

# **Análisis y crítica de la Sentencia de Primera Instancia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Mar del Plata en la causa “Schwartz Analía Verónica”**

Por Juan Ignacio Pazos Miralles

Abogado - Universidad de Buenos Aires (UBA)

Enero de 2018

## **I) Introducción**

En la Ciudad de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, con fecha 16 de mayo de 2017, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Mar del Plata dio a conocer los fundamentos el veredicto de absolución con relación al juicio oral en la causa caratulada **“SCHWARTZ, ANALIA VERONICA s/ corrupción de menores agravada por ser cometida por persona encargada de la educación y abuso sexual gravemente ultrajante agravado por ser cometido por persona encargada de la educación, en concurso real”**.

Se encontraban, por un lado, el Ministerio Público Fiscal y la parte querellante, que solicitaron la imposición de la pena de prisión, por 24 y 28 años, respectivamente, junto con la inmediata detención.

En el otro frente de batalla, la defensa a cargo de las Dras. Perelló y Agüero sostuvo que los hechos no pudieron ser probados por los acusadores, por la sencilla razón de que no existieron. Alegaron que todo se debió a una artillería de imputaciones imprecisas, vagas e infundadas por parte de un colectivo de niños, inducidos falsa o erróneamente por sus padres, ya que jamás los abusos aludidos pudieron tener lugar, no solo por la imposibilidad física y temporal de su ocurrencia en los institutos de enseñanza involucrados, sino también por las cualidades y valores morales que ostentaba su defendida. Criticaron a los acusadores el hecho de haber barajado una única hipótesis que ni remotamente pudieron probar y solicitaron, consecuentemente, la libre absolución de su defendida.

El Fiscal expresó que entre los meses de marzo y diciembre del año 2012, Analía Verónica Schwartz, titular de la currícula de música del jardín “Maminas”, dependiente del instituto Fleming, sito en la calle Sicilia 2486 de Mar del Plata, promovió actos de corrupción de contenido sexual, prematuros, distorsivos y perversos contra alumnos de dicho instituto. Asimismo, el Fiscal indicó que desde el mes de marzo hasta septiembre del año 2013 y en el horario de la currícula correspondiente a la clase de música, Analía Verónica Schwartz, maestra de música de enseñanza preescolar del Instituto San Antonio María Gianelli, al dictar las clases en el salón destinado a tal fin, promovió actos de corrupción de contenido sexual, prematuros, distorsivos y perversos contra alumnos pertenecientes a la sala de cuatro años.

Puede observarse en disputa y como núcleo la materia de prueba en que se basan las partes para fundar su derecho y el tribunal para sentenciar, y su interpretación y alcance probatorio.

## **II) Análisis y crítica**

El fallo de los jueces Facundo Gómez Urso, Pablo Viñas y Aldo Carnevale fue unánime y se basó en algunos puntos determinantes para explicar la absolución de Analía Schwartz.

Claro está que en la actualidad de la sociedad y el avance de la cultura y el pensar del ser humano, se ha logrado llegar a un control y resguardo infantil de alta complejidad. Este progreso ha sacado a la luz serias situaciones de abusos infantiles y ha llevado a la adopción de normativa de rango constitucional específica para tratar esta problemática puntualmente y defender los derechos de los niños.

El niño es una persona igual a las demás, pero su identificación como niño le confiere derechos propios en razón de su edad. Son titulares de los derechos humanos, en tanto seres humanos, con algunos agregados en razón del estadio previo de "niñez" que es condicionante del juvenil. El catálogo de estos derechos, en nuestro país, se encuentra determinado por la Constitución Nacional, especialmente luego de la Reforma de 1994 que a través del Art. 75 -Inc. 22 que incorporó las declaraciones, convenciones y pactos complementarios de derechos y garantías, que adquieren así jerarquía constitucional, entre ellos la "CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS".

De ahora en más citaré párrafos de la sentencia y analizaré el tema tratado. Entre los puntos esenciales de la sentencia se pueden mencionar los siguientes:

### **1) Perito sin experiencia.**

Silvina Catera, perito psicóloga del Ministerio Público Fiscal, validó el testimonio de "M" por encontrar signos de "victimización sexual". El tribunal, por su parte, notó en Catera "fallas profesionales" y "técnicas inaceptables", al punto de casi fundamentar la sentencia en función de su mal desempeño.

El Tribunal expresa que: *"Silvina Catera, perito psicóloga enviada por la Procuración Gral. de la SCJBA reveló tener poca o casi nula experiencia en el tratamiento del abuso sexual infantil, llevando a la fecha de las entrevistas un tiempo de trabajo en esa labor de un año y diez meses"*.

Puede observarse que los magistrados se centran, como punto prioritario y principal al evaluar el informe del perito, en su perfil profesional y su rango. No obstante, claro está que el Tribunal de Justicia debe atenerse al resultado de la pericia realizada y no detenerse en las características personales de quien la lleva a cabo, dado que su sola designación como perito es suficiente para considerarlo como experto en la materia.

*"A mi modo de ver, fue lamentable también que la Procuración del Ministerio Público no enviara a una persona con una experiencia más aquilatada en ASI. Aclaro, que no tengo nada personal con la entrevistadora, pero hemos notado que le faltó experiencia y por momentos no supo controlar su propia subjetividad"*.

Cabe señalar que dicho punto suena un tanto llamativo, no solo por lo

mencionado en el párrafo anterior sino también por el nivel de críticas que el Tribunal fundó en la calidad profesional del perito (designado por la Procuración General de la SCJBA). Tal es el grado de incertidumbre de estas críticas, que puede citarse lo siguiente con respecto a los peritos psicólogos de la parte acusadora: *“Los profesionales Gordon y Garaventa, peritos psicólogos del particular damnificado, quienes trabajan juntos en la ONG “En Red” que preside la primera [la Lic. Catera], dieron sus fundamentos por los cuales validaron los testimonios de los niños prestados en Cámara Gesell (...) Por otro lado, al igual que su colega avaló todo lo hecho por la entrevistadora Silvina Catera respecto de la recepción de los testimonios de los niños. Dijo que la perito actuó dentro del protocolo y que para su punto de vista no hubo preguntas indicativas o sugestivas, resaltando que actuó con objetividad.”*

Puede observarse que otros profesionales de la misma tarea y grado universitario sustentaron el informe de la perito fuertemente criticada, lo que lleva a vislumbrar una confusa opinión del Tribunal, debido a que en este caso los profesionales poseen vasta experiencia en la profesión y asimismo se posicionan del mismo lado que la colega.

La propia Corte Suprema, siempre en miras de evitar la victimización secundaria de los menores y otorgar a los informes periciales un importante valor, ha ordenado dejar sin efecto las ampliaciones de declaraciones testimoniales a menores víctimas de abusos deshonestos, a fin de evitar el daño psicológico que podría sufrir el niño, como consecuencia de las reiteradas convocatorias a prestar testimonio o de ser objeto de intervenciones periciales, que podrían reavivar o agudizar el trauma que están padeciendo.

Por lo expresado, se puede concluir que no se observa un fundamento certero y suficiente para deslegitimar el informe de la perito.

## **2) Co-construcción del relato. Relato incoherente. Medios de comunicación.**

*“Efectuando un estricto análisis de los relatos de los niños todos correspondiente a la salita de 4 sección A, que corresponden al segmento de esta imputación, podemos advertir que no existe una coherencia u homogeneidad narrativa en sus relatos, sino más bien que los pocos niños que se han referido a hechos, lo han hecho con particularidades y connotaciones propias y distintas del resto”.*

Al analizar lo citado anteriormente, resulta claro que no se puede pretender que niños de entre 4 y 5 años coincidan con exactitud, entre ellos, en sus narraciones. No se debe analizar lo dicho por los niños desde el punto de vista de un adulto; es entendible que se debe tener en cuenta que su racionalidad no se encuentra al mismo nivel que el de los adultos, por lo que el análisis del discurso infantil debe dejarse en manos de los profesionales adecuados y evitar los puntos de vista subjetivos.

*“Es evidente que el estado emocional y natural de los padres (...) han sido factores determinantes para que los niños hayan pasado de la negación en más*

de una oportunidad a una develación signada por interrogatorios insistentes y directos de sus padres, muchas veces a través de propuestas de juegos de pistas o invitación a decir secretos bajo promesas de regalos o reconocimiento de valentía (...). El Tribunal continúa indicando que: *“Por otro lado, **como el asunto se instaló en los medios masivos de comunicación** y en Facebook, es probable que hasta la realización de las Cámaras Gesell, (los niños) hayan escuchado una y otra vez hablar a sus padres de la maestra en el seno de su hogar, escuchar cuando lo hacían con otros padres, descalificar a la maestra, y en ese contexto circunstancial brindar respuestas cada vez más amplias y satisfactorias hacia los adultos.”*

No debemos poner en juego ni como fundamento los medios de comunicación. Es sabido que en la actualidad, cada vez a más temprana edad, los niños se encuentran expuestos a los medios de comunicación e intercambio de información, no obstante ello no implica *per se* la deslegitimación del testimonio brindado. En cualquier caso, es tarea del experto psicólogo discernir qué parte de la declaración podría estar afectada por la opinión pública.

En definitiva, coincido con el Ministerio Público Fiscal al acusar al TOC N°1 de haber hecho una valoración selectiva de los testimonios de los menores y de relativizar el trabajo de la perito psicóloga Silvina Catera.

Estos dos puntos narrados hasta aquí son los fundamentos del Tribunal, que trata la contaminación de la prueba como eje central de su sentencia.

### **3) Psicosis colectiva – Pánico moral**

El Tribunal expresa: *“En escaso tiempo un tsunami imparable de padres ansiosos, desesperados y afligidos, sin que nadie los pudiese contener, acometieron contra una maestra de preescolar, poniendo en sospecha a toda una comunidad educativa, por un llámese **“psicosis colectiva, pánico moral, o como se lo quiera designar”** que adquirió una dimensión dantesca y que desbordó a las autoridades policiales y por supuesto a todo el aparato judicial, quien con una absoluta escasez de recursos, especialmente humano, tuvieron que salir a capear el temporal y a tratar de darle cobijo y contención a los afligidos”.*

A mi parecer, no hace falta hablar ni tratar, y menos aún fundamentar, una decisión magistral en un caso particular de un tema crucial para la sociedad, sobre la actitud y la personalidad de los padres y madres de los menores víctimas de abuso; estos se encuentran en una situación especial que no es el eje a tratar en la causa. El **«pánico moral»**, por otra parte, ya no supone una sensación de inseguridad individual sino colectiva. Es una construcción social que avala acciones correctivas en defensa de la comunidad.

*“Todo lo expuesto ha contribuido sin lugar a dudas a que los relatos de los niños se hayan contaminado absolutamente y que hayan existido factores externos que sin intención lo hayan co-construido.”*

Un párrafo un tanto filosófico, o mejor dicho, un pasaje que demuestra pura subjetividad. Queda claro que los Magistrados elaboraron un análisis y una evaluación de los hechos y de algunos medios de prueba, pero no de todos los aportados en la causa, que denotan una posición subjetiva de fundamentos.

La sentencia se basa en términos subjetivos de manera extrema sin un sustento crucial, fáctico y basado en derecho, como debe sostenerse toda decisión emanante de un magistrado; no debe detallar pensamientos personales, opiniones y puntos de vista subjetivos del tema principal.

Esta decisión genera como efecto una incertidumbre y desconfianza en la justicia argentina, ya que por más que se aporten más de 23 testimonios y que intervengan peritos expertos, la sola voluntad y la opinión de cada magistrado pueden llevar a una dolorosa injusticia.

#### 4) Profesionales parcializadas

*“Pues bien, no he de dirimir discusiones técnicas o científicas de profesionales de la psicología o psiquiatría, **por cuanto no revisto el carácter de tal y entiendo que han actuado con profesionalismo tratando de poner lo mejor de sí. Cada una sabrá qué métodos le resulta mejor en su labor profesional y en qué escuela se enrolan.**”*

Debemos hacer una pausa en este punto antes de continuar con el tema central aquí tratado. En este párrafo de la sentencia de los magistrados se observa una contradicción con lo tratado en el primer punto. Anteriormente, tal como se transcribe lo dicho por el Tribunal, se criticó el desempeño profesional por la manera y la forma de las preguntas que la perito realizó a los niños, supuestamente incidiendo en los niños para lograr que narren lo que “se busca”, es decir, “inducir la respuesta”. Con lo transcrito aquí se logra ver un confuso argumento, ya que en primer lugar los sentenciantes critican el desempeño profesional y más adelante se aclara que no se pueden evaluar, valorar, criticar ni calificar el desempeño del perito porque no es su función.

Retomando el tema principal, el Tribunal continúa: **“No obstante, con los datos objetivos obrantes y el propio reconocimiento de la licenciada Gordon no podemos soslayar que desde el inicio ha tomado partido con manifestaciones públicas graves, que tiñen de parcial todo el trabajo que posteriormente pueda haber realizado. Tales manifestaciones en la incipiente investigación, prácticamente condenando a la denunciada en forajidas afirmaciones, constituyen suficiente motivo para pensar una absoluta inclinación hacia los denunciados y una actuación profesional signada por una marcada pasión o posición. Ello a mi manera de ver, la descalifica absolutamente para que podamos tomar con seriedad sus conclusiones y para invitarla en lo sucesivo a una actuación más mesurada y prudente, ya que como titular de una ONG debe tener más que nadie la mesura y templanza necesaria para aquietar pasiones, calmar ansiedades y no para potenciar la violencia, aunque sea verbal.”**

Es aquí evidente que el Tribunal sigue actuando de manera subjetiva sin atenerse sólo a las pruebas y hechos pertinentes; por el contrario, sólo abarca temas que se encuentran fuera de su competencia, a mi criterio, debido a que no se trata de opiniones ni de valorizar o analizar el desempeño de un profesional, sino de hechos que acusan los victimarios, muy especiales y de gran magnitud.

## 5) El lugar de los hechos

*“Aún con la puerta del pasillo cerrada y las persianas bajas, la docente jamás pudo hacer los hechos que se le imputan y no ser descubierta y denunciada de manera inmediata por sus colegas o autoridades, ya que las mismas estaban presentes en la sala”.*

Sobre la crítica del lugar donde describen que sucedió el primer hecho de abuso, considero que la misma, además de por irrelevante, debe ser rechazada porque las víctimas pueden estar refiriéndose a distintos hechos y/o situaciones.

Me sorprende que grandes profesionales que pasaron por muchas instancias para llegar a donde hoy se encuentran desempeñando la gran profesión, se atengan a “suponer” un lugar y que no hay otra forma de cometer los hechos en lugares diferentes de los mencionados. No es claro ni fuerte el fundamento mencionado, ni tampoco una prueba más a partir de la cual pueda ser certero un hecho cometido.

## III) Conclusiones

Recalco que 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— 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, se ha afirmado en los precedentes citados que cuando existe una pericia psicológica que se expide sobre la fiabilidad del relato, la lectura de este último debe ir necesariamente acompañada 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).

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, "Spampinatto", entre otras).

Cabe recordar, como se pudo observar, que el Tribunal se basó en términos subjetivos de manera extrema, sin un fundamento crucial y basado en derecho, como debe sostenerse toda sentencia de magistrados.

La normativa no exige un elemento subjetivo especial para que se tipifique el delito, pero sí que el acto configure un abuso sexual, esto es, un acto objetivamente impúdico o de contenido sexual. Es por esta razón que un tocamiento en las partes pudendas de la víctima, sin propósito lascivo, incluso guiado por otra intención (p.ej., burla, humillación, venganza, ira), configura un abuso sexual típico. La solución para estos casos límite o dudosos debe buscarse no en el marco de un elemento subjetivo no exigible típicamente, sino en los propios antecedentes del caso concreto, cuyas características brindan una aproximación al verdadero contexto delictivo. (Conf. POLAINO-ORTS, "Los delitos sexuales a la luz del Código penal de 1995", especial referencia a la ley orgánica 11/1999, del 30 de abril).

Queda claro que los magistrados no actuaron con la debida forma, alterando y dejando de lado los medios de prueba que se encontraban con clara evidencia de los hechos cometidos por la persona imputada, a fin de imponer la pena correspondiente. *"En los delitos contra la libertad sexual los tribunales suelen tener un criterio más amplio en la valoración de la prueba, sopesando hasta el más mínimo indicio, para que no queden impunes, dado que por lo general se cometen en la intimidad, fuera de la vista de otras personas"* (Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 1, 29/6/1998-"Veron Luis", JA 1989-I-Síntesis.). En estos casos la apreciación de las pruebas, según la regla de la sana crítica, debe admitir alguna flexibilidad.

Creo que estos temas brindan la oportunidad de un tratamiento más extenso; esta pequeña nota ha sido simplemente para dar comienzo a una reflexión e interpretación acorde a la necesidad de la sociedad en la actualidad, con el fin de que la sociedad construya, paulatinamente, la confianza necesaria en la Justicia de nuestro país.