclamo en lo dispuesto por los arts. 6 y 16 inc. h) de la misma.

El art. 6 de la Ley 26485 dispone que se considera violencia institucional contra las mujeres aquella realizada por funcionarios, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley.

Por su parte, el art. 16 inc h), entre los derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos que los organismos estatales deben garantizar a las mujeres, dispone el de recibir un trato humanizado, evitando la revictimización.

Sostienen así quienes ejercen la representación de las actoras que las mismas resultan afectadas directas de la violencia de género sufrida ante el aparato judicial y los miembros que lo representan, al haber sido obligadas a declarar, en más de una oportunidad, respecto del ataque sexual sufrido. Agregan que ello vulnera la “Guía de Prácticas para el Abordaje Judicial de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas o testigos de violencia, abuso sexual y otros delitos”, elaborada por la UNICEF, como así también el “Protocolo indicativo para recibir el testimonio del niño abusado”, elaborado en 2005 por la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

En función de tales agravios corresponde analizar las actuaciones penales donde habrían ocurrido los hechos lesivos que denuncian.

Surge allí que la primera vez que las niñas fueron entrevistadas fue en el marco de la investigación a cargo de la Fiscalía de Instrucción interviniente. Allí, en fecha 22 de septiembre de 2015, las niñas V. (de 13 años) y S. (de 11 años) fueron escuchadas con la modalidad de Cámara Gesell. Lo atinente al modo en que fue realizada esta audiencia no se encuentra discutido ni es objeto de crítica por las accionantes.

Los agravios se circunscriben a la segunda entrevista, que se realizó en fecha 28 de junio de 2016, también mediante Cámara Gesell. Aquí es donde las actoras entienden que se produjo la revictimización que denuncian, por lo que resulta necesario detenerme en su análisis.

En primer lugar, aunque ello resulte obvio, es necesario destacar que los jueces no estuvieron presentes en ambas entrevistas, en razón de la instancia en la cual

se llevaron a cabo: la primera ante el Fiscal de Instrucción y la segunda, ya en la etapa de debate, ante los miembros integrantes de la Cámara del Crimen aquí demandados.

Con ello, no puede resultar motivo de reproche alguno, la autorización por parte de los magistrados intervinientes de prueba que estimaron necesaria para el adecuado juzgamiento del caso, lo que puede ordenarse tanto en primera como en segunda instancia (arts. 206, 366, 367, 368, 394, 396, 403, 416 y cc del CPC, Ley 6730).

Aún más, el art. 403 CPP autoriza al Tribunal de Juicio a recibir nuevos medios de prueba si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad sobre los extremos de la imputación delictiva, lo que deja en evidencia que los magistrados intervinientes actuaron en el adecuado ejercicio de sus funciones y dentro de los límites que la misma ley establece en forma expresa.

Respecto a esto último, resulta necesario detenerme a analizar si una nueva entrevista a las niñas resultaba necesaria o útil para esclarecer la verdad sobre los hechos investigados.

Al respecto, surge del auto de fecha 28/06/2016 que el Fiscal de Cámara solicitó la incorporación de las declaraciones realizadas en primera instancia, precisamente a fin de evitar la “revictimización” de las niñas. No obstante, ante la oposición de la defensa del imputado, el Fiscal propone incorporar tales declaraciones y realizar una entrevista psicológica complementaria en Cámara Gesell por intermedio de profesionales del EPAASI. Ello fue admitido por el Tribunal, disponiendo en forma expresa que a los fines de garantizar el pleno ejercicio de la defensa, se practicara una entrevista psicológica en Cámara Gesell “dando oportunidad a la defensa de ejercer sus derechos en cuanto sea necesario pedir ampliaciones o averiguar circunstancias no tenidas en cuenta en la realizada durante la investigación penal preparatoria”. Vale aclarar -y ello resulta relevante para la resolución del caso ahora analizado- que ese auto fue consentido por la parte querellante particular, presente en el acto, representada por los mismos abogados en la presente acción.

Se advierte así que los magistrados autorizaron la realización de una nueva entrevista pero con carácter complementario y limitada, expresamente, a aquellas circunstancias no relatadas o advertidas en la primera. Ello impide sostener, en principio, la existencia de revictimización -entendida ésta como reedición de lo vivido -, por cuanto lo ordenado y establecido fue que la entrevista tuviera por objeto ampliar o averiguar hechos no tenidos en cuenta en la realizada durante la investigación penal preparatoria.

Compulsada la videograbación de dicha entrevista, si bien V. relata nuevamente muchos de los hechos sufridos y sus circunstancias, el profesional actuante, Dr. Habijan, le explica que todas las preguntas que se le realizan no obedecen al hecho de no creerle, sino motivadas por una necesidad de entenderla mejor. Tanto es así que esa segunda entrevista fue decisiva. La lectura de la sentencia de Cámara muestra con notoriedad la importancia que tuvo esta declaración en la condena dispuesta.

Conforme tales circunstancias, considero que la actuación de los demandados al momento de autorizar la segunda declaración de las niñas, no vulneró las pautas o estándares internacionales que han sido establecidos para este tipo de casos a los fines de proteger a las víctimas al momento de prestar declaración. Así, la participación de las niñas al momento de declarar era absolutamente necesaria, por cuanto su manifestación era la única prueba directa de los hechos discutidos. Se advierte también que al momento de declarar lo hicieron ante profesionales especializados en el abordaje de abusos sexuales infantiles, jamás fueron interrogadas en forma directa por los magistrados o las partes ni sus abogados, la declaración se prestó en un ambiente cómodo y seguro, preparado específicamente a tal fin y todo quedó adecuadamente registrado en video grabaciones.

Conteste con lo expuesto resulta el testimonio rendido en autos por la Licenciada Riveros (fs. 346/348), quien participó en las entrevistas realizadas a las menores. Declara la testigo que V., en la segunda Cámara Gesell, venía nuevamente a contar su vivencia ya que no quería que el agresor quedara en libertad. Agrega que la posición de la niña era de una participación activa en la búsqueda de justicia. Refiere también que “no resulta lo mismo que se le diga desde afuera que está allí nuevamente porque no se le cree, a que se le transmita la importancia de escucharla nuevamente, de la importancia de su voz, de sus palabras. Justamente una voz que por sus características, de sus vivencias, ha sido silenciada por muchos años y es darle lugar a la posibilidad de escuchar y escucharse, ser escuchada”.

La misma testigo responde que “no necesariamente ocurre una vivencia de revictimización por participar nuevamente de una entrevista psicológica...lo que se evidenció en dicha instancia de Cámara Gesell retomando la posición activa que se evidenció que asumió V. es posible pensar que dicha instancia no haya sido vivida de manera victimizante”.

Por su parte, el Dr. Habijan, médico psiquiatra partícipe en la Cámara Gesell, también declara en esta instancia (fs. 394/395). Señala que “un niño que ha sido víctima de abuso el mayor daño ha sido causado por dicho evento y justamente las instancias de develación son más bien consideradas parte del proceso de alivio...”. Agrega que “no debería configurar en ningún caso un proceso revictimizante por el solo

hecho de la duplicación” y si un niño ha develado una situación traumática “el único instrumento que tiene es la expresión, es brindar el relato”.

Tales declaraciones, provenientes de profesionales especializados en la temática y que conforman el material probatorio rendido en autos, restan entidad autónoma a la revictimización planteada como configurativa del daño invocado. Del mismo modo, teniendo en cuenta la cercanía de los testigos con las víctimas en el caso concreto, su testimonio adquiere mayor valor frente al informe genérico obrante a fs. 436/437, proveniente de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, en cuanto sostiene, de un modo abstracto y sin contemplar las particularidades de la causa, que la repetición de Cámara Gesell genera en la víctima el sentimiento de que no se le creyó en su exposición o no fue claro lo vertido, produciendo un sentimiento de baja autoestima y generando una revictimización.

Asimismo, no puedo soslayar en este análisis que al momento de ordenarse la segunda entrevista se encontraba también presente la Sra. Asesora de Menores interviniente en esa oportunidad, Dra. Gamero, en defensa de los derechos e intereses de las niñas. Al declarar en esta Sede, a fs. 412/413, recuerda la Sra. Asesora que la víctima adolescente sabía claramente el motivo de la segunda citación al responder “para que no quedaran dudas ni vacíos y para que su padre (victimario) no fuera liberado o fuera preso”. Refiere también que la niña se expresó con serenidad, mostrándose de acuerdo en colaborar a este fin. Recuerda asimismo la Asesora que la declaración testimonial fue tranquila, mucho más clara y precisa que la de la instrucción, recordando situaciones que no se habían expuesto en la primera. Agrega que ninguno de los presentes fue insidioso de ninguna manera en las preguntas, quedándole la sensación de que el Tribunal y el Fiscal quedaron convencidos con su exposición y también la propia víctima.

Los elementos probatorios referidos me impiden advertir el yerro judicial denunciado. Los jueces intervinientes ordenaron la realización de una audiencia complementaria de la anterior por considerarla necesaria y esencial para la resolución de la causa. La misma fue delimitada en su contenido y realizada por los profesionales especializados en la materia en ese momento -un psiquiatra y una psicóloga del EPAASI-, en presencia de la Sra. Asesora de Menores, con el consentimiento de la parte querellante y, esencialmente, de la niña víctima de los hechos que se mostró dispuesta a colaborar a los fines de obtener una condena justa contra el agresor.

Finalmente, resulta inviable la alegación de la parte actora en cuanto considera que ha sido víctima de violencia institucional conforme lo dispuesto por el art. 6 de la Ley 26.485. Realmente no advierto cómo puede considerarse que existió retardo u obstaculización del acceso a sus derechos en razón del género femenino, si de

la simple compulsa de la causa y de la sentencia finalmente dictada, se deduce que las agraviadas obtuvieron justicia contra el autor material de los hechos.

Es cierto que entre los objetivos principales que se buscan en los distintos instrumentos internacionales que regulan el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad -entre ellas, niños y niñas víctimas o testigos de delitos- se destaca el de optimizar las oportunidades para obtener pruebas válidas, confiables y de calidad adecuada durante la investigación. Por ello, se recomienda escuchar su testimonio de acuerdo con buenas prácticas (Guía de Buenas Prácticas para el Abordaje Integral y el Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes Víctimas o Testigos de Violencia Sexual, elaboradas por Unicef, primera edición 2013, pág. 14, vigente a la fecha de los hechos, <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r31457.pdf>). Esencialmente, el principio general que debe ser respetado y garantizado en todo sistema relacionado con la investigación de estos delitos es la protección y el bienestar de los niños y niñas durante todo el proceso. Ello incluye el deber de evitar la revictimización, lo que implica limitar al mínimo la cantidad de entrevistas e intervenciones (Guía citada, pág. 15).

No obstante, en la Guía que vengo reseñando, en modo alguno se prohíbe una nueva entrevista adicional durante el juicio oral. Por el contrario, ella es posible en algunos supuestos, entre ellos, “si la defensa lo solicita porque hubo temas que no fueron cubiertos en la entrevista, basados en nueva información significativa y razonable que emerge de otros testimonios o fuentes” (Guía citada, pág. 71), hipótesis que se configuró en autos y que en tales términos fue ordenada por el Tribunal interviniente, limitando su contenido para “pedir ampliaciones o averiguar circunstancias no tenidas en cuenta en la realizada durante la investigación penal preparatoria” (auto de fecha 28/06/2016).

Los magistrados intervinientes respetaron tales pautas. Tal como señalé en forma precedente, la declaración de las niñas era absolutamente necesaria, por cuanto era la única prueba directa de los hechos discutidos. Asimismo, cuando declararon lo hicieron ante profesionales especializados en el abordaje de abusos sexuales infantiles, como lo exige la referida Guía (pág. 16), jamás fueron interrogadas en forma directa por los magistrados o las partes ni sus abogados, la declaración se prestó en un ambiente cómodo y seguro, preparado específicamente a tal fin y todo quedó adecuadamente registrado en video grabaciones.

Y, si bien la realización de una segunda audiencia debe, como pauta general, intentar evitarse, lo cierto es que su realización no se encuentra prohibida, sino desaconsejada y su requerimiento debe encontrarse debidamente justificado en el caso concreto, autorizada expresamente y sólo debe ser entendida como adicional a la ya realizada, todo lo cual se constata en el sublite.

A lo referido, debe sumarse, tal como se destacó precedentemente, que la representante de la parte querellante en aquel proceso penal -hoy representante de las actoras en las presentes actuaciones civiles- si bien se había opuesto en un primer momento a la realización de la nueva entrevista dispuesta por el Tribunal, no cuestionó luego la resolución jurisdiccional que la ordenó, lo que implicó, en definitiva, un consentimiento a su producción.

Las circunstancias referidas me convencen de la improcedencia de la acción interpuesta. En el caso no ha existido mal desempeño por parte de los magistrados demandados en el ejercicio de sus funciones, como tampoco advierto que el aparato judicial haya ejercido violencia de género contra las actoras que amerite condena alguna.

Por lo que, si mi voto resulta compartido por mis distinguidos colegas de Sala, propicio el rechazo de la demanda interpuesta en todos sus términos.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN LA DRA. MARÍA TERESA DAY, EN DISIDENCIA, DIJO:

Que me permito disentir con mi distinguido colega preopinante respecto a la solución a la cual han arribado, por cuanto entiendo que la cuestión que ha sido llamada a resolver por este Tribunal debe decidirse por la afirmativa y, en función de ello, debe hacerse lugar a la demanda de daños y perjuicios interpuesta por las jóvenes V.B. y S.V.D.C., en contra de quienes fueran integrantes de la Segunda Cámara en lo Criminal de la Ciudad de Mendoza -doctores José Virgilio Valerio, Arlington Roberto Uliarte y Ramón Ariel Spektor- y en contra del Gobierno de la Provincia de Mendoza, por el daño extrapatrimonial que sufrieron como consecuencia de haber sido sometidas por segunda vez a una audiencia en Cámara Gesell para que relaten cómo su padre biológico abusó de ellas.

Previo a ingresar a explicar las razones de mi decisión, resulta oportuno aclarar que coincido con quien me precede en el orden de estudio de la presente causa, respecto a la falta de legitimación activa de la Sra. V.C., madre de las jóvenes, por los mismos motivos que allí se analizan. Del mismo modo, entiendo innecesario reiterar los argumentos desarrollados en torno a la responsabilidad del Estado por error judicial y a la responsabilidad de los magistrados por el mal desempeño de sus funciones, a los que me remito y doy por reproducidos en honor a la brevedad, en tanto responden a lo dispuesto en la ley vigente y a lo sostenido en jurisprudencia reiterada de este Tribunal y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Aclarado lo expuesto, mi discrepancia se centra en la aplicación de las pautas generales de responsabilidad civil de los magistrados al caso concreto, en tanto

advierto que el voto que me precede ha soslayado el análisis de las normas nacionales e internacionales que exigen al sistema judicial la adopción de medidas de protección especiales a los fines de evitar la revictimización de quienes sufren delitos como el que aquí nos ocupa. Dicha ausencia de toda medida de protección respecto a las jóvenes actoras implicó en los hechos una revictimización por parte del órgano judicial que compromete indefectiblemente la responsabilidad de quienes así lo permitieron.

Explicaré las razones de mi decisión:

a) La revictimización y las medidas de protección a adoptarse:

Cabe señalar, en primer lugar, que los abusos sexuales constituyen un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. De tal manera, dada la naturaleza de esta forma de violencia, no es dable esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho en el proceso penal (Corte IDH, Caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, sentencia del 30 de agosto de 2010, párr. 100).

De acuerdo con ello, en todas las fases de un procedimiento penal, debe procurarse la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquéllas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida (Reglas de Brasilia, adoptadas por esta Suprema Corte de Justicia por Acordada 24.023, regla 12).

En segundo lugar, es necesario considerar, al momento del abordaje de los procesos judiciales vinculados con esos hechos, las especiales condiciones de vulnerabilidad que pueden atravesar aquellas víctimas. En este sentido, la vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. A estos efectos, son especialmente vulnerables las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, sólo por señalar algunos supuestos (Reglas de Brasilia, regla 11).

En tercer lugar, en función de las particularidades de este tipo de delitos, debe señalarse que es deber de todos los órganos de los Estados evitar que el daño sufrido por la víctima del delito (victimización primaria) no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria)

(Reglas de Brasilia, regla 12). Dicho de otro modo: en casos de alegada violencia sexual, en la investigación y juzgamiento de estos hechos debe evitarse la revictimización o reexperimentación de la experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido (Corte IDH, Caso *Fernández Ortega*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010, párr. 196). De tal modo, todos los esfuerzos del Estado deben estar dirigidos a evitar o mitigar los daños derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia que impliquen una nueva victimización. Por lo tanto, no resulta razonable exigir que las víctimas de violencia sexual deban reiterar en cada una de sus declaraciones o cada vez que se dirijan a las autoridades los mencionados maltratos de naturaleza sexual (Corte IDH, Caso *J. vs. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 27 de noviembre de 2013, párr. 351).

En este orden, y en relación con los casos de mujeres víctimas de violencia, debe tenerse presente que el anexo del Decreto 1011/2010, al momento de reglamentar el art 3, inc. k de la Ley 26.485 establece que: “*Se entiende por revictimización, el sometimiento de la mujer agredida a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias, como así también a realizar declaraciones reiteradas, responder sobre cuestiones referidas a sus antecedentes o conductas no vinculadas al hecho denunciado y que excedan el ejercicio del derecho de defensa de parte; a tener que acreditar extremos no previstos normativamente, ser objeto de exámenes médicos repetidos, superfluos o excesivos y a toda práctica, proceso, medida, acto u omisión que implique un trato inadecuado, sea en el ámbito policial, judicial, de la salud o cualquier otro*”.

En cuarto lugar, debe destacarse que cuando se trata de niños, niñas y adolescentes víctimas de abusos sexuales aparece un *deber reforzado* de evitación de la revictimización. Esto, por su doble condición de vulnerabilidad: por un lado, por su edad; por el otro, por el tipo de agresión que se denuncia. Por esta razón, la Corte IDH, ha referido que, en los casos de abusos sexuales contra niños, niñas o adolescentes, los Estados deben adoptar *medidas particularizadas y especiales* según el art. 19 de la CADH, sobre todo en supuestos de violencia sexual (Corte IDH, Caso *V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*, 08/03/2018, párr. 155).

En estos casos nos encontramos con una víctima sumamente vulnerable que exige un plus que intensifica el deber reforzado de evitación de revictimización antes referido.

Es por ello, que el ordenamiento procesal penal local tiene previsto, específicamente un dispositivo que permite recibir la declaración de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos para, por un lado, resguardar de la mejor manera posible las condiciones en que se recibe su declaración y, por el otro, evitar que esa declaración deba realizarse durante el juicio. De este modo, se procura evitar que a, las graves consecuencias físicas, psicológicas y emocionales causadas por el hecho violatorio de sus derechos, particularmente de su integridad sexual, se sume una nueva victimización de aquellos niños, niñas y adolescentes a manos de los órganos del Estado a través de su participación en un proceso penal cuya función es, justamente, la protección de sus derechos.

Así, deben limitarse las diligencias y actuaciones a aquellos supuestos en donde la participación de niños, niñas y adolescentes se estime estrictamente necesaria y, además, debe evitarse concebir participación sólo en términos de prueba. Para ello, es necesario que se brinde a la niña, niño o adolescente, desde el inicio del proceso y durante todo el transcurso del mismo, la información relativa a su procedimiento, así como sobre los servicios de asistencia jurídica, de salud y demás medidas de protección disponibles (Corte IDH, Caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, sentencia del 8 de marzo de 2018, párr. 160).

A partir de lo expuesto, y en función de los estándares que surgen de la Corte IDH (Corte IDH, Caso *Favela Nova Brasilia vs. Brasil*, sentencia de 16 de febrero de 2017, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 254; Caso *Rosendo Cantú Vs. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 254; Caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, sentencia del 8 de marzo de 2018, párr. 168; Caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, sentencia del 30 de agosto de 2010 30/08/2010 párrs. 194, 251 y 252; entre otros), puede señalarse que en una investigación penal por violencia sexual en donde la víctima es una niña, niño o adolescente, es necesario que:

i) la declaración se realice en un ambiente cómodo y seguro -no intimidatorio y hostil-, que le brinde privacidad y confianza;

ii) la entrevista sea llevada a cabo por un psicólogo especializado o un profesional de disciplinas afines debidamente capacitado en la toma de este tipo de declaraciones, no pudiendo ser interrogada en forma directa por el tribunal o las partes;

iii) la declaración se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición -por ejemplo, videograbación-. De tal manera, la víctima no debe ser interrogada en más ocasiones que las estrictamente necesarias, atendiendo a su interés superior, para evitar la revictimización o un impacto traumático;

iv) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación;

v) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del género que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea.

En el mismo sentido expuesto, y sobre los mismos estándares se expide la Guía de Buenas Prácticas para el Abordaje Integral y el Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes Víctimas o Testigos de Violencia Sexual (elaborada por Unicef, primera edición 2013, vigente a la fecha de los hechos, <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r31457.pdf>). Específicamente, sobre el deber de evitación de la revictimización de los niños, niñas y adolescentes, allí se señala, en forma expresa, que debe *limitarse al mínimo* toda injerencia en su vida privada y la cantidad de intervenciones a las que sean expuestos, de tal modo de asegurar que no se realicen intervenciones innecesarias. Para ello, es fundamental que, por un lado, se realice la videograbación de la entrevista por una profesional específicamente capacitada asegurando que dicho registro sea utilizado en las distintas instancias y etapas del proceso judicial y, por el otro, que se realice un único examen pericial físico exclusivamente en aquellos casos en que sea estrictamente necesario (ver, al respecto, la guía citada, pág. 15).

En sentido coincidente con el lineamiento expuesto, también en la jurisprudencia extranjera encontramos precedentes sobre el deber de evitar la reiteración de declaraciones de niños, niñas y adolescentes. En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha referido que: “*En el caso del testimonio de los menores de edad que*

han sido víctimas de un delito contra la libertad sexual, la causa legítima que justifica la pretensión de impedir, limitar o modular su presencia en el juicio oral para someterse al interrogatorio personal de la acusación y la defensa, tiene que ver tanto con la naturaleza del delito investigado (que puede reclamar una mayor garantía de su intimidad) como con la necesidad de preservar su estabilidad emocional y normal desarrollo personal. En cualquiera de los numerosos pronunciamientos en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado la conformidad al Convenio de las medidas de protección de la víctima adoptadas durante el desarrollo de los procesos penales, ha reconocido que frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como «una auténtica ordalía»; no se trata sólo de la obligación jurídica de rememorar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin, es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento. Tales circunstancias se acentúan cuando la víctima es menor de edad (SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso P.S. contra Alemania; 2 de julio de 2002, caso S.N. contra Suecia; 10 de noviembre de 2005, caso Bocos-Cuesta contra Holanda; 24 de abril de 2007, caso W. contra Finlandia; 10 de mayo de 2007, caso A.H. contra Finlandia; 27 de enero de 2009, caso A.L. contra Finlandia; 7 de julio de 2009, caso D. contra Finlandia; o, finalmente, la más reciente de 28 de septiembre de 2010, caso A.S. contra Finlandia). En definitiva, en estos supuestos, cuando la víctima es menor de edad, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada; mas tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral” (TC SS 174/2011, sentencia del 7 noviembre de 2011; en el mismo sentido, SS 57/2013, del 11 de marzo de 2013).

Por otra parte, debo señalar que la posición de la Corte IDH sobre la cuestión, así como la de UNICEF antes referida, no resulta ajena a la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia. En este orden, debe señalarse que la entonces Sala Segunda ha referido que la declaración de niños y niñas realizada a través de Cámara Gesell debe caracterizarse como *sui generis*, en el sentido que, si bien materialmente no es un acto irreproducible ni definitivo, no es aconsejable que la víctima sea entrevistada

sobre el mismo hecho en varias oportunidades. Ello, porque en cada relato vivencia nuevamente la situación angustiante provocada por la agresión sexual, que dificulta la recuperación terapéutica (SCJM, Sala Segunda, “*Biscontín Tobares*”, sentencia del 2 de marzo de 2017; en el mismo sentido, y más recientemente, ver “*Barrozo*”, sentencia del 10 de octubre de 2024).

En definitiva, cuando se trata de denuncias de agresiones sexuales en contra de niños, niñas y adolescentes debe evitarse todo tipo de revictimización para ellas, particularmente aquella que deriva de reiteraciones en su declaración. Sólo en algunos casos excepcionales, debidamente justificados, es posible habilitar una entrevista adicional. Por ejemplo, cuando el niño, niña o adolescente indica a alguien que tiene información nueva significativa que anteriormente no fue expuesta en la entrevista de declaración testimonial o cuando la psicóloga a cargo de la entrevista determina la conveniencia de continuar la entrevista en otro momento. En estas circunstancias puede ser necesaria una entrevista complementaria, que también debe ser videograbada. Sin embargo, este requerimiento debe, como se dijo, ser *debidamente justificado*, por escrito, y debe contar con el consentimiento de las psicólogas a cargo, quienes deben dictaminar sobre la posible afectación en la salud del niño, niña o adolescente que podría producir una nueva entrevista. A la vez, también debe tenerse en cuenta en todo momento que una nueva entrevista sólo debe ser entendida como adicional a la ya realizada, por lo que esta no debe ser desechada y las cuestiones que se trataron en la entrevista anterior no deben ser interrogadas nuevamente (ver, al respecto, Guía de Buenas Prácticas para el Abordaje Integral y el Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes Víctimas o Testigos de Violencia Sexual, UNICEF, 2013, pág. 62).

Las pautas hasta aquí expuestas constituirán el marco teórico normativo dentro del cual corresponde analizar la responsabilidad de los demandados y las particularidades que el caso presenta, cuestión a la cual me abocaré a continuación.

b) Aplicación de estas pautas al caso concreto.

Teniendo en cuenta lo expuesto respecto a la necesaria protección de las víctimas de abuso sexual a los fines de evitar su revictimización, entiendo que la demanda interpuesta debe ser acogida.

Tal como consta en las actuaciones penales y como lo relata el voto preopinante, la primera vez que las niñas fueron entrevistadas fue en fecha 22 de setiembre de 2015, en el marco de la investigación a cargo de la Fiscalía de Instrucción interviniente, donde fueron escuchadas con la modalidad de Cámara Gesell. Es cierto también que lo atinente al modo en que fue realizada esta audiencia no se encuentra discutido ni es objeto de crítica por las accionantes.

Las actoras ubican el origen del daño que reclaman en la segunda entrevista, que se realizó en fecha 28 de junio de 2016, también mediante Cámara Gesell. Señalan que la realización de esa segunda audiencia implicó una revictimización por parte del aparato judicial y los miembros que lo representan, en franca vulneración a lo dispuesto por la “Guía de Prácticas para el Abordaje Judicial de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas o testigos de violencia, abuso sexual y otros delitos”, elaborada por la UNICEF en el año 2013, como así también el “Protocolo indicativo para recibir el testimonio del niño abusado”, elaborado en 2005 por la Federación Argentina de Colegio de Abogados.

Tal como anticipé, entiendo que les asiste razón y que la responsabilidad de los demandados se constata en dos oportunidades procesales específicas que voy a analizar en forma detallada:

b. 1) Responsabilidad de los demandados por autorizar una segunda audiencia:

La primera oportunidad en la cual se advierte el mal desempeño en las funciones ejercidas por los demandados ubica en el acto de autorizar la realización de una segunda audiencia a las niñas víctimas de delito sexual, sin que existiera justificación adecuada alguna para ello.

En efecto, surge de las actuaciones penales, conforme se lee en el auto de fecha 28/06/2016, que el entonces Fiscal de la Cámara del Crimen solicitó la incorporación de las declaraciones de las niñas realizadas en primera instancia, precisamente a fin de evitar la “revictimización” de las mismas.

Sin embargo, la defensa del imputado se opuso -aunque no consten por escrito las razones y aún cuando participó en la entrevista anterior- y solicitó que se tome una nueva declaración. Frente a dicho pedido, el Fiscal de Cámara propuso entonces incorporar tales declaraciones y realizar una entrevista psicológica complementaria en Cámara Gesell por intermedio de profesionales del EPAASI. Por su parte, los representantes de la querella se opusieron en forma expresa a una nueva entrevista.

Dicho planteo fue resuelto por los magistrados demandados. Lejos de priorizar el interés superior de las niñas víctimas del delito investigado, decidieron en esa oportunidad permitir la realización de una nueva entrevista, argumentando para ello la necesidad de “garantizar el pleno ejercicio de la defensa”.

Como señalé en forma precedente, entiendo que esta decisión de los magistrados demandados importó un claro descuido de las niñas aquí involucradas, generador del daño que invocan.

En primer lugar, por cuanto las razones por las cuales la defensa solicitó una nueva entrevista ni siquiera fueron plasmadas en el auto dictado. De tal modo, resulta imposible analizar su razonabilidad por cuanto no es factible saber si acaso se invocó alguna razón válida para someter a las niñas a un nuevo interrogatorio. La manifestación genérica de “garantizar el pleno ejercicio de la defensa” no respeta en modo alguno las directivas que a nivel internacional se han formulado a modo de buenas prácticas para el abordaje de niños víctimas de delitos sexuales.

En segundo lugar, atento a que la primera declaración resultaba notoriamente suficiente a los fines de esclarecer el hecho investigado y fue realizada en presencia del defensor del imputado, lo que garantizó adecuadamente su derecho de defensa. Conforme el desgrabado que obra en el expediente penal N° P-58.001/15 (fs. 187), oportunidad incluso en la cual la joven V. manifiesta “que ya ha hablado muchas veces del tema”. se lee que, en forma extensa, se le pregunta a la víctima por los hechos, el lugar en que ocurrieron, cómo se perpetró el delito, todos los detalles del mismo y sus circunstancias. Incluso se deja constancia al finalizar el acto que se cede la palabra a la parte defensora, quien manifestó que no deseaba formular preguntas.

Pese a la claridad de la primera declaración y la presencia del defensor del imputado en el acto manifestando que no deseaba agregar preguntas, los demandados ordenan la realización de una segunda entrevista sin fundamentación alguna.

Aún más, los demandados tampoco oyeron la advertencia del Fiscal de Cámara respecto a la necesidad de evitar una revictimización de las niñas y del mismo modo, desecharon la oposición de la querella que representaba los intereses de las menores.

El deber de los magistrados intervinientes era, esencialmente, proteger el interés superior de las niñas. Lejos de ello, decidieron acoger y priorizar la petición de la defensa del imputado, que sin razones fundadas y alegando en forma genérica la vulneración de su derecho de defensa, sólo pretendía una nueva declaración de las menores, absolutamente innecesaria.

Ahora bien, vale aclarar a lo expuesto que en el mismo auto que vengo analizando, el Tribunal dispuso que se practique una nueva entrevista psicológica en Cámara Gesell “dando oportunidad a la defensa de ejercer sus derechos en cuanto sea necesario pedir ampliaciones o averiguar circunstancias no tenidas en cuenta en la realizada durante la investigación penal preparatoria”.

Es decir, la orden de los demandados fue permitir una segunda entrevista sólo para pedir ampliaciones o averiguar nuevos hechos o circunstancias.

Ello, en principio y de haber sido respetado, podría resultar morigerante o atenuante de su responsabilidad. Si bien en el caso la nueva entrevista resultaba innecesaria y no se otorgaron razones fundadas por las cuales se ordenó su realización, lo cierto es que si la misma hubiese estado destinada a averiguar nuevas circunstancias podría haberse encontrado justificada su producción en función de ello.

No obstante, ello tampoco fue cumplido ni respetado por el mismo Tribunal que así lo ordenó y aquí es donde considero configurada gravemente la responsabilidad de los magistrados en esta segunda etapa u oportunidad procesal, conforme analizaré a continuación.

b.2) Responsabilidad de los demandados por el desarrollo de la segunda audiencia

La escucha de la segunda audiencia realizada en presencia de los magistrados demandados, pone en evidencia su responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, frente a la notoria desprotección que sufrieron las niñas en dicho acto.

En dicha audiencia se advierte que lejos de indagar sobre nuevas circunstancias, conforme fuera ordenado en el auto de fecha 28/06/2016, el profesional actuante, con el consentimiento de los magistrados allí presentes, se limitó a reiterar las mismas preguntas que se hicieron en la primera.

En efecto, el profesional a cargo del interrogatorio comenzó preguntando a las niñas que relataran como sucedieron los hechos. Les interrogó por los detalles de lo ocurrido, el horario en que sucedía, el lugar, cuándo y cómo se perpetró por primera vez, todos hechos y circunstancias que ya habían sido narradas por las niñas en la primera oportunidad. No se realizó ninguna ampliación ni averiguación de hechos nuevos. Por el contrario, las preguntas fueron dirigidas a interpelar respecto a las mismas cuestiones ya relatadas por las niñas.

De un modo textual, el profesional le dice a V. “como si fuera la primera vez, suponiendo que Andrea (la psicóloga allí presente) y yo nunca vimos nada, no sabemos nada de esto, en breves palabras traté de contarnos cómo empezó esto, qué fue

lo que pasó”. Claramente se advierte que la nueva Cámara Gesell no tuvo por fin averiguar circunstancias no tenidas en cuenta en la realizada durante la investigación penal. Las preguntas fueron dirigidas a obtener de las menores una mera y simple reiteración de lo ya expuesto, sin advertir ni reparar en la angustia que ello podía ocasionarles al enfrentarse nuevamente con los hechos vividos.

Se continuó interrogando a V. sobre lo ocurrido, sobre lo que le hizo su papá, sobre si alguien le había pedido que mienta o exagere algo. Ni siquiera la angustia evidente de la joven V. al declarar -muy afligida y en constante estado de llanto durante toda la entrevista- alertó a los adultos intervinientes respecto a la innecesariedad de hacerla atravesar nuevamente por esos recuerdos dolorosos.

En cuanto a S., las preguntas formuladas se limitaron a cuestionarla sobre ¿qué pasó con el papá?, ¿cómo lo sabés?, ¿vos lo viste? ¿a dónde hacían lo que vos sabías? ¿dónde estabas vos? ¿podés contar lo que vos realmente viste?. De la atenta escucha de dicha audiencia no encontré una sola pregunta dirigida a ampliar o averiguar hechos nuevos. Todo fue una mera reedición de la ya preguntado y respondido.

Es aquí donde debo detenerme a analizar la conducta de los demandados. ¿Cómo es posible que hubiesen consentido pasivamente la reiteración de preguntas tan impertinentes, dolorosas, angustiantes y absolutamente innecesarias respecto de dos niñas?. No logra comprenderse cómo fue posible que se mantuvieran incólumes detrás de un lado del vidrio mientras un nuevo daño, una nueva revictimización, estaba perpetrándose del otro lado del mismo.

No puede soslayarse en este análisis el rol que le cabe al juez en el proceso, aún más si los derechos de niños, niñas y adolescentes se encuentran comprometidos. El juez es el verdadero director del proceso, “debe ser un conductor, un director del trámite; él debe saber desde dónde se parte en el proceso y a dónde se debe llegar. También es guardián de las formas procesales y de la legislación de fondo, a la que debe ceñirse” (LÓPEZ MESA Marcelo, “El juez en el proceso, deberes y máximas de experiencia”, LA LEY 12/06/2012, 1 - LA LEY 2012-C,1269, TR LALEY AR/DOC/2506/2012).

Así como el juez tiene el deber de sancionar la conducta temeraria o maliciosa de las partes en el proceso, del mismo modo no puede permitir impávidamente que se consumen atentados a la moralidad, a la honra, a la buena fe ante sus ojos, sin adoptar medida alguna correctiva (LÓPEZ MESA Marcelo, ob. cit.). Estos deberes se intensifican en casos como el presente, cuando claramente se advierte la conculcación de los derechos de las niñas víctimas y denunciantes durante el desarrollo de una audiencia, frente a la pasividad absoluta de los magistrados allí presentes.

A lo expuesto cabe agregar que esta segunda entrevista fue tan innecesaria que el mismo profesional Dr. Habijan -presente en ambas audiencias- al declarar en el debate remarca que V. pone de manifiesto los mismos hechos y que es coherente en ambas entrevistas. Me pregunto al respecto, ¿es que acaso su coherencia estaba siendo cuestionada? Excepto que se estuviese dudando de la verosimilitud de su relato, resulta de notoria obviedad que la joven pusiera de manifiesto los mismos hechos por cuanto las preguntas se reiteraron, nada nuevo se interrogó y ninguna circunstancia nueva trató de investigarse o ampliarse.

Tal como lo exponen en el escrito de demanda, las jóvenes sintieron que el Tribunal no les creyó en la primera oportunidad y ello resulta conteste con el hecho de que las mismas preguntas se les repitieran inútilmente en una segunda audiencia. La psicóloga tratante de las niñas informa respecto a V. que “No sólo que se sintió violentada y exigida con la primera experiencia sino, al volver a repetir todas las preguntas y situación, por segunda vez, lo vive como que no se le cree que los adultos esperan que ella cambie las respuestas y que nadie considera el dolor, vergüenza y traición que vuelve a sentir ante esta prueba” (fs. 26, informe Lic. Vilma Jilek, de fecha 17/10/2016).

De lo expuesto se constata que la falta de cuidado y protección que sufrieron las actoras por parte del órgano judicial compromete la responsabilidad del Estado y la de los magistrados intervinientes. La negligencia con la que actuaron los demandados resulta evidente y compromete su responsabilidad. No sólo ordenaron la realización de una segunda entrevista -absolutamente innecesaria- sino que consintieron que en la misma se repreguntara a las víctimas menores de edad, respecto a los mismos hechos y del mismo modo en el que declararon en la primera oportunidad. Ello, en franca violación a la normativa nacional e internacional vigente ya citada que impone al órgano judicial el deber de proteger a las víctimas de delitos sexuales y, específicamente, el deber de no obligarlas a reiterar sus declaraciones si ello no resulta estrictamente esencial.

La Guía de Prácticas para el Abordaje Integral y el Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes Víctimas o Testigos de Violencia Sexual, a la que me he referido en el acápite anterior, es clara al afirmar que debe limitarse al mínimo toda injerencia en la vida privada de los niños, niñas y adolescentes, como así también la cantidad de intervenciones a las que sean expuestos. Agrega dicha guía que sólo en algunos casos excepcionales, debidamente justificados, es posible habilitar una entrevista adicional -por ejemplo cuando el niño o niña indica que tiene información nueva o cuando la psicóloga a cargo de la entrevista determina la conveniencia de continuarla en otro momento-. En tales circunstancias, en forma previa a la segunda audiencia, debe contarse con el consentimiento de las psicólogas a cargo, quienes deben dictaminar sobre la posible afectación en la salud del niño, niña o adolescente que

podría producir una nueva entrevista. (Guía de Buenas Prácticas para el Abordaje Integral y el Acceso a la Justicia de Niñas, Niños y Adolescentes Víctimas o Testigos de Violencia Sexual, UNICEF, 2013, pág. 62).

Dichas circunstancias no se dieron en el supuesto de autos. Ninguna de las hipótesis de excepción ocurrieron en el caso y, aún peor, ningún profesional dictaminó en forma previa a la segunda entrevista respecto al daño que ésta podría provocarle a las actoras denunciantes. Una vez más el destrato y la indiferencia por parte de los operadores intervinientes.

Conforme con lo expuesto, considero que la actuación de los demandados al momento de autorizar la segunda declaración de las niñas, vulneró todas las pautas o estándares internacionales mínimos fijados para proteger a las víctimas de delitos sexuales y evitar su revictimización. Sólo una vez deben ser citadas a declarar. Ese es el principio y regla general de protección de las víctimas que todos quienes intervienen en el proceso judicial deben tener muy presente. Una segunda entrevista debe ser evitada y si, muy excepcionalmente, ella resultara necesaria para averiguar nuevas circunstancias o en algunos casos particulares, no puede realizarse sin una previa evaluación por parte de profesionales especializados que valoren y analicen el daño que una nueva declaración podría ocasionar al niño, niña o adolescente. Y aunque resulte de notoria obviedad afirmarlo, en esa segunda oportunidad no pueden volver a preguntarse los hechos ya respondidos, sino que, en tanto complementaria de la anterior, debe estar dirigida a averiguar nuevas circunstancias o situaciones no indagadas previamente.

Tales pautas de cuidado y protección de las víctimas fueron incumplidas por los jueces demandados en este caso, tal como lo vengo señalando, ocasionando en las jóvenes un daño cierto y concreto, cuya reparación reclaman.

Resulta contundente en este análisis el informe presentado por la Dirección Nacional de Promoción y Protección Integral de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (fs. 436/437), en el cual, luego de reseñar los diversos instrumentos que a nivel internacional y nacional establecen estándares específicos en materia de abordaje de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual, concluye que “en relación a la repetición de Cámara Gesell en un niño/a víctima de abuso sexual con acceso carnal, se puede afirmar que la propuesta de la repetición de Cámara Gesell genera en la víctima el sentimiento de que no se le creyó su exposición, o no fue claro lo vertido. Produciendo un sentimiento de baja autoestima y generando una re victimización en la víctima”.

Agrega dicho informe que “la repetición del relato respecto de los acontecimientos ocurridos genera la reactualización de sentimientos penosos, de difícil elaboración. Llevando al niño/a a sentir depresión, culpa, desorientación. El infante en

su vulnerabilidad y su falta de recursos simbólicos propios del mundo adulto, por lo general, cree ser el culpable o causante de dicho delito. De este modo, se le suma al trauma original, una segunda instancia traumática. Sintiendo que no se le cree, o no fue claro con el difícil agregado de tener que atravesar nuevamente recuerdos penosos y humillantes que preferiría olvidar”.

Finalmente, no puedo soslayar al momento de resolver, la posición de la Sra. Asesora de Menores interviniente en estas actuaciones, quien al momento de dictaminar solicita el acogimiento de la demanda interpuesta (fs. 246/254 vta.). En forma contundente, y luego de reseñar todos los hechos en los cuales considera que fueron vulnerados los derechos de sus asistidas, remarca la responsabilidad de los demandados ante la falta de adopción de las medidas de protección que debían disponerse teniendo en cuenta la situación de vulnerabilidad en que se encontraban las niñas.

En virtud de todo lo expuesto, considero que la acción de daños y perjuicios interpuesta debe prosperar en tanto los magistrados demandados incurrieron en culpa grave o falta de probidad en el ejercicio de sus funciones, lo que compromete su responsabilidad personal (art. 228 CPCTM) y la responsabilidad concurrente del Estado, objetiva y directa, en tanto se encuentran acreditados los requisitos de la responsabilidad estatal por actividad o inactividad ilegítima (art. 3 Ley 26.944 de aplicación analógica al caso, en consonancia el art. 7 y 16 Ley 8968), específicamente, la imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal (inc. b).

Resta aclarar que lo relativo al daño reclamado, los rubros que lo componen y la extensión del resarcimiento debe ser abordado en la segunda cuestión a resolver, en caso de que en la primera se responda por mayoría de votos por la afirmativa.

Así voto.

Sobre la misma cuestión el Dr. PEDRO JORGE LLORENTE, adhiere al voto del Ministro preopinante, Dr. Julio Ramón Gómez.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ, DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que ha sido planteado para el eventual caso de resolverse afirmativamente la cuestión anterior.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARÍA TERESA DAY y PEDRO JORGE LLORENTE, adhiere al voto que antecede.

A LA TERCERA CUESTIÓN EL DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ, DIJO:

No obstante el rechazo de la demanda, entiendo que las costas por la misma que se rechaza deben imponerse en el orden causado.

Propicio esta solución teniendo en consideración la minoría de edad de las actoras, tanto al momento de ocurrencia de los hechos que denuncian como configurativos del daño reclamado, como al momento de interponer la presente demanda, lo que amerita un trato especial en razón de la vulnerabilidad en la que se encontraban y lo dispuesto por Ley 26.061 y Convención Internacional de los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 CN).

Esta solución ya ha sido sostenida por este Tribunal en fecha reciente en autos n° 13-03820025-3/1, "*Liderar en j. Arrieta...*", Fecha: 11/09/23 y en autos n° 13-00649218-9/1, "*Ibazeta*", del 04/12/23.

Asimismo, considero que no deben regularse honorarios profesionales a la perito psicóloga interviniente en autos (fs. 488/492). Tal como consta de la lectura de su informe y de la impugnación efectuada por la Sra. Asesora de Menores a fs. 499 y vta., el contenido y la modalidad en que fue efectuada no guarda relación con el objeto de autos, lo que es reconocido por la propia perito a fs. 509/510. Por ello, en función de lo resuelto a fs. 532/533, frente a la ajenidad del informe presentado respecto a lo discutido en esta demanda, no corresponde regular honorarios profesionales por la labor realizada.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. MARÍA TERESA DAY y PEDRO JORGE LLORENTE, adhiere al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

S E N T E N C I A :

Mendoza, 13 de febrero de 2025.-

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,

RESUELVE:

1) Rechazar la demanda interpuesta.

2) Imponer las costas en el orden causado (art. 36 CPCCTM).

3) Regular los honorarios profesionales de la siguiente manera: Dr. Oscar DEMONTE, en la suma de pesos CIENTO VEINTE MIL (\$ 120.000); Dr. José Luis CORREA, en la suma de pesos CIENTO VEINTE MIL (\$ 120.000); Dr. Juan M. RIFO VECCHIATO, en la suma de pesos TREINTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO (\$ 37.334); Dr. Carlos LOMBARDI, en la suma de pesos SETENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS (\$ 74.666) y Dra. Carolina JACKY, en la suma de pesos CINCUENTA Y SEIS MIL (\$ 56.000) (Arts. 2, 4, 13 y 31 Ley 9131 y art. 33 ap. III CPCTM).