

PRUEBA – PERICIA PSICOLÓGICA: VALORACIÓN DEL RELATO INFANTIL. ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL – PERSONA ENCARGADA DE LA GUARDA O EDUCACIÓN DE LA VÍCTIMA.

1. Las pericias psicológicas, ofician casi a modo de intérpretes del relato del niño y cuando se agregan al proceso no es posible separarlas de aquél, por su capacidad explicativa de los defectos u omisiones que puedan encontrarse en la narración del menor. La pericia psicológica que se expide sobre la fiabilidad del relato, la lectura de este último debe ir necesariamente acompañada -cual sombra al cuerpo- de la explicación experta, en tanto aquel extremo se encuentra dentro del ámbito de conocimientos especiales de los que carece el Juzgador (o que, disponiendo de ellos, no pueden motivar su decisión por no ser controlables a las partes) y que por ende no pueden motivar su decisión. 2. En el ámbito del artículo 119, 4º párrafo, inciso b, del Código Penal, la calidad de guardador comprende a toda persona que esté, de hecho, encargada de la guarda o de la educación de la víctima, sin limitarlo a la relación jurídica establecida por la ley civil. 3. La condición de guardador de una persona sobre otra revela más una serie de obligaciones de aquél sobre ésta que el efectivo cumplimiento de ese cuidado. La índole del interés comprometido del guardador se asemeja más a las obligaciones de medios que a las de resultado. No cesa la cualidad de guardador de una persona si el niño se escapa o si éste sufre una vicisitud que el guardador tenía el deber de evitar. Si ello fuera así, la agravante del abuso sexual por la calidad de guardador del autor sería conceptualmente imposible.

SENTENCIA NUMERO: CIENTO CUARENTA Y OCHO

En la ciudad de Córdoba, a los quince días del mes de mayo de dos mil catorce, siendo las once horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y María Marta Cáceres de Bollati, a los fines de dictar sentencia en los autos “B.D.G. p.s.a. abuso sexual doblemente calificado, etc. - Recurso de Casación-” (SAC 1030752 - Expte. “B”, 94/2011), con motivo del recurso de casación interpuesto por la Sra. Asesora Letrada de 15º Turno, Dra. M.C.C., a favor del imputado D.G.B., en contra de la Sentencia número Treinta de fecha treinta y uno de octubre de dos mil once, dictada por la Cámara en lo Criminal de Novena Nominación de esta ciudad.

Abierto el acto por la Sra. Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1) -. ¿Ha sido indebidamente fundada la resolución en cuanto a la prueba del hecho?

2) -.¿Qué resolución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída Tarditti, María de las Mercedes Blanc G. de Arabel y María Marta Cáceres de

Bollati.

A LA PRIMERA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

I. Por Sentencia n° 30, del 31 de octubre de 2011, dictada por la Cámara en lo Criminal de Novena Nominación de esta ciudad, en lo que aquí interesa, resolvió: "*I. DECLARAR a D.G.B. ya filiado, autor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado continuado, en los términos de los arts. 45, 119, tercer y cuarto párrafos, inc. b, y 55 a contrario sensu, C.P., e IMPONERLE LA PENA DE OCHO AÑOS DE PRISIÓN, con accesorias de ley y costas (arts. 9, 12, 40, 41 CP, 550 y 551 CPP)*" (fs. 251 vta.).

II. La Sra. Asesora Letrado de 15° Turno, Dra. M.C.C., a favor del imputado D.G.B. presenta recurso de casación en contra de la citada resolución.

Invocando el motivo formal de casación (CPP art. 468 inc. 2°), sostiene que no se encuentra acreditada la participación de B. en el hecho que se le atribuye. Subsidiariamente, se agravia de que el Tribunal de Juicio haya contrariado normas adjetivas establecidas bajo sanción procesal de nulidad ya que en la fundamentación del mismo —específicamente en lo que concierne al delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo— se han inobservado las reglas de la sana crítica racional con respecto a elementos probatorios de valor decisivo.

Considera que las razones expresadas por el Tribunal en orden a fundar la participación de B. en los hechos que se le atribuyen violan el principio de razón suficiente ya que valoran el material probatorio de modo parcial, impidiendo así el control objetivo de los fundamentos de la sentencia. Cita jurisprudencia sobre la motivación de las sentencias (fs. 255 vta./ 256 vta.).

Sostiene que la afirmación fáctica de la sentencia se posa sobre otras dos, a saber: a. que B. comenzó a vivir en la pensión de calle R. de S.F. en el año 2007; b. la versión de la víctima, M.B. es, en lo esencial, coincidente con la de su hermano A.B. Sin embargo, entiende que no se han acreditado esos extremos (fs. 257).

Sobre el límite temporal, estima que de los elementos probatorios tomados por el *a quo* no se desprende necesariamente que B. se haya mudado a la pensión en el año 2007, ya que los testigos cuyos dichos se valoran proporcionan versiones contradictorias al respecto. Nota una contradicción entre valorar los dichos de F. como no veraces y sí tomar por cierto lo que le dijo al policía comisionado (fs. 257 vta.).

Seguidamente analiza la manera como el *a quo* evaluó el testimonio de M.B. y destaca que existe una contradicción relevante entre sus dichos y los de su hermano. En efecto, dice M.B. que el primer ataque sexual del que fue víctima sucedió en el baño de la pensión, mientras que su hermano A. expresa que éste habría sido en la habitación de la pensión (fs. 258). Percibe que esta contradicción afecta la posibilidad de arribar a un grado de certeza la participación de B. en el hecho atribuido, por lo que la motivación del fallo no respeta el principio de razón suficiente (fs. 258 vta./259).

De forma subsidiaria, plantea el segundo agravio relativo a la prueba de las

circunstancias necesarias para la aplicación de la agravante fundada en el carácter de guardador del imputado (fs. 259).

Sostiene que de la prueba obrante en autos no se sigue que B., al momento de inicio de los hechos, haya continuado encargado de la guarda de los menores A. y M.B. Destaca que el imputado estuvo casado con G.B. hasta el 2005 y que después de que se divorciaron M. y A. continuaron visitándolo porque había entre ellos una relación afectiva. Entiende que si bien en un momento él tuvo la guarda de los menores (cuando estuvo casado con la madre), este vínculo no se extendió hasta el momento de los hechos. Dice que la calidad de encargado de la guarda cesó cuando B. dejó de convivir con los menores y se fue a vivir a casa de sus padres (fs. 260).

Enumera las premisas esgrimidas por el *a quo* para sostener este extremo (fs. 260 vta.), pero, sin embargo, manifiesta que no acreditan esa calidad. Llama la atención sobre la circunstancia de que B. no estaba al tanto de que sus hijos cuando se quedaban en la casa se iban a bailar. Agrega que M. y A. dijeron que iban con él porque les quedaba cómodo el lugar donde vivía para salir a bailar. Razona que si B. hubiera estado encargado de la guarda en esas situaciones, la habría ejercido e impedido que estos salieran (fs. 262).

En definitiva, concluye, de la continuidad afectiva entre el imputado y los menores no se sigue que hayan seguido específicas tareas de cuidado que pongan de manifiesto que él ejerciera la guarda de aquellos (fs. 262 vta.).

III. 1. La Sra. Asesora ha enfocado la impugnación de la sentencia en la porción fáctica de la misma. Por un lado, critica la manera como el *a quo* valoró la existencia misma de los hechos que se atribuyen al imputado B.. Por el otro, y de manera subsidiaria, cuestiona la afirmación de que el imputado cometió esos hechos cuando revestía la calidad de guardador de la menor M.N.B.

Al encartado B. se le atribuye haber, en fecha no precisada con exactitud pero ubicable entre comienzos del año dos mil siete y comienzos del año dos mil diez, en un número no determinado de veces pero en más de una oportunidad, los fines de semana, cuando M.N.B y A.F.B. concurrían a la pensión sita en calle R. de S. F. N° ... de esta ciudad a visitarlo, éste, aprovechándose de la inmadurez sexual de M.N.B. que tenía 12 años cuando el primer episodio y mediante el empleo de violencia -le tapaba la boca para que no gritara, le sostenía los brazos-, amenazas -la amenazó con que si hablaba le pasaría algo a su familia o a ella- e intimidación surgida de la relación de autoridad que ejercía sobre la menor por desempeñar el rol de padre, la accedió carnalmente por vía vaginal. La primera vez fue en el baño de la pensión y luego, en las sucesivas ocasiones, en la habitación que ocupaba.

Adelanto que un repaso de la valoración de la prueba desplegada por el *a quo* me convence de que el recurso debe ser rechazado. En efecto, éste ha justificado correctamente la condena.

2. Las pruebas utilizadas por el sentenciante son las siguientes:

\* El indicio de oportunidad surgido de la confirmación que B. vivía en la pensión

cuando los menores refirieron que ocurrieron los hechos. Toma tal aserto a partir de los testimonios del comisionado, quien entrevistó a C.G.F. que le dijo en el mes de abril de dos mil diez que B. vivía hace dos o tres años allí. A ello se suma lo que manifestó la madre de la menor (y ex esposa del imputado) como así también su pareja: que entre el año 2005 y dos mil seis ella y sus hijos vivieron en la ciudad de O., en la casa de sus padres. Contó que en el año dos mil seis regresó a la ciudad y se instaló en el barrio V.U.. Asimismo recordó que B. comenzó a vivir en la pensión en el año 2007 porque se acordó que cuando regresaron de O. en el 2006 él vivía con sus padres, pero un año después se fue a vivir a la pensión (fs. 241 y vta.).

\* La pericia psicológica practicada sobre la menor M.N.B. da cuenta de dos aspectos relevantes para la prueba del hecho: que no presenta tendencia a la mitomanía, fabulación y/o confabulación; y que presenta un daño psíquico por el irreparable menoscabo a su integridad física y psicológica causada por la precocidad y continuidad de las situaciones traumáticas vividas (fs. 242).

\* El relato de la víctima se mantuvo coherente. A su madre le dijo que B. la violó dos veces, cuando iba a visitarlo en la pensión. Una a los doce años y otra a los catorce. Coincide ese testimonio con el que le proporcionó a la licenciada R.Z. No obstante, en ulteriores declaraciones la menor se animó a explayarse más sobre lo que padeció y pudieron conocerse más ataques sexuales de B. de idénticas características de tiempo y lugar de los que habría sido víctima (fs. 243/245).

\* Sus dichos también son corroborados por el testimonio de su hermano A.F.B. Para citar una referencia que sintetiza a las demás partes de su relato, dijo: “fueron cuatro las veces que vio que G. violó a su hermana” —de las cuales dio detalles sobre las circunstancias y el lugar donde sucedieron (la pensión) que resultan contestes con los dichos de la víctima— (fs. 245).

\* El indicio que emerge de la pericia psicológica del encartado. En efecto, surge de la misma un perfil de personalidad compatible con los hechos que se le atribuyen. Se lee en él fragmentos como el siguiente “demostró pobre empatía con parcial labilidad en el control sobre los incrementos ocasionales de la presión pulsional de fantasías libidinal inconscientes, donde se advierte que subyace una conflictiva psicosexual, fijaciones en el desarrollo libidinal, inmadurez en la configuración de la identidad, que predisponen con parciales inhibiciones y vivencias de inseguridad en lo interpersonal” (fs. 243).

\* La víctima no había tenido relaciones sexuales con otras personas al momento del examen ginecológico-forense. Ese dato fue proporcionado por la madre de la menor, y también le fue expuesto a la médica D. F. por la propia M.N.B. (fs. 247).

\* El rendimiento escolar de M.N.B. sufrió un menoscabo constante entre el 2007 y el año 2009, lo que la *a quo* observó de las libretas de calificaciones del colegio al que asistía en esos años, el informe de la psicopedagoga, y lo expresado también por su propia madre (fs. 247 y vta.).

En relación a las pruebas que confirman la calidad de guardador que reunía B.

cuando ocurrieron los abusos, basó su conclusión en los siguientes argumentos:

\* M. y A. iban a visitar a B. a la pensión los fines de semana cuando no quedaba nadie en la casa porque la madre se iba de visita a O., como lo expresó J.P. (fs. 249 vta.).

\* A.B. dijo en el debate que iban a visitar a B. porque su madre los mandaba y porque les permitía ir al boliche "B., para menores (id. cit.);

\* La Sra. G.B. expresó que cuando contrajo matrimonio con B. le dijo a sus hijos que éste era su padre biológico, porque el verdadero era "un desastre", por eso ella prefirió que luego que se separó del acusado, A.B. y M.N.B. siguieron manteniendo contacto con él porque había sido como un padre para ellos, ella prefería se quedaran ahí antes de que se fueran con sus amigos (id. cit.);

\* Otros testigos como J.P.G. y hasta el propio acusado hablaron de la relación cercana, similar a la de padre-hijo que había entre los niños y B. (id. cit.).

3. Esta Sala ha sostenido que la fundamentación de la sentencia debe ser derivada, es decir, respetuosa del principio de razón suficiente. Ello importa que la prueba en la que se basan las conclusiones a que se arriba en la sentencia, sólo pueda dar fundamento a las mismas y no a otras; o expresado de otro modo, que aquéllas deriven necesariamente de los elementos probatorios invocados en su sustento (TSJ, Sala Penal, Sent. n° 13, 27/05/1985, "Acevedo"; Sent. n° 11, 8/05/1996, "Isoardi"; Sent. n° 12, 9/05/1996, "Jaime"; Sent. n° 41, 31/05/2000, "Spampinato", entre otras).

Las pruebas no son sólo las directas, pues también en numerosos precedentes se ha advertido que un cuadro convictivo conformado por prueba indiciaria no resulta óbice para sostener una conclusión condenatoria, en la medida en que los indicios sean unívocos y no anfibológicos (T.S.J., Sala Penal, S. n° 41 del 27/12/1984, "Ramírez") y a su vez sean valorados en conjunto y no en forma separada o fragmentaria (T.S.J., S. n° 45 del 29/07/1998, "Simoncelli"; A. n° 1 del 2/02/2004, "Torres", entre muchos otros), toda vez que resulta inherente a la esencia de la prueba indiciaria su consideración conjunta (T.S.J., Sala Penal, S. n° 112 del 13/10/2005, "Brizuela"; S. n° 205 del 24/08/2007, "Ferreyra Calderón", entre otros).

En atención a ello, encuentro a la motivación de la sentencia respetuosa de este estándar y, al contrario, a las críticas de la impugnante erradas por cuanto emplea una estrategia consistente en poner en dudas algunos indicios de forma particular pero sin demostrar cómo ello encajaría con el resto de la prueba.

Básicamente, sus argumentos en contra de la sentencia —que ya habían sido expuestos en el debate— en tanto afirma que B. cometió ataques sexuales en contra de M.N.B., son: *a.* el *a quo* asume dos posturas distintas respecto de la valoración del testimonio de F., en un caso le cree y en el otro no; *b.* existe una incongruencia entre el testimonio de M.N.B. y su hermano A.B. Con respecto a la prueba de la calidad de guardador del encartado, sus objeciones se refieren a: *a.* la guarda de los menores que tuvo mientras estuvo casado con la madre de ellos no se extendió hasta el momento de los hechos; *b.* cuando los menores se quedaban en su casa iban a bailar, cosa que no podía

ocurrir si B. hubiera estado verdaderamente encargado de la guarda.

4. a. El propósito final de la crítica a la valoración del testimonio de F. es controvertir las fechas en que la víctima dice haber sufrido los abusos. Como éstos habrían acaecido en la pensión de calle R. de S.F., en la habitación donde vivía B., y habrían comenzado al inicio del año 2007 la defensa reclama se tenga en cuenta que F., la encargada de la pensión, declaró que el imputado B. fue a vivir allí recién en el año 2009.

Las razones que dio la *a quo* para desestimar esa afirmación son las siguientes: antes de dicha declaración, F. le dijo al comisionado que fue a entrevistarla en abril de 2010 que B. vivía allí hacía aproximadamente tres años; la madre de los menores y su pareja, cada uno en su declaración y efectuando sus propios cálculos, estimaron que el imputado comenzó a vivir en la pensión en el año 2007; a la declaración de F. debe examinarse con cuidado porque ella tenía una relación comercial con el acusado, ambos vendían películas en la peatonal.

Además, consideró que la valoración de la prueba que propone la defensa soslaya por completo los testimonios de los menores, que aseguraron que en esa época ya iban a visitar B., y no hay ninguna razón para dudar de ellos.

b. Sobre la crítica a que los menores M.N.B. y A.B. no coinciden en el lugar donde describen que sucedió el primer hecho de abuso, considero que la misma, además de por irrelevante debe ser rechazada porque no tiene en cuenta lo que señaló el *sub iudex* ante análogo planteo: pueden estar refiriéndose a distintos hechos.

En efecto, esta observación de la defensa sólo podría tener alguna importancia si estuviera probada la premisa implícita de la que parte, esto es, que la primera vez que A.B. vio que B. violaba a su hermana era justo la primera vez en la que esto sucedía. Pero lo cierto es que no hay elementos de prueba que permitan sostener esa tesis. De todos modos, es insignificante el contrapunto si se lo mira en conjunto con los demás extremos en los que sí coinciden ambas declaraciones, a saber: que B. abusaba sexualmente de M.N.B. cuando se quedaban a dormir en la pensión; que estos abusos ocurrían en la pieza, cuando se acostaban a dormir; la modalidad: él le sacaba la ropa y se acostaba encima, le tapaba la boca con su mano para que no gritara.

Además, no puede perderse de vista que la verosimilitud de los testimonios de los menores no solo está probada por la correspondencia con otras pruebas de la causa sino que también se ha visto reforzada por las pericias psicológicas que (fs. 242/243). En el caso de la pericia a M.N.B. ésta da cuenta no sólo del daño psíquico debido a la precocidad y continuidad de los abusos, sino que también afirma el profesional que la realizó que no presenta tendencia a la mitomanía, fabulación o confabulación.

Sobre cuáles son los estándares para la valoración de los testimonios de menores y que ellos se presumen válidos y creíbles salvo prueba en contrario ( *Justicia para los niños víctimas y testigos de delitos*, Of. Internacional de los Derechos del Niño, Canadá, Marzo de 2003, en "Infancia y Adolescencia. Derechos y Justicia", Oficina de Derechos Humanos y Justicia, Colección de Derechos Humanos y Justicia N° 5, Poder Judicial de

Córdoba, pág. 169), esta Sala ya se ha expedido en reiteradas oportunidades sobre que el relato de un niño no puede ser objeto de un estricto control de logicidad. Si en ninguna esfera de su vida en relación —familiar, escolar, social, etc.- quien se comunica con un niño lo hace con la expectativa de obtener de su pequeño interlocutor un razonamiento impoluto, sin fisuras, sin olvidos, sin contradicciones, sin imprecisiones ¿por qué entonces ha de aplicarse distinta vara para mensurar con inmutable rigor la narración que ofrece un niño cuando es convocado a declarar en un proceso penal?

Sentado ello, la psicología ofrece un inestimable aporte para la valoración del relato infantil, en tanto explica los mecanismos e interacciones inherentes a la *psique* del niño que subyacen a esta peculiaridad arriba referida y constatada por la experiencia común. Es precisamente por dicho motivo que resulta aconsejable —aunque no imprescindible, atento al principio de libertad probatoria receptado en el artículo 192 del código ritual— validar sus dichos con un abordaje experto. Las pericias psicológicas, en este sentido, ofician casi a modo de intérpretes del relato del niño y cuando se agregan al proceso no es posible separarlas de aquél, por su capacidad explicativa de los defectos u omisiones que puedan encontrarse en la narración del menor. A su vez, hemos afirmado en esos precedentes que cuando existe una pericia psicológica que se expide sobre la fiabilidad del relato, la lectura de este último debe ir necesariamente acompañada -cual sombra al cuerpo- de la explicación experta, en tanto aquel extremo se encuentra dentro del ámbito de conocimientos especiales de los que carece el Juzgador (o que, disponiendo de ellos, no pueden motivar su decisión por no ser controlables a las partes) y que por ende no pueden motivar su decisión (ver, por todos, TSJ, Sala Penal, “Gonzalez”, S. n° 364, 13/12/2011).

5. a. Considero que la discrepancia de la defensa con la prueba de que la categoría de guardador es aquella en la que se subsume la relación entre el imputado y la víctima debe también rechazarse. En primer lugar, advierto en su argumento una inadecuada reconstrucción del concepto de guardador utilizado por nuestra ley penal. En tal sentido, ya hemos señalado que para que se configure la agravante la norma comprende a toda persona que esté, de hecho, encargada de la guarda o de la educación de la víctima, sin limitarlo a la relación jurídica establecida por la ley civil (Cfr. FONTAN BALLESTRA, Carlos, “Derecho Penal”, Parte Especial, Ed. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As., 2003, Pág. 232).

Pues bien, esa caracterización de la guarda como una cuestión de hecho es la que abate el argumento de que sólo había una relación afectiva, pero que a la guarda la había perdido cuando se divorció de la madre de los menores. Es claro que los niños iban a dormir a la pensión y su madre descansaba en que quedaban al cuidado de B. En tal sentido, es evidente que éste tenía un deber especial de protección hacia ellos.

El segundo argumento, que pone en dudas la afirmación de que el encartado era el guardador de M.N.S. por la circunstancia de que cuando iban a su casa salían a bailar, tampoco es de recibo.

Por sobre todas las cosas, la condición de guardador de una persona sobre otra

revela más una serie de obligaciones de aquél sobre ésta que el efectivo cumplimiento de ese cuidado. En otras palabras, la índole del interés comprometido del guardador se asemeja más a las obligaciones de medios que a las de resultado. No cesa la cualidad de guardador de una persona si el niño se escapa o si éste sufre una vicisitud que el guardador tenía el deber de evitar. Piénsese que si ello fuera así, la agravante del abuso sexual por la calidad de guardador del autor sería conceptualmente imposible.

Voto, pues, negativamente.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Doctora Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN:**

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

Como resultado del acuerdo precedente, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la Sra. Asesora Letrada de 15° Turno, Dra. M.C.C., a favor del imputado D.G.B. Con costas (C.P.P., 550/551).

Así, voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

La señora Vocal preopinante, da a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María Marta Cáceres de Bollati, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;

**RESUELVE:** Rechazar el recurso de casación interpuesto por la Sra. Asesora Letrada de 15° Turno, Dra. M.C.C., a favor del imputado D.G.B. Con costas (C.P.P., 550/551).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.