



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala III del Tribunal de Casación Penal, el 31 de mayo de dos mil once se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Víctor Horacio Violini y Daniel Carral, con la presidencia del primero de los nombrados (art. 451 del C.P.P.), a los efectos de resolver la Causa N° 12.884 (Registro de Presidencia N° 41.299) caratulada “F., D. J. s/ Recurso de Casación”, conforme al siguiente orden de votación: CARRAL – VIOLINI.

ANTECEDENTES

1º) En lo que interesa destacar el Tribunal en lo Criminal N° 4 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora condenó a D. J. F. a la pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas por considerarlo autor del delito de abuso sexual agravado por el vínculo.

2º) La defensa técnica original del encausado interpuso recurso de casación planteando la violación a los arts. 210 y 373 del CPP; aplicación falsa y errónea de los arts. 360, 364, 365, y 367 del CPP; violación del art. 18 de la CN y 10 y 57 de la Constitución Provincial; errónea y falsa aplicación de los arts. 40, 41 y 41 bis del CP.

3º) Con la radicación del recurso en la Sala, notificadas las partes, el Fiscal Adjunto desiste de la celebración de la audiencia, presentando memorial a través del cual postuló el rechazo del recurso deducido por estimar ajustada a derecho la sentencia atacada.

Luego, la defensa presenta memorial mejorando el recurso interpuesto por su colega en la función, criticando la sentencia por errónea y arbitraria valoración de la prueba (arts. 373 y 210 CPP), por incorporación de prueba de cargo en violación de las expresa normas establecidas por los arts. 247 y 211 del digesto formal en relación a la inclusión en el debate de la video filmación de la Cámara Gesell producida en otro fuero sin la notificación ni participación alguna del imputado y por último destaca el virtual estado de indefensión sufrido por su pupilo, no remediado por el Tribunal de origen y que afectara el derecho fundamental de defensa eficiente (art. 18 de la C.N).

Así, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia definitiva, decidiendo plantear y votar las siguientes

CUESTIONES:

Primera: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el señor juez doctor Carral dijo:

I. Inicialmente -de acuerdo a los lineamientos postulados por la defensa del legitimado pasivamente- corresponde tratar el agravio referido a la invocada absurda valoración por parte del “a quo” de la prueba reunida durante el debate oral.

Se le ha endilgado al prevenido el haber abusado sexualmente de su hija V. F. M., mediante tocamientos inverecundos, lo que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

la niña describiera como juegos consistentes en tocar y besar su vagina, hacerle pis en la boca y pasarle su miembro por su cara y zonas púdicas.

El “a quo” sustenta la materialidad ilícita con la denuncia efectuada por la madre, los informes realizados por el Tribunal de Menores N° 4 de su mismo departamento judicial, las manifestaciones de la niña ante la licenciada Palópoli, y las declaraciones de V. M., E. R. y de la licenciada María Lucrecia Rébori.

Con estos mismos elementos tiene por probada la autoría y responsabilidad penal de D. J. F., destacando que las pericias efectuadas por la perito psicóloga Palópoli como las entrevistas realizadas por la licenciada Rébori, validan los dichos de la niña. En cuanto al testimonio de la madre y abuela denunciantes, a juicio de la primera voz de la instancia resultan válidos y categóricos, no evidenciando parcialidad, mendacidad, ni ningún tipo de valoración en relación al hecho que les contara la presunta víctima. Considera a sus relatos lineales y sin fisuras, con realce y valor práctico que reflejan lo vivido por la niña, resultando concordante con los elementos colectados.

II. Ahora bien, conforme lo he sostenido en Causa N° 9.020 (Reg. de Presidencia N° 32.774) caratulada “Durán, Héctor s/ Recurso de Casación”, la presunción de inocencia proclamada en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional se caracteriza porque, por un lado, comprende dos extremos fácticos, que son la existencia real del ilícito penal, y la culpabilidad del acusado entendida ésta como sinónimo de intervención o participación en el hecho.

Por el otro, exige para su enervación que haya prueba que sea: 1) "real", es decir, con existencia objetiva y constancia procesal documentada en el juicio; 2) "válida" por ser conforme a las normas que la regulan, excluyéndose la practicada sin las garantías procesales esenciales; 3) "lícitas", por lo que deben rechazarse las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; y 4) "suficiente", en el sentido de que, no sólo se hayan utilizado medios de prueba, sino que además de su empleo se obtenga un "resultado" probatorio que sea bastante para fundar razonablemente la acusación y la condena, es decir: no basta con que exista un principio de actividad probatoria sino que se necesita un verdadero contenido inculpatario en el que pueda apoyarse el órgano juzgador para formar su convicción condenatoria.

Previo a la consolidación en nuestro país de la garantía del doble conforme (arts. 14.5 P.I.D.C.P. y 8.2.h. C.A.D.H.), la doctrina transnacional venía sosteniendo que "...el juicio sobre la motivación es una unidad con el juicio de legalidad [y] el control sobre la consistencia del razonamiento probatorio es una unidad con la garantía de legalidad...". Por lo tanto, el examen de "...la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto en *derecho*, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como en *hecho*, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y prueba..." (Ferrajoli, Luigi; *Derecho y Razón*, traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Madrid, ed. Trotta, 1995, pág. 623).

Sobre estos extremos ya no caben dudas, en particular a partir del dictado del precedente "Casal, Matías Eugenio y otro", donde se "...habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

oralidad conforme a la naturaleza de las cosas...” (C.S.J.N. Fallos 328:3399, Considerando 34).

Dicha premisa interpretativa subyace de la doctrina alemana con la llamada teoría de la Leistungsfähigkeit “...que sería el agotamiento de la capacidad de revisión. Leistung es el resultado de un esfuerzo y Fähigkeit es capacidad -la expresión se ha traducido también como capacidad de rendimiento-, con lo cual se quiere significar en esa doctrina que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable...” (Ibídem, Considerando 23).

En consecuencia, el papel asignado a los tribunales superiores -en especial a aquellos encargados de asegurar el doble conforme- también se vincula al control de la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta que la apreciación de la prueba de cargo disponible no se aparte de las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de los conocimientos científicos, y que no es, por lo tanto, irracional, inconsistente o manifiestamente errónea.

Desde este prisma de análisis, encuentro que el iter lógico seguido por el “a quo” incurre en serias falencias que lo han llevado a descartar la integral valoración probatoria introducida legítimamente al proceso, denotando así insuficiencias en el camino discursivo escogido, concretamente en lo que hace a la existencia de la materialidad infraccionaria.

No se trata aquí de sustituir a los jueces del tribunal de grado en su apreciada “inmediación”, sino únicamente de controlar la razonabilidad de la motivación que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

Sobre esta base, juzgo inconsecuente la deducción a la que han arribado los votantes que conformaron la mayoría en la sentencia recurrida, en la inteligencia de que existen errores manifiestos y fundamentales en la interpretación del plexo probatorio reunido durante la audiencia de debate, habiendo sostenido la materialidad ilícita y la autoría en la persona de F. con sustento en la interpretación que de las manifestaciones de la niña V., efectuara su abuela, su madre y la profesional por ellas consultada, sin vislumbrarse el motivo que diera lugar al rechazo del resto de la prueba introducida en el debate.

El abuso sexual es un hecho fáctico, objeto de la ciencia jurídica, que determinará con sus propios métodos si se cometió –o no- el delito.

En cambio, las dimensiones de verdad con las que trabajan psiquiatras y psicólogos son netamente subjetivas y muchas veces inciertas. Así, las realidades psíquicas de las personas pueden ser deformadas o contaminadas, por los profesionales de la salud mental, cuando usan modalidades de entrevistas conductivas, inductivas y/o sugestivas como las padecidas por los niños involucrados en situaciones como las de estudio.

Puede suceder que este tipo de errores de método, provoquen recuerdos falsos en la memoria de los niños. Las pseudomemorias co-construidas no permiten saber lo realmente sucedido, resultando muy difícil o imposible restaurar la memoria original. Una vez que el niño es inducido a aceptar el haber sido víctima de un falso abuso, llega a un convencimiento tal, que luego es muy difícil de contrarrestar.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

La tendencia de creerle al niño y aceptar los informes de abuso sexual como reales es muy grande, sin importar si los relatos son increíbles, si las denuncias se hicieron para causar daño, obtener ventajas materiales y procesales, o son producto de semanas, meses o años de terapia.

Si en estas circunstancias la realidad es afectada, el sistema no protege, realmente daña al niño inocente y a su familia.

En este punto, debemos diferenciar la tésis de la ciencia jurídica y la de los profesionales de la salud mental, especialmente de los psicólogos que cumplen el rol terapéutico, y a diferencia de los que cumplen la misma función en calidad de peritos oficiales.

El sistema legal debe basarse en el principio de inocencia, pero más que una presunción debe plasmarse un verdadero estado de inocencia. Los profesionales de la salud mental que asumen un rol terapéutico, no son neutrales ni imparciales, porque para realizar terapias a los niños, obligadamente deben creer en el abuso, desconociendo los más elementales principios legales. El psicólogo no debe tratar terapéuticamente al niño por los efectos de una presunta victimización sexual, sino existen evidencias.

En general el terapeuta está predispuesto a confirmar lo que la madre o el niño le han dicho. Así, la naturaleza de la terapia, no deja de impactar negativamente sobre la credibilidad del testimonio infantil y del terapeuta.

Para la concreción del derecho y el valor justicia, se debe lograr que en las entrevistas y pericias psiquiátrico-psicológicas los entrevistadores, asuman una postura objetiva, imparcial, neutra, sin prejuicios, tanto externa como internamente. No deben partir del paradigma

de creerle al niño apriorísticamente. El profesional ideal no le cree ni descrea, sólo lo evalúa dejando que se exprese con libertad; y sin formularle preguntas capciosas, sugestivas o inductivas. Este tema es de fundamental importancia porque muchos profesionales, procedieron y proceden con la creencia a priori de la ocurrencia del A.S.I., incurriendo en el denominado "sesgo del entrevistador", realizando sobreinterpretaciones -siempre en dirección sexual-, de los dichos y juegos de los menores.

Creerle a priori al niño, implica validar sistemáticamente la comisión del abuso y conculcar el debido proceso legal.

Cuando se somete a los niños a técnicas peligrosas o sugestivas sin fundamento en evidencias empíricas indudables que corroboren la ocurrencia del A.S.I. –como el caso en estudio-, sus efectos iatrogénicos dificultan distinguir a los niños victimizados, de los no abusados.

Los estudios sobre memorias falsas generadas en las terapias de menores, demostraron que es posible alterar los recuerdos, siendo éste otro de los problemas de las cuestionadas terapias psicológicas.

Hasta el presente, de evaluaciones psicológicas no pueden determinarse, si la presunta víctima fue abusada o no. Por ello se introdujo –en la práctica- el uso del término “validación”, que se traduce –a mi entender- en crear la falsa expectativa de que los psicólogos son capaces de establecer si un niño fue abusado sexualmente; pero no debemos dejar de tener en cuenta que la psicología no es una ciencia exacta sino humana.

Por otro lado, la bibliografía más reciente, sostiene que hasta el momento no se pudieron identificar científicamente, reacciones “típicas” de los niños abusados, que permitan diferenciarlos confiablemente, de los no victimizados.

Por su parte, organizaciones internacionales como la Asociación Americana de Psicólogos y la Asociación Americana de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Psicólogos Forenses, entre otras, alertan a los jueces sobre el “mal uso de los síndromes de abuso” , o listas de “signos y síntomas de abuso”.

Dice Freud que no importa como ocurrieron los hechos en realidad, sino como los vemos hoy. Pero la finalidad de la justicia es saber como ocurrieron los hechos en realidad, al momento del presunto injusto, ilícito, delito u omisión de hacer; y no a través de testigos post facto como los profesionales de la salud mental. También debemos recordar que el principio de inocencia no debe compurgarse a través de la potencialidad verbal: al imputado no debe juzgárselo -y mucho menos condenárselo- por lo que potencialmente podría llegar a hacer.(El abuso sexual infantil y la mala praxis psiquiátrico-psicológica . Humberto Álvaro de Gregorio Bustamante).

En autos, se ha ponderado principalmente como veraz las manifestaciones de la niña V., y las declaraciones de su abuela, su madre y la profesional por ellas consultada, en detrimento del descargo efectuado por F. y el resultado de las pericias psicológicas ordenadas en el proceso. Pero a mi entender, esas declaraciones, no cuentan con entidad suficiente frente a otros –como lo declarado por las maestras, los compañeros de trabajo del padre y la profesional que le efectuara el psicodiagnóstico- para lograr el plexo probatorio contundentemente necesario a fin de vencer el principio en trato.

Entiendo en este marco -como lo mencionara Luigi Ferrajoli en *Derecho y Razón*, traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Madrid, ed. Trotta, 1995, pág. 623- que el examen de “...la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto en *derecho*, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como en *hecho*, por defecto

o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y prueba...”.

He sostenido en 12.697 “Amado Sergio s/Recurso e Casación)” que el juez es perito de peritos y en definitiva, en la mayoría de los códigos modernos el dictamen pericial es valorado conforme a los principios de la sana crítica y la libre convicción y que no está obligado a aceptar la opinión de los peritos simplemente porque éstos la enuncien.

La evaluación pericial psicológica es un acto que implica indagar en busca de la verdad, articulada en los requerimientos procesales, procurando compatibilizar la verdad psicológica –que no necesariamente se corresponde con la verdad de la realidad- con la verdad jurídica -que tiene más de lo comprobable que de lo cierto-.

Mauricio Duce (2006, pp.3), en su texto La Prueba Pericial y su admisibilidad a Juicio Oral en el Nuevo Proceso Penal, hace un interesante análisis de la función de la prueba y del rol que le corresponde jugar a los peritos en el sistema de justicia criminal, pero al momento de referirse a la evaluación de la credibilidad de un relato lo hace dentro de la advertencia del “riesgo de utilizar el conocimiento experto como forma de sustituir el trabajo que nuestros sistemas institucionales le asignan exclusivamente a los jueces...situaciones de este tipo se producen, por ejemplo, ... cuando los razonamientos de los juzgadores acerca de la veracidad de los testigos son sustituidos por opiniones expertas sobre la misma”.(Evaluación Pericial Psicológica de Credibilidad de Testimonio Documento de Trabajo Interinstitucional 2008 del Fiscal Nacional del Ministerio Público Santiago de Chile).

La pericia no indica si los hechos han sucedido efectivamente en la realidad, sino que evalúa si el relato aportado por la víctima cumple, o no, con criterios preestablecidos de credibilidad. El dictamen no es vinculante para el tribunal, éste debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio, y no sobre lo que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

determinado perito concluya. Es el tribunal el llamado a analizar la credibilidad o falta de ella de las personas -sean testigos o peritos- que declaren en estrados, función que no le es posible renunciar o delegar, sin perjuicio del carácter de referencia que pudiere otorgársele a las conclusiones del peritaje, los dichos de los peritos, en cuanto se refieren a un relato proporcionado a ellos por la presunta ofendida de un supuesto hecho ilícito, para ser considerados como un antecedente probatorio de peso en el juicio, deben ser corroborados, o cotejados con distintos medios de prueba, producidos todos ellos en la audiencia, que conlleven directamente a los sentenciadores a la certeza requerida para condenar.

El objetivo de la evaluación pericial psicológica de la credibilidad del relato se encuentra orientada a establecer el grado en que cierto relato específico, respecto de los hechos investigados, cumple -en mayor o menor grado- con criterios preestablecidos que serían característicos de narraciones que dan cuenta de forma fidedigna respecto de cómo sucedieron los eventos, apuntando a la probabilidad de que los hechos hayan sucedido de la forma en que han sido relatados, en virtud de las características observadas y valoradas en el testimonio.

La valoración del perito estará enfocada a analizar la estructura y contenido del relato, no a intentar establecer la real ocurrencia del hecho o detectar la contradicción entre lo relatado y la realidad de lo sucedido.

El perito no puede declarar sobre si el testigo dice la verdad, esta es función exclusiva del juez.

En casos de abuso sexual contra menores un perito puede declarar sobre si el niño presenta las características del síndrome de abuso sexual e inclusive dar su opinión sobre si ese niño ha

sido víctima de abuso pero no hasta el punto de declarar si el niño dice la verdad o no, o en su caso, manifestar como sucedieron los hechos.

El perito, se considera un testigo no presencial que testifica por su conocimiento en un área o materia técnica, que declara ante un tribunal detentando la característica particular de poseer conocimientos técnicos en una ciencia, arte u oficio determinado, los cuales les permiten emitir opiniones sobre materias de relevancia para la resolución de un juicio.

Debe armonizarse este conocimiento desde el lugar de tal con el resto de los testimonios; más aún, como en el presente, si nos encontramos frente a alguno de ellos que sostienen los dichos del presunto inocente.

Así, en los autos 11.966 de registro de esta Sala, al referirse el doctor Borinsky a la circunstancia en la que el tribunal acude a otra causa que no forma parte de la prueba a fin de aludir a los antecedentes profesionales de una psicóloga particular en cuyas conclusiones asila convicción, quitando del plexo probatorio los trabajos periciales provenientes del fuero de excepción, sostiene que "...un dictamen pericial psicológico sobre una declaración no constituye un documento que evidencie, por su propio poder acreditativo directo, la veracidad de una declaración testifical, aunque puede constituir un valioso elemento complementario de la valoración."

"Por eso el juicio del psicólogo jamás podrá sustituir al del tribunal, aunque sí podrá ayudar a conformarlo."

"...la responsabilidad del análisis crítico de la fiabilidad o credibilidad de las testificales acusatorias que pueden determinar la condena o absolución de una persona, compete constitucionalmente al tribunal de audiencia con los asesoramientos o apoyos que estime procedentes."



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

“Más, los dictámenes periciales sobre credibilidad de uno o más expresan la opinión de quienes los emiten, opinión que no puede, ciertamente, por sí misma desvirtuar la presunción de inocencia cuando el tribunal del juicio, que es quien tiene la responsabilidad constitucional de juzgar, no ha obtenido una convicción condenatoria ausente de toda duda razonable (STS de 14-2-2002)”

Cuando nos enfrentamos a la necesidad de esclarecer ilícitos perpetrados en desmedro de la libertad sexual, el testimonio de la víctima se presenta como medular para probar el injusto, dado el ámbito íntimo en cuyo interior los mismos suelen consumarse; lo cierto es que, en el sub lite, se trata de de una niña de cinco años de edad.

Primeramente, debo tener en cuenta como lo expresara con anterioridad, que desde la perspectiva del control casacional de la presunción de inocencia (art. 18 de la Constitución Nacional), a este Tribunal le corresponde revisar la estructura de la lógica probatoria de la sentencia recurrida, de forma tal que se garantice la racionalidad entre los hechos indiciarios y la deducción a la que se arriba.

Como prólogo a este punto del análisis, es dable recordar que la sensatez que debe guiar el razonamiento discursivo de los jueces no pasa exclusivamente por aquella reconocida como “lógica formal”, vale decir la que estudia las inferencias válidas en virtud únicamente de sus formas; sino que también juegan -casi necesariamente- los principios de los “razonamientos dialécticos”, dado que la exigencia de fundamentación emanada del art. 171 de nuestra Constitución Provincial, no persigue tanto la formulación de perfectas deducciones como sí lo hace respecto a la

obligación de explicar las razones para persuadir y convencer que la solución que se propone resulta razonable y justa.

Anticipo este silogismo a los efectos de reafirmar la libre valoración probatoria, cuyos principios rectores se originan a partir de la propia literalidad del art. 210 del digesto adjetivo como pauta reglamentaria de los postulados constitucionales.

Ingresando ya en el fondo del asunto, importa destacar, que es ampliamente reconocido por los profesionales del área específica en el trato del A.S.I. el protocolo a seguir en los casos en que las víctimas son niños pequeños, que no han desarrollado su capacidad de lecto-escritura y se encuentran en distintas etapas de su desarrollo psico-sexual.

Los parámetros con que ha de medirse la veracidad de sus dichos, son limitados a un cúmulo de situaciones que los rodea, que coadyudan a formar la plena convicción que derive en la certeza de la existencia del abuso y en su caso a la individualización del agresor.

Al respecto el Dr. Eduardo José Cárdenas, (Revista "La Ley" el 15 sep 2000) menciona la "versión canónica" de que no creerle es revictimizarlo. Los jueces, dictan de inmediato (aún antes de la validación o después de la pseudo validación de la denuncia) medidas cautelares impidiendo al padre abusador, o al padrastro, el contacto con el hijo o la hija. Muchas veces después se descubre que este alejamiento es injusto y que era lo que en realidad la madre denunciante quería lograr. Pero ya es tarde. Meses o años de incomunicación se transforman en alejamientos o abandonos de por vida con mucha facilidad. La parentectomía está lograda. Al padre no se le recibe ni escucha nunca. Ni antes, ni después de la validación. Ante su sorpresa, los profesionales de la validación ya lo han condenado sin sentencia.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

El doctor Eduardo Padilla en “Acerca de la memoria y las co-construcciones” -Conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, acto organizado por el Centro Interdisciplinario de Investigación Forense el 9 de mayo de 2006-), plantea una guía para una ponderación diagnóstica y subrayando la enorme dificultad – y a veces, la imposibilidad para los expertos- de distinguir una co-construcción de una historia verdadera.

En el caso de autos, como primer circunstancia no se ha acreditado clínicamente lesión física alguna, surgiendo del informe medico (fs. 18/19) del Tribunal de Menores N° 4, que presenta himen intacto, aparato genitourinario con desarrollo acorde a la edad, ubicada en tiempo y espacio.

Por su parte, en el expediente del Fuero de mención, incorporado al debate, la Psicóloga Palopoli refiere que la madre no está, que la niña concurre a entrevista con la abuela, que consultó con una psicóloga porque la nena le relato situaciones de “juegos” con su papá, consigna que la abuela le dijo que la nena dijo que el papá le introducía el dedo en la vagina. Dice la abuela “que la madre dice que querría que las visitas con el padre se suspendan”.

De la entrevista con la nena menciona en el informe, que vive con su mami a quien le dice Veri, que su papá no vive con ellas porque “nos separamos”, al preguntarle porqué, la niña expresa “porque no nos sentimos bien juntos” -entre comillado por la profesional-, ubicándose a la par de su madre en los relatos. No acepta consignas, con mecanismos defensivos, y ante situaciones displacenteras dice que “le duela la panza”.

Infiere que existen situaciones que la afectan emocionalmente, relacionadas con su entorno familiar, no siendo posible

validar la denuncia por un lado y haciendo notar la falta de acompañamiento materno, por el otro.

Por su parte, al enterarse de la denuncia que la madre de la niña le efectuara, y luego de concurrir a una entrevista con la psicóloga elegida por ella, F. concurre voluntariamente al Colegio de Psicólogos Distrito XIII (Lomas de Zamora), donde es derivado a la Consultoría de Psicodiagnóstico, siendo entrevistado en el período comprendido entre el 20 de febrero y el 16 de marzo del año 2004 por la psicóloga Marta Beatriz Porto, quien concluye que lo evaluado lo sitúa a F. como un sujeto ajustado a los parámetros de normalidad, con capacidad de adaptación, buena automatización de los procesos lógicos del pensar, con indicadores de plasticidad y flexibilidad, buena adaptación a situaciones nuevas, sin necesidad de apoyo para su seguridad; individuo seguro, que no registra indicadores patológicos .

Evaluado por los peritos oficiales medico psiquiatra Adriana Patricia Fuorgeaux y perito psicóloga Silvina Nora Venturino concluyen a fs. 68/70 que el entrevistado no padece al momento del examen de alteraciones morbosas ni de insuficiencia de sus facultades mentales; presenta una personalidad neuróticamente estructurada con un adecuada capacidad y ajuste psicológicos, entidad que no comporta alineación mental. Por último mencionan que de los exámenes efectuados surge conveniente la realización de peritaje psiquiátrico y psicológico de la progenitora de la niña víctima de autos, quien es evaluada por la perito psicóloga Silvina Venturino,(ver informe de fs. 78, mencionado como ambiental en el acta de debate) como una persona fácilmente influenciable y vulnerable que puede tender a conductas de tipo manipulativas, por la influencia de los otros en los que ella confía. Es portadora de una estructura de personalidad de tipo neurótica con rasgos histriónicos e infantiles, utilizando frecuentemente la represión y somatización como mecanismos defensivos, a partir de los cuales intenta rechazar pensamientos o recuerdos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

displacenteros siendo la pulsión de los mismos descargada en lo corporal, en claro beneficio de carácter secundario derivados de dichos síntomas.

En la reconstrucción de esta historia se ha obviado el capítulo referente a la conducta de la niña en el ámbito escolar, donde sus maestras de sala de tres (Maria Cecilia Spirito) y cuatro años (Maria Fabiana González)-período en el que se habría producido el abuso y la separación de los padres-, son contestes en referir que, en el año 2002 era una nena líder de grupo, muy alegre, una “campanita”, muy extrovertida, tenía mucha chispa, fantasiosa y ocurrente, por ejemplo al hacer un relato decía que se subía arriba de un león, era el alma de la sala, comportamiento parejo durante todo el año, no había nada que llamara la atención. Era muy sociable, pero llegaba tarde y la llevaba la abuela que tenía un rol fuerte en lo relativo a la nena, era la que se ocupaba de todo, la madre parecía una chica inmadura, ya que se hacía cargo la abuela de cuestiones que correspondían a la madre. Al ingresar al jardín ya controlaba esfínteres, era madura para su edad, siempre impecable en su persona.

En el año 2003, su temperamento siempre fue igual, alegre, era líder positivo; le habían puesto de sobrenombre Campanita. De la nena se hacía cargo la abuela quien a mediados de año le dijo a la maestra que los padres se separaban, dejando entrever que el padre la habría manoseado o algo así y que esto se lo había contado la nena a ella (a la abuela), cuando esta circunstancia le es reiterada por la madre, a la docente le llamo la atención porque V. no había registrado cambio alguno en su comportamiento, seguía alegre como siempre, luego de esto reviso sus dibujos siendo que no se advertía cambio alguno, si bien fantaseaba lo que es común a esa edad, tenía buenas producciones de dibujos, llenos de moños, corazones, flores, nenas con colitas, nada que a la docente en su rol

de maestra le llamara la atención. Veía a la madre de V. inmadura, parecían hermanas mas que madre-hija, con un importante posicionamiento de la abuela respecto al cuidado y educación de la niña.

A este escenario debemos sumar que quien induce a efectuar la denuncia es la abuela materna, eligiendo una profesional especialista en abusos, encargándose de averiguar puntualmente cuales son los síntomas del niño abusado. Profesional cuya declaración en el debate es elegido como pilar de la inculpación por el “a quo”.

Si el niño en cuestión no presenta rasgos de personalidad fabuladora, lo que dice no es mentira, ergo, es cierto.

Siendo que este dogma se ve hoy apuntalado cuando se invoca que los dichos registrados lo han sido en la “Cámara de Gesell”, entiendo en general, -sin ingresar en este punto al agravio incluido al respecto por la defensa, que tendrá respuesta al finalizar el voto- que este mecanismo no es útil si no se efectúa con ciertos recaudos, como el garantizar que los observadores de uno u otro lado del espejo puedan estar preparados y no sesgados como para que sus conclusiones no sean erróneas como si no se hubiera recurrido al artefacto. La utilización de la Cámara Gesell no garantiza la veracidad de los relatos que a través de ella se efectúen.

El autor mencionado plantea que el sofisma que más rápidamente salta a la vista es el de sostener que todo aquello que no proviene de la boca de un mentiroso o de un émulo de Esopo, es verdadero. Dice, algo así como sostener que dado que Ptolomeo no era ni un “fabulador” ni un mentiroso, la Tierra es en efecto el centro del Universo. Menciona que deberemos inclinarnos con respeto hacia el misterio final del cerebro humano, el sistema más complejo que existe en el Universo conocido. Y como el único instrumento para su estudio es otro cerebro, esto es algo no más extenso que el objeto en estudio, no lo podremos jamás abarcar en su totalidad.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En definitiva, el dilema de si una persona miente o “fabula” o si lo que dice en efecto sucedió tal como lo tiene registrado en su memoria debe abandonarse por inútil pues la memoria humana es constructiva y creativa. La memoria variará también con el tiempo y los baches serán rellenados, muchas veces por influencia de otros.

Ya sabemos qué difícil es reconstruir un hecho a partir de los relatos de los testigos que lo presenciaron: las versiones pueden llegar a ser de lo más diversas, a veces sorprendentemente contradictorias.

Y esto no sucederá como consecuencia de que algunos mienten o “fabulan”, sino básicamente como resultado de las características de nuestras memorias.

En el campo psiquiátrico-psicológico-forense, en especial con todo lo relacionado con imputaciones de abusos sexuales, se trata de imponer que los niños no mienten, que puede ser que a veces lo hagan pero nunca sobre temas traumáticos como por ejemplo éstos de abuso sexual. Lo cierto es que los niños menores de siete años carecen de la capacidad de mentir para perjudicar a un tercero: sí lo harán, con creciente comodidad y capacidad de convencimiento, para librarse de un castigo o para ser cómplices de alguien mayor en algún juego o código secreto o de sorpresa.

El nudo del asunto no está en si un niño miente o no en temas de gravedad sino en si lo que dice corresponde a la realidad o si es falso.

Sabemos que, cuanto menor es la edad de una persona, más fácil es que sea inducido a tomar como sucedido algo que no sucedió y que incorpore el suceso en su memoria con toda convicción, en especial si el relato le es repetido varias veces y si proviene de alguien con

un gran ascendiente sobre él, como pueden ser los padres, maestros o algún psicoterapeuta.

Es necesario ponderar todos los elementos en juego incluyendo cuánta influencia puede tener un adulto –muchas veces convencido de que los hechos sucedieron conjugándose a veces los padres y ciertos profesionales muy sesgados por motivos diversos con lo cual las co-construcciones se multiplican y se hacen más convincentes.

Como la mayor parte de los relatos infantiles de abuso físico, sexual, emocional o la combinación de ellos son verdaderos, en los casos dudosos o sin evidencias físicas, el profesional de la salud puede encontrarse frente a la imposibilidad de distinguir un relato falso de uno verdadero, debiendo asumir la realidad de decir que en algunos casos no se puede aseverar dicha circunstancia, ya que suele ser muchísimo y muy grave lo que está en juego: el principio constitucional de inocencia.

A lo largo del proceso que culmina en el debate, vemos como el simple relato de una situación cotidiana (un padre limpiando la cola a su hija) o una demostración de cariño (besos) calificada de excesiva por quien no está acostumbrado a recibirlas, se va transformando en un tocamiento inverecundo, hasta llegar a ser la práctica de maniobras masturbatorias y de sexo oral.

No se soslaya que esta modalidad de contacto entre padre-hija en situaciones que pueden llegar a calificarse de poco felices (no ocultarse al orinar o dejarse ver en desnudez), puedan haber dado lugar a una construcción en los adultos y una co-construcción en la niña, que los llevara sin mala intención a iniciar este proceso, pero de ninguna manera, -luego de haberse debatido la prueba propuesta por ambas partes-, alcanzan a vencer el principio de inocencia sustentado por la defensa, contribuyendo los tópicos reseñados a formar un estado de duda insuperable (art. 1 del ritual).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Con sustento en las consideraciones expuestas, entiendo que no se verifica en la especie un estado de certeza propio de un arbitrio condenatorio respecto de la real existencia del injusto cuya consumación se le ha reprochado a D. J. F., y -en consecuencia- esta insuficiencia probatoria transige un estado de incertidumbre invencible que, reparando en la manda del art. 1 del C.P.P., debe resolverse en favor del acusado (arts. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18 y 75 inc. 22° de la Constitución Nacional, 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 1, 209, 210, 211, 233, 371, 373, 451, 454, 459, 460, 463 del Código Procesal Penal).

De resultados de este voto, se torna abstracto el tratamiento del resto de los agravios.

Por lo que a esta primera cuestión, VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la primera cuestión el señor juez doctor Violini dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, al voto de mi distinguido colega preopinante y a esta cuestión me pronuncio POR LA AFIRMATIVA.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Carral dijo:

Que de conformidad al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente corresponde hacer lugar, sin costas, al recurso de casación interpuesto, casando la sentencia recurrida y absolviendo a D. J. F. respecto al delito de Abuso Sexual agravado por el vínculo, con retribución para la labor profesional cumplida en esta Sede por los doctores Gerardo Salort y Mariano Jorge Marcovechio con un 20% de la suma fijada en la instancia (artículos 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18 y 75 inc. 22° de la Constitución Nacional, 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 1, 209, 210, 211, 233, 371, 373, 451, 454, 459, 460, 463 del Código Procesal Penal y 28, del Decreto-ley 8904/77). ASI LO VOTO.

A la segunda cuestión, el señor juez doctor Violini dijo:

Voto en igual sentido que el doctor Carral, por sus fundamentos.

Por lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente:

SENTENCIA

I.- HACER LUGAR, sin costas, al recurso de casación interpuesto.

II.- CASAR la sentencia recurrida y ABSOLVER a D. J. F. respecto al delito de Abuso Sexual agravado por el vínculo por el que fuera condenado.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

III.- REGULAR LOS HONORARIOS de los doctores Gerardo Salort y Mariano Jorge Marcovechio, por la labor cumplida en esta instancia con un 20% de la suma fijada en la instancia.

Rigen los artículos 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18 y 75 inc. 22° de la Constitución Nacional, 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 1, 209, 210, 211, 233, 371, 373, 451, 454, 459, 460, 463 del Código Procesal Penal; 28, parte final, del Decreto Ley 8904/77.

Regístrese, notifíquese y remítase a la Mesa Única General de Entradas para su devolución a origen.

FDO.: VÍCTOR HORACIO VIOLINI – DANIEL CARRAL

Ante mi: Andrea Karina Echenique