



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

Reg. n° 305 /2018

///nos Aires, a los 27 días del mes de marzo del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Luis M. García, María Laura Garrigós de Rébora y Gustavo A. Bruzzone, asistidos por el secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación, interpuesto a fs. 788/806 por la defensa del imputado, en la presente causa n° 8078/2010, caratulada “**G., D. A. s/abuso sexual**”, de la que **RESULTA**:

I. Por sentencia de 25 de septiembre de 2015 (fs. 753/754) el Tribunal Oral en lo Criminal n° 5 de esta ciudad, resolvió:

*“**I. CONDENAR** a D. A. G., de las demás condiciones personales consignadas, por ser autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por el vínculo, a la **PENA DE TRES AÑOS DE PRISIÓN DE EJECUCIÓN EN SUSPENSO Y COSTAS** (artículos 26, 29 inciso tercero, 45, 119 primero y último párrafo en función del apartado b) del Código Penal, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).*

***II. IMPONER** a D. A. G., por el término de tres años, las obligaciones accesorias de: a) fijar residencia y someterse al control del patronato de liberados correspondiente a su domicilio; b) someterse a un tratamiento psicológico que aborde la problemática sexual acreditada en el juicio; y c) realizar tareas no remuneradas, a favor de la comunidad, a razón de tres horas semanales, en la sede de Cáritas más cercana a su domicilio o en caso de no ser posible, en el lugar que le*



asigne el juez de ejecución (artículo 27 bis incisos primero, sexto y octavo del Código Penal)”.

Los fundamentos de la sentencia fueron hechos públicos el 2 de octubre siguiente (cfr. fs. 761/780 vta.).

II. Contra la sentencia de condena, los defensores de elección del imputado, abogados Carlos Alberto Pujol y Juan Carlos Amarilla ha interpuesto recurso de casación (fs. 788/906), que fue concedido (fs. 816) y oportunamente mantenido (fs. 819).

En la pieza recursiva, la defensa ha calificado de arbitraria a la sentencia en cuanto a la valoración de las pruebas, al tiempo que ha promovido su revisión integral con arreglo a la doctrina de Fallos: 328:3399 (“*Casal, M. Eugenio*”).

Bajo el título “*Reflexiones en torno al testimonio infantil en imputaciones de abuso*” la defensa, por un lado, ha puesto en duda la veracidad del relato del niño y, por otro, argumentó que sus dichos no encuentran validación en el dictamen de los peritos del Cuerpo Médico Forense de fs. 215/219, que no detectaron indicadores susceptibles de avalar victimización por abuso sexual infantil.

Con apoyo en citas jurisprudenciales, sugiere que el niño puede haber sido “*inducido a aceptar el haber sido víctima de un falso abuso*”.

Señala que la Perito Psiquiatra del Cuerpo Médico Forense, Dra. Virginia Berlinerblau, mantuvo una entrevista con la denunciante y madre del niño de forma previa a la entrevista con éste, y critica su opinión pericial sobre la base del “*sesgo de la entrevistadora*”.

Alega que cuando no existen evidencias suficientes para determinar si el relato base de la imputación es falso o verdadero debe primar el principio de inocencia, y promueve que se siga la posición del representante del Ministerio Público Fiscal, que había





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

solicitado la absolución del imputado por duda, “*ante el riesgo cierto de condenar a un inocente*”.

En otro orden, los recurrentes destacan el contexto de la denuncia y la relación conflictiva que mantenían los padres del niño. Señalaron que el imputado había regresado de unas vacaciones con su hijo, y había expresado a la madre del niño, V. M., y al hombre que en ese momento convivía con ella, M. M., su hartazgo por la exclusión en el desarrollo de la vida cotidiana del niño. Agregó que, a partir de ese reclamo, ya no pudo volver a ver al niño y que, seguidamente, la mujer radicó la denuncia que dio inicio a la presente causa, que tacha de falsa.

Presentado el contexto y centrándose en la declaración del niño en la entrevista en Cámara Gesell, la defensa manifestó que sus expresiones resultaban “*estructuradas, rudimentarias y fácilmente inoculables*” descartando que la pobreza de detalles obedezca a un cuadro de Trastorno Generalizado del Desarrollo (TGD) invocado por la querrela a lo largo del proceso, y señaló que la perito Berlinerblau había explicado que su retraso madurativo se encontraba minimizado y sólo era advertible en el rendimiento escolar.

En esta línea, abordó el dictamen de la perito psicóloga del Cuerpo Médico Forense, Selva Magdalena Moretto, sobre el relato del niño cuando lo entrevistó en Cámara Gesell, al que había calificado como “*probablemente verosímil*”. Argumentó la defensa que la perito utilizó una expresión técnicamente equívoca y confusa. También criticó las conclusiones del informe de la perito Virginia Berlinerblau, a quien le adjudica haber llevado adelante un interrogatorio “sugereente” con cierto grado de contaminación por la entrevista previa a la madre del niño,

Finalmente, la defensa se apoyó en el informe pericial presentado por las peritos Adriana Knuchel, Claudia Norry, María Cecilia Bueres y Silvia Aranda Coria (fs. 215/219) según el cual no se



habían encontrado indicadores del abuso y se agravió de que esa “*fundamental pieza probatoria*” haya sido descartada por el tribunal.

En función de lo expuesto, solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su defendido, por aplicación del art. 3, CPPN.

III.- Puestos los autos en la oficina (arts. 465, 4º párrafo, y 466 del CPPN) se presentó la querellante V. A. M., con sus abogados apoderados Arnaldo Germán Pereira dos Santos y Marcia Mabel Frescour (fs. 823/827 vta.), sosteniendo la condena.

En particular, presentaron observaciones sobre las condiciones en las que se realizó la entrevista del niño, en Cámara Gesell, sobre la calidad del relato que dio niño en esa ocasión, sobre la irrelevancia de la conflictiva a partir del divorcio del imputado y la denunciante, y sobre las características de los niños con TGD, sus limitaciones de expresión y léxico, y su incapacidad para mentir. Destacó que era posición de la querrela que el niño debía ser oído, que él había manifestado su deseo de declarar en el juicio, y que el tribunal oral fue el que denegó su audiencia sobre la base de la opinión de la perito Berlinerblau. Finalmente, se refirió a las opiniones de los peritos Knuchel, sobre la incapacidad de los niños con TGD para construir, trasladar y sostener mentiras, Berlinerblau, sobre las razones por las que no todo abuso sexual deja entrever secuelas traumáticas detectables pericialmente, y la de los peritos Moreto, Pigliacampi, Berlinerblau, Giambo y Norry, que junto con los anteriores opinaron que el niño había sido veraz.

Se llevó a cabo la audiencia reglada en los artículos 465 y 468 CPPN a la que sólo asistió la parte querellante (fs. 842); una vez superada esta etapa, y luego de la deliberación según el art. 469 CPPN, el tribunal ha llegado a un acuerdo del modo que a continuación se indica.

El juez **Gustavo A. Bruzzone** dijo:





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

I. En primer lugar debo decir que el recurso es admisible porque se dirige contra una sentencia de condena (art. 457, CPPN) y los agravios fueron debidamente canalizados, conforme lo dispuesto en el art. 456 del código citado. Por otro lado, conforme la doctrina que surge del fallo “**Casal**” de la CSJN, la tacha de arbitrariedad en la valoración de la prueba, determina que se debe agotar la capacidad de revisión de todo aquello que sea “revisable” en esta instancia, en donde el límite lo traza la percepción directa que los jueces del tribunal de juicio obtienen de la prueba a través de la inmediación, para la determinación de los hechos que acreditan la imputación.

II. Inicio de la cuestión

El primer aspecto a destacar en este caso es que la prueba fundamental de cargo sobre la cual se erige el pronunciamiento condenatorio no ha sido rendida en el curso del debate oral, pese a que la fiscalía y la querrela expresamente solicitaron que se le recibiera declaración al menor. Sólo contamos con la incorporación al juicio de la filmación de la Cámara Gesell que tuvo lugar el 14 de mayo de 2010.

En este sentido es importante destacar que frente a la solicitud durante el juicio, tanto de la fiscalía como de la parte querellante, para que el presunto damnificado prestara declaración testimonial, el tribunal entendió que haría lugar *“siempre que un examen previo de una profesional indique sobre la conveniencia de este testimonio y no se corra el riesgo de una revictimización del menor”* -fs. 696-.

En respuesta, la Dra. Berlinerblau del CMF manifestó que *“si bien el niño se ha mostrado predispuesto y colaborador en el presente examen, se considera que no resultaría conveniente la realización de una nueva Cámara Gesell, teniendo en cuenta el interés superior del niño y que han pasado aproximadamente 4 a 5*



años de la denuncia” -fs. 737-, por lo que el tribunal oral, en consecuencia, basándose en esa recomendación dispuso no recibirle nueva declaración a M. -fs. 741-.

Es decir, las partes -y el tribunal mismo- se vieron privadas de llevar adelante un análisis directo e inmediato del relato del único testigo del presunto hecho (quien a la fecha del juicio ya contaba con catorce años de edad).

En virtud de ello fue necesario recurrir a la grabación de la Cámara Gesell llevada a cabo con el menor durante la instrucción del asunto, en el año 2010. Aquella entrevista estuvo a cargo de la Lic. Moretto, quien volcó sus conclusiones en el informe de fs. 61/63, pero no pudo ser citada al juicio a raíz de su fallecimiento. Su informe se incorporó por lectura al debate.

En esa pieza la psicóloga dejó asentada la impresión que tuvo del menor en el transcurso de la entrevista. Como aspectos relevantes, puede destacarse que la profesional dejó asentado que: *hay imprecisiones en sus expresiones; fallos en la memoria; atención algo dispersa; se trata de un relato breve pero coherente, con una presentación algo estructurada; el discurso no es fluido; las imprecisiones y pobreza de detalles parecen ser producto de un bajo nivel de su desarrollo cognitivo.* A raíz de lo expuesto, concluyó en que **“su testimonio es probablemente verosímil”**.

Es importante remarcar, a su vez, las dos últimas preguntas que la Lic. Moretto le realizó al niño, lo que demuestra el énfasis que puso para saber si el relato resultaba creíble:

- (Minuto 39:54) “¿Alguien te ha dicho que tenés que decir la verdad?”, a lo que M. respondió: “Mi mamá. Porque mi papá, cuidado que miente”.

- (Minuto 41:41) “Entonces, si a vos te decían que tenés que decir la verdad [...], ¿esto que te hizo papá es verdad?”, a lo que el niño respondió: “Sí”.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

En síntesis, la conclusión global del dictamen a la que arribó Moretto acerca de la “posible verosimilitud” del testimonio del niño, como bien dijo el vocal Ramos Padilla en la sentencia, “*generó la producción de otras pruebas y sin duda fue materia de análisis durante el debate desde las distintas posiciones de las partes*” -fs. 772vta.-.

Es decir, que ese dictamen careció de la contundencia necesaria para tener por acreditados los dichos del niño.

En esta línea, se procedió a realizar una nueva peritación psiquiátrica respecto de M.. Este dictamen obra a fs. 85/92 y fue considerado por el *a quo* como una prueba categórica para arribar a la sentencia condenatoria.

No obstante, entiendo que asiste razón a la defensa en punto a que el informe pericial realizado por la Dra. Berlinerblau presenta contradicciones. Es decir, la perito realizó ciertas afirmaciones que parecerían difíciles de compatibilizar unas con otras.

Así, la frase “*El desarrollo madurativo y cognitivo encuadra dentro de los esperado por la edad cronológica y el medio sociocultural*” -fs. 88-, no encuentra correlato con una de sus conclusiones: “*Presenta un retraso leve en su desarrollo madurativo; Su nivel de imaginación y de fantasía se observan descendidas*” -fs. 92-.

Por otro lado, al cotejar este dictamen con otros que se encuentran en la causa, también se advierten serias contradicciones.

Por ejemplo, la Lic. Moretto habla de “*fallas en la memoria*” -fs. 63-, y la Dra. Berlinerblau manifiesta que M. tiene “*memoria sin particularidades*” -fs. 87-. Así también, la psicóloga Moretto revela que “*se observan limitaciones en el desarrollo del lenguaje expresivo*” -fs. 61-, mientras que la médica Berlinerblau sostiene que “*se expresa con palabra clara*” -fs.87-.



Del mismo modo, también se observan contradicciones entre la conclusión del dictamen pericial de la Dra. Berlinerblau respecto del realizado a fs. 215/219 por los psicólogos Bueres, Norry, Knuchel y Aranda Coria. La primera concluyó que *“se observan indicadores en su discurso, conducta y correlato afectivo/emocional compatibles con padecimiento sexual”* -fs. 92-, al tiempo que los segundos manifestaron que *“no surgen indicadores específicos compatibles con secuelas emocionales, cognitivas ni conductuales postraumáticas de naturaleza psicosexual”* -fs. 219-.

Estas contradicciones no fueron observadas por el *a quo*. Contrariamente, en lo que respecta a la peritación realizada por la Dra. Berlinerblau, los magistrados de juicio se contentaron con la explicación que brindó durante su declaración testimonial en el debate. Allí, dijo que incurrió en error al afirmar que *“El desarrollo madurativo y cognitivo encuadra dentro de los esperado por la edad cronológica y el medio sociocultural”*, toda vez que debió haber aseverado la frase en sentido negativo.

Por otra parte, el tribunal tuvo por válida la conclusión del dictamen de la Dra. Berlinerblau en punto a la existencia de indicadores de perturbación sexual, y descartó el dictamen de fs. 215/219 que se erigió en sentido contrario. Los argumentos para quitar entidad a esta experticia fueron dos: a) el tiempo transcurrido desde la fecha del presunto hecho (catorce meses aproximadamente), dado que el niño ha estado sometido durante ese tiempo a tratamientos psicológicos, lo que podría haber mitigado las secuelas traumáticas en su psiquis; y b) la metodología de abordaje de la experticia, la que, según se dijo, no es la más adecuada como para permitir que el niño se explaye con la tranquilidad y seguridad que reclama esta situación traumática, toda vez que fue realizada en presencia de cuatro profesionales.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

Por demás, hay que destacar que en la causa existen otros informes periciales presentados por las partes en el proceso. A modo de ejemplo, señalo que el informe de fs. 253/263 realizado por la psicóloga Giambó, perito de la querrela, concluyó que *“hay indicadores de perturbación sexual”*, mientras que el dictamen confeccionado por el psiquiatra Munilla a pedido de la defensa, estimó que *“la validación de la acusación de abuso sexual merece la calificación de abuso indeterminado a no creíble”*, y que *“la valoración del testimonio del menor merece la calificación de testimonio indeterminado a no confiable”*.

Es decir, hay un cúmulo de peritajes con resultados antagónicos que lejos de aportar certeza, siembran dudas.

Por ello, de la reseña llevada a cabo hasta aquí, no puedo sino concluir que los referidos dictámenes periciales se erigen como elementos de juicio aislados que no logran adquirir la entidad suficiente para justificar una decisión condenatoria más allá de toda duda razonable.

III. Acerca de la relación conflictiva entre denunciante y denunciado.

Es pertinente conocer la relación que como ex pareja mantenían la denunciante M. y el imputado G..

De la compulsa de la causa se desprende que la mala relación entre ellos, por lo menos desde que canalizaron sus diferencias por la vía formal, tuvo su inicio en el año 2004, coincidente con el momento en que decidieron separarse de hecho (más precisamente, el 30 de enero de ese año, según dichos de M. durante el debate).

A partir de allí comenzó una disputa judicial entre ambos que incluyó denuncias cruzadas por diferentes delitos, modificaciones en el régimen de visitas de su hijo, y que culminó el 5 de marzo de 2010 con la denuncia que dio origen a esta causa.



Ello no implica de ninguna manera que la denunciante haya inculcado el relato en el niño, sino que tan sólo sirve como dato para entender la atmósfera familiar.

IV. Acerca del alcance de lo que el niño relató.

Resultan coincidentes las manifestaciones de V. M. y de M. M. -su pareja en ese momento- respecto al momento y contexto en que M. G. les reveló lo sucedido.

Ambos sostuvieron que ello ocurrió mientras viajaban a bordo de su vehículo “*de Ballester a Tortuguitas, o al revés*”. Ninguno pudo precisar durante el desarrollo de toda la investigación cuál era la dirección en que se dirigían.

Conforme surge de las declaraciones testimoniales de la madre de M., prestadas en etapa de instrucción y de debate, al regresar de las vacaciones de verano que habían tenido lugar con su padre durante la primera quincena del mes de febrero de 2010, el niño le manifestó a M. y a M. M., que el padre -D. G.- apoyó su pene contra el pene de su hijo y luego le quiso apoyar el pene en su cola.

Tres meses después de la fecha del hecho presuntamente ocurrido, el niño fue interrogado de acuerdo a las previsiones del art. 250 *bis* del CPPN, momento en que a preguntas de la psicóloga respondió que no veía a su padre “*porque me puso el pito en mi pito y también me puso el pito en la cola*” (minuto 10:40 de la Cámara Gesell).

En el juicio oral, prestó declaración testimonial M. M. (cfr. video del debate, “juicio 3”, minuto 13:48) quien luego de que el fiscal reiteradamente le formulara preguntas para que precisara con detalle la frase que habría expresado el niño, afirmó que éste había dicho “*pito-pito, pito-cola*”, subrayando que esa frase fue expresada **sin conectores**.

Ello se contradice con lo manifestado por la madre del niño, quien en el debate dijo que luego de preguntarle insistentemente a M.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

por qué no quería ver a su padre, éste le respondió que era porque *“el papá le había puesto el pito en el pito y el pito en la cola”* (cfr. video del debate, “juicio 2”, minuto 01:10:01).

Es importante destacar que las frases *“pito-pito, pito-cola”* y *“pito en el pito y el pito en la cola”* pueden contener un sentido objetivo y subjetivo bien distinto.

Durante el desarrollo del juicio oral se suscitó, al respecto, un diálogo entre uno de los magistrados y el testigo M.. Allí, el juez Pérez Lance lo interrogó de forma directa y le preguntó por qué a la locución *“pito-pito, pito-cola”*, (sin conectores, tal como él afirmó, y pronunciada por un niño de nueve años de edad) debía otorgársele un contenido sexual, al tiempo que respondió que fue porque *“no me pareció normal lo que estaba escuchando de M., que lo decía con tanto llanto”* (cfr. video del debate, “juicio 3”, minuto 34:40).

Es decir, en primer lugar se presentan versiones diferentes sobre lo que concretamente expresó el niño, las que no deberían variar pues M. dijo lo que dijo una misma vez y dirigido a su madre y a M., quienes se encontraban al lado suyo adentro del mismo vehículo.

Por otro lado, más allá de que cada uno manifestó haber oído cosas diferentes, tanto M. como M. fueron coincidentes en conferirle el mismo sentido a lo que escucharon, esto es, que el padre había abusado sexualmente de su hijo.

V. Acerca del dictamen del MPF.

Al momento de los alegatos, la fiscalía solicitó la absolución del imputado toda vez que no pudo tener por probado el hecho por el que se lo acusara.

Al respecto, entiendo que el fiscal Yapur analizó y valoró de forma detenida, objetiva y precisa la prueba reunida en el proceso e incorporada al debate, compatibilizándola con las declaraciones brindadas por los testigos del hecho, lo que lo condujo, correctamente,



a afirmar que se presentaba un estado de duda que en virtud de lo normado por el art. 3 del CPPN, imponía la absolución.

El representante del MPF, más allá de exponer su descontento con la decisión del tribunal de no citar a declarar nuevamente al presunto damnificado, también dictaminó, de modo acertado, que la frase que expresó M. *“está rodeada de una carencia de detalles de contexto y alguna contradicción entre ellos, que no permiten considerarlo como un relato sólido que no deje lugar a dudas razonables. [...] Por el contrario, se trata de un relato pobre, rudimentario, que carece de detalles y espontaneidad. Además en él no se percibe un correlato afectivo y físico entre lo que dice el menor y sus gestos, correlato que sí se percibe en la filmación con relación a una anécdota que no tiene que ver con el hecho traído a juicio”*. Luego, señaló que *“el niño hace referencia a que él sabía que el padre le pegaba, que cuando se le pregunta con relación a ese episodio, dice que no, que él no se acuerda de esto, que se lo contó su madre pero que es verdad. Hay un refuerzo de la idea de que tiene que ser creído más allá de que él no guardara recuerdo, porque si lo contó la mamá tenía que ser verdad. Ello no implica sostener que el chico mienta o que no sea cierto lo que dijo, sino que después del juicio y la Cámara Gesell, no se sabe con certeza lo que pasó y por ende no es posible sostener la acusación”* -fs. 762vta.-.

Seguidamente, hizo hincapié en las contradicciones existentes en la forma en que fue revelado el caso y en el aporte poco esclarecedor de las peritaciones obrantes en la causa, todo lo cual ya he analizado oportunamente en este voto.

En consecuencia, por las consideraciones expuestas y haciendo propias las dudas de la fiscalía durante el juicio oral, votaré por la absolución del imputado D. A. G., como propone la defensa, toda vez que existe un supuesto de duda en favor del acusado, que impide convalidar la condena dispuesta, por carecer el caso de la certeza





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

correspondiente acerca de la hipótesis acusatoria presentada por la querrela (art. 3, CPPN).

Tal es mi voto.-

La jueza **María Laura Garrigós de Rébora** dijo:

Habré de coincidir con el análisis que hace el juez Bruzzone de la decisión sometida al análisis de este tribunal.

A mi modo de ver, en ocasión de valorar los dichos de los menores, cuando estos no son convocados al juicio para que las partes puedan cotejarlos, corresponde que el juzgador extreme los recaudos y exprese con detalle el análisis del testimonio brindado en Cámara Gesell, demostrando sin lugar a dudas por qué acuerda a esos dichos coherencia y veracidad para fundar sobre ellos el juicio de certeza que se requiere para arribar a una decisión condenatoria.

En el caso de autos, como bien lo demuestra el voto al que adhiero sustancialmente, se pone en evidencia que los dichos de la víctima presentan fisuras que no pudieron ser superadas por su ratificación o rectificación en la audiencia. Como consecuencia lógica, los miembros del tribunal *a quo* debieron echar mano del análisis de los profesionales que intervinieron en recabar esa declaración y que fueron convocados por las partes para ilustrar sobre la capacidad y estado del damnificado.

Es que estos informes fueron el único medio con que contaron las partes y el tribunal para evaluar la prueba fundamental para verificar la hipótesis acusatoria, dado que los dichos de la madre del damnificado y quien fuera su pareja, sólo son directos en relación a los dichos del entonces menor y tampoco existe ninguna otra prueba objetiva -tal como informe médico que diera cuenta de lesión-.

Siendo ello así, y porque esos informes que rindieran los expertos no son coincidentes sobre aspectos fundamentales del testimonio, estas contradicciones debían ser despejadas o bien, un informe debió ser desechado, con razones fundadas, al tiempo que se



sostiene otro, también sobre la base de un análisis cotejable por las partes.

Si esto no es así, es decir si subsisten contradicciones entre los expertos que informan al tribunal sobre temas que no son de la experticia propia de los magistrados, no es posible fundar el juicio certero sobre una línea y abandonar la otra. Consecuentemente no se cuenta con base probatoria para arribar a una decisión como la que viene en estudio. Por ello, considero que la sentencia se debe casar como propone el juez Bruzzone a cuyo voto, reitero, adhiero.

El juez **Luis M. García** dijo:

Este es un caso difícil. Y es difícil porque no es claro cuál es el caso de la defensa que ha interpuesto el recurso de casación. Trataré de esclarecer sintéticamente mi punto de partida.

1. La defensa reclama en su escrito de interposición del recurso de casación que esta Sala revise los fundamentos de la sentencia de condena, agregados a fs. 761/780 vta. según el estándar fijado por la Corte Suprema en el caso publicado en Fallos: 328:3399 (“*Casal, M. Eugenio*”). Alega también arbitrariedad.

Adelanto que, bajo esta calificación, no construye un verdadero caso de arbitrariedad de sentencia por defecto de fundamentación o fundamentación contradictoria, que eventualmente pudiese encuadrar en el enunciado en el art. 456, inc. 2, CPPN, y que fuese de tal relevancia que privase de validez a la sentencia por no satisfacer el art. 404 CPPN, sino que su recurso está totalmente construido sobre la base de argumentaciones de valoración de los elementos de convicción relevados en la sentencia, y en la conclusión de que no se han probado los hechos de la acusación más allá de toda duda razonable, lo que pretende, conduce a una absolución por aplicación del art. 3 CPPN.

La materia no está comprendida de manera estricta en la primera de esas disposiciones, pero ello no impide que el recurso de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

casación deba ser abordado siguiendo el estándar de revisión sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso de Fallos: 328:3399 (“*Casal, M. Eugenio*”), como lo postula el recurrente. Este estándar impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 23 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay); ello con la siguiente salvedad: la jurisdicción de revisión queda circunscripta a los agravios presentados y no implica una revisión global de oficio de la sentencia (art. 445; *vide* también consid. 12, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).

Me remito en este aspecto, en razón de la brevedad, a las consideraciones de la sentencia del caso “*Álvarez, José Gustavo*” de esta Sala 1 (causa n° 9749/2011, rta. 23/12/2015, reg. n° 811/2015), en el que dejé sentado el marco teórico en el que entiendo debe llevarse adelante la revisión de la sentencia de condena recurrida, según los estándares fijados en el caso de Fallos: 328:3399.

Ahora bien, el condenado tiene derecho a promover la revisión integral de su condena con arreglo a ese estándar, que no tiene por objeto un juicio originario sobre la acusación, sino un juicio sobre las conclusiones de hecho de la sentencia impugnada, escrutinio que no se restringe a supuestos de arbitrariedad, en el que la jurisdicción de esta Cámara de Casación no está ceñida a remediar la arbitrariedad fáctica y comprende a la revisión de la construcción de la sentencia, incluso en lo concerniente a la valoración de la prueba, y en particular, si se han dado razones con arreglo a la sana crítica para sostener, fuera de toda duda razonable, que el imputado ha satisfecho todas las condiciones de hecho para la aplicación de una pena (confr. mi voto en esta Sala 1, causa número 2.109/2015, “*Borjas Díaz, Roberto Andrés*”, sent. de 14/10/2015, reg. n° 549/2015).



A este respecto, se impone observar que el recurso de casación traído ante esta Sala sólo acierta parcialmente a delinear su objeto, porque confunde la jurisdicción originaria para resolver sobre la acusación con la revisión de la corrección de la sentencia de condena, que presupone, más que una presentación de alegaciones de hecho para contradecir la acusación, una crítica puntual y razonada de todos los fundamentos decisivos de la sentencia de condena. Porque, insisto, la instancia de casación no es un juicio sobre la acusación, sino un juicio sobre la sentencia (causa n° 31.287/2014, “*Cordero, Facundo Ernesto Nahuel*”, Sala1, sent. de 30/10/2015, reg. n° 605/2015).

Por cierto, en ese juicio crítico de la sentencia cabe examinar todas las afirmaciones de hecho y su correlación con un sustrato probatorio invocado en la sentencia, para comprobar si se ha expuesto un fundamento de hecho suficiente para establecer su certeza.

Mientras que la insuficiencia de fundamentos podría dar lugar a una duda razonable y a la absolución por aplicación del principio *in dubio pro reo*, la inexistencia de fundamentos lleva a la invalidez de la sentencia (confr. causa n° 259/2011, “*Romero, Santiago Nicolás*”, Sala 1, sent. de 21/02/2018, reg. n° 101/2018)

El escrito de interposición del recurso de casación trae de modo promiscuo argumentaciones sobre los elementos de prueba recogidos en la instrucción, la evolución de la actividad instructoria, algunas consideraciones sobre parte de los elementos de prueba producidos en la audiencia de debate, y algunas críticas a los fundamentos de la sentencia de condena, que en la especie corresponden a la mayoría del Tribunal Oral, integrada por los jueces de primero y segundo voto. El juez de tercer voto también ha concluido que los hechos de la acusación de la querrela habían sido probados, pero sobre la base de una apreciación de la prueba parcialmente diferente, que la defensa no tiene la carga de refutar, pues esa opinión individual no es soporte





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

argumental de la parte dispositiva (art. 398, párrafo segundo, CPPN), aunque el resultado propuesto coincida parcialmente.

2. Al cabo del debate el representante del Ministerio Público había solicitado la absolución del imputado, por aplicación del art. 3, CPPN, mientras que la querellante había sostenido la acusación que había traído en el requerimiento de remisión a juicio (fs. 463/470 y acta del debate fs. 724 vta. y 743).

En la pieza requirente la querellante, había atribuido a D. G. “el haber abusado sexualmente de su propio hijo menor de edad (en ese tiempo, de 9 años), M. A. G., quien padecería un retraso mental madurativo, en el suceso acaecido el último fin de semana del mes de febrero del año 2010, en el interior de su domicilio real, sito en la calle Olaya 1XXX, piso X, depto.. ‘X’, de esta Ciudad”. Sostenía que “estando el imputado en la cama con el niño le habría apoyado el pene suyo contra el pene de dicho menor, y al molestarse éste último el acusado habría intentado apoyarle su pene en los glúteos del niño damnificado, circunstancia que enojara a la víctima para salirse de tal situación”. También sostenía que “el imputado haría dormir al niño junto a él, quien normalmente se acostaría sin ropa interior, hecho no autorizado por la mamá” y también que “el imputado hacía que se bañen juntos, dándole palmadas en sus glúteos”.

Al cabo del debate, al formular su acusación, la querellante mantuvo sustancialmente la acusación, alegando que entendía probado más allá de toda duda razonable que el imputado había violentado la libertad y reserva sexual del niño mediante “actos de tocamiento sexuales impúdicos, que violentaron la inocencia del menor, su candor y su libertad e intimidad”. Se refirió a los dichos del niño en ocasión de la entrevista en Cámara Gesell y calificó los hechos como “abuso sexual infantil por parte de su progenitor” [SIC] a tenor del art. 119, párrafo primero, inciso “b” y último párrafo, CP, y pidió se le impusiese la pena de 6 años y 11 meses de prisión y



costas, más accesorias del art. 12 del CP (confr. acta del debate, audiencia del día 17 de septiembre de 2015, fs. 743 vta.).

En su alegato final la defensa había articulado sus argumentos alrededor de un informe pericial psicológico que no había encontrado indicadores de trauma por abuso sexual, en la inferencia de que la pobreza del relato del niño sugería que éste había sido “inoculado” con la finalidad de separar al niño de su padre, y en sospechas sobre la “pasividad” de la madre en el momento inicial en que habría ocurrido la revelación del hecho, porque no había consultado a ningún médico ni psicólogo.

Así se apoyaba la defensa en el informe pericial de fs. 215/219, que según alegaba alejaba toda sombra de duda acerca de la existencia de una sintomatología. Argüía la existencia de un “accionar” que había conducido a que el niño hubiese perdido contacto con su padre argumentando que no hace falta recurrir a la mentira, lo que hacía necesario indagar si el niño mentía, porque un falso relato puede instalarse en la mente de un niño y éste incorporarlo como cierto. La defensa tomaba nota de la opinión de los peritos que informaron que un niño con trastorno general del desarrollo (TGD) no tenía capacidad para mantener una mentira compleja, y alegaba que en el caso no había una mentira compleja, sino una expresión rudimentaria repetida por el niño: “papá pito con pito y pito con cola”, lo que postuló no alcanzaba para fundamentar una acusación. Sostenía que desde la entrevista en la primera “Cámara Gessel el niño siempre había repetido esa frase, pese a que su nivel de comunicación, según informe de la licenciada Berlinerblau, es prácticamente normal, se expresa con lenguaje rico y es comunicativo. Argumentaba que era insostenible que una persona que cursa 3º año del secundario debe expresar todavía hoy que el supuesto abuso consistió en: “papá pito con pito y pito con cola”. De allí infería que esa expresión había sido inoculada en algún momento en la mente del niño y se mantuvo a lo largo del





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

tiempo. Rechazó también la posibilidad de que el transcurso del tiempo o el tratamiento psicológico al que habría sido sometido el niño habrían borrado los indicadores que originariamente habrían existido, indicadores que cuatro expertos habían descartado. Según la tesis de la defensa, apoyándose en la opinión de la psicóloga Knuchel sobre la inexistencia de “rastros de abuso” pese a las técnicas aplicadas, no existían indicadores porque no existieron nunca. Adjudicó a la madre una “incomprensible pasividad” después del supuesto hecho originariamente denunciado, argumentando que no era concebible que ella no hubiese formulado una consulta ni clínica, ni psicológica ni psiquiátrica. Concluyó afirmando la existencia de una duda insuperable, y peticionó la absolución por aplicación del art. 3 CPPN.

En la sentencia, el juez del primer voto que conformó la mayoría no relató circunstanciadamente el hecho objeto de la sentencia, sino que comenzó por declarar que “se encuentra plena y legalmente probada la existencia material de los hechos descriptos en los requerimientos de elevación a juicio y la autoría penalmente responsable de D. A. G.” (fundamentos, fs. 764). Esta lacónica frase suscita dos observaciones.

Primero, si bien es de buen criterio que el tribunal de mérito defina, aunque sea sucintamente, cuál es el hecho que tiene por probado, el defecto de descripción no afecta la validez de la sentencia porque el art. 399 CPPN se contenta con que ella contenga “la enunciación del hecho y las circunstancias que hayan sido materia de acusación” y “la exposición sucinta de los motivos de hecho y de derecho en que se fundamente”. De modo que ha de entenderse que, no sostenida la acusación por el representante del Ministerio Público Fiscal (acta de debate, audiencia del día 17 de septiembre de 2015, fs. 743 vta./747), ha de asumirse que la declaración transcrita en el párrafo anterior se restringe a la comprobación de los hechos al



requerimiento de remisión a juicio de la querrela (463/470), con una salvedad ulterior.

Segundo, al momento de subsunción típica bajo la figura de abuso sexual del art. 119, primer párrafo, CP, en el primer voto sólo se ha examinado como relevante a los fines de la tipicidad un único hecho, consistente en que “el delito se materializó cuando el acusado tocó con su miembro viril el de la víctima e intentó apoyarlo sobre sus glúteos”, caso en el que sentenció que “no hay duda del contenido sexual del hecho y del carácter libidinoso de la conducta del acusado”, agregando que “la minoridad de la víctima no admite como excusa su consentimiento, aunque esta circunstancia no fue esgrimida por el acusado ni alegada por la defensa”. De modo que, en defecto de recurso acusatorio, entiendo que las demás descripciones del requerimiento de remisión a juicio de la querrela, según la cual el imputado mantenía prácticas de colecho con el niño, sin ropa interior y de bañarse en aparente promiscuidad con éste, palmeándole los glúteos, no pueden integrar la base fáctica de la condena por abuso sexual, aunque puedan eventualmente tener relevancia en el momento de la apreciación conjunta de los elementos de prueba.

3. El voto mayoritario ha construido el sustento de su convicción, de manera dirimente, en el relato del niño, declarando que “la prueba más importante son los dichos de la víctima”.

No ha conocido directamente del niño el relato, sino de manera mediatizada, por los registros de la entrevista que durante la instrucción había realizado la perito psicóloga del Cuerpo Médico Forense, Selva Magdalena Moretto según el art. 250 *bis* CPPN, registros que no fueron incorporados por reproducción en la audiencia aunque se pusieron a disposición del tribunal y de las partes (confr. acta del debate, audiencia del día 8 de septiembre de 2015, fs. 725, y audiencia del día 17 de septiembre, fs. 61/63), por las notas del relato que aquélla tomó parcialmente y transcribió en el informe de fs.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

87/92, por vía del informe de la perito psiquiatra Virginia Berlinerblau en ocasión de examinar al niño que ha transcrito también pasajes de sus expresiones (fs. 85/89), por la declaración testifical prestada por la madre del niño, V. Andrea M., por la declaración testifical de M. M., que a la época de los hechos mantenía una relación de convivencia con la madre y con el niño,

El voto mayoritario ha confrontado ese relato con las opiniones emitidas por las dos peritos antes mencionadas, y también ha tomado nota de las emitidas por los licenciados en psicología Adriana Knuchel, Liliana María Giambó, Horacio Luis Munilla, María Cecilia Bueres, Claudia Norry y Elizabeth Aranda Coria.

En el voto que se revisa, el *a quo* ha relevado, en primer lugar, las transcripciones de los dichos del niño asentadas en el informe de fs. 61/63, pero no las ha reproducido en la sentencia, declarando “entre ellas está el que se refiere a los hechos que dieron origen a estas actuaciones: ‘no lo veo porque me puso su pito en mi pito y me puso el pito de él en mi cola’ [...]”. Más adelante, contestando a alegaciones de la defensa sobre lo que el niño habría realmente dicho, se refirió al registro de audio de la entrevista realizada según el art. 250 bis CPPN, expresando: “aunque con esfuerzo, el contenido es audible y entendible mediante la utilización de auriculares, que en la audiencia fueron ofrecidos a las partes, para la mejor escucha del contenido de la video grabación de la entrevista en la Cámara Gesell. Además, se cuenta con el auxilio de la versión escrita de ese acto, realizado con la intervención de la licenciada Moretto, advirtiéndose con claridad cómo tomó nota de lo que dijo el niño y cómo repreguntó cuando necesitó completar la respuesta. Circunstancia más que clara con relación al relato que se refiere concretamente a la imputación”. Y a continuación contestó a la defensa “No hay media lengua en la manifestación de este episodio como refiere el fiscal. La expresión ‘pito con pito y pito con cola’ que este magistrado le atribuye no es la



escuchada en la videograbación ni la recogida por la licenciada Moretto, según la transcripción de los dichos del menor”.

En otro orden el *a quo* recogió el pasaje del relato que el niño hizo a la perito psiquiatra Virginia Berlinerblau transcrito en el dictamen que ésta presentó a fs. 85/92. En este caso el *a quo* ha transcrito el siguiente pasaje del dictamen en estos términos: “En esa ocasión M. G. vuelve a expresar de manera similar los hechos que atribuye a su padre: ‘Mi papá me puso el pito en mi pito y también me puso el pito en la cola [...] Casi cuando terminaron las vacaciones con él... un fin de semana, un sábado o domingo”.

También relevó el primer voto la declaración de la madre del niño, V. A. M.. Si bien no reprodujo en la sentencia sus dichos, afirmó que ella “Expresó los dichos de su hijo al respecto en los mismos términos en que éste lo hizo en la Cámara Gesell y a la doctora Berlinerblau”.

De lo que dijo el testigo M. sobre el relato del niño la sentencia no dice nada, salvo que ella habría ocurrido en el mes de febrero, mientras se encontraban en el auto. Asumiré que el *a quo* no ha tomado a este testigo para conocer el contenido del relato, sino para contextualizarlo en las circunstancias de tiempo y lugar.

Una vez establecido cómo ha conocido mediatamente el *a quo* el relato del niño, tomo nota de que el primer voto ha confrontado el relato en sí, con los dictámenes de peritos que lo recibieron, con ciertos datos de las declaraciones de la madre y quien entonces mantenía con ella una relación de pareja, y descartó que las opiniones de los licenciados en psicología Adriana Knuchel, Liliana María Giambó, Horacio Luis Munilla, María Cecilia Bueres, Claudia Norry y Elizabeth Aranda Coria fuesen idóneos para poner en duda la veracidad del relato del niño.

Tomó nota de la opinión de la licenciada en psicología Selva Magdalena Moretto, que en su informe de fs. 61/63, expresó: “se trata





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

de un relato breve pero coherente; con una presentación algo estructurada; el discurso no es fluido sino que es necesario hacer numerosas preguntas para obtener mayores precisiones [...] El niño verbaliza sentimientos de desagrado y de rechazo ante tales conductas paternas y expresa que no tiene ganas de verlo [...] las imprecisiones y pobreza de detalles parecen ser producto de un bajo nivel de su desarrollo cognitivo. Pese a ello M. acompaña su relato con algunos gestos y precisiones que surgirían de su vivencia personal”. También tomó nota el *a quo* de que la perito concluyó que su testimonio es “probablemente verosímil”.

Del informe de la perito Berlinerblau, el *a quo* dio relevancia a la observación de ésta en punto a que, cuando el niño se refirió concretamente a los hechos de la acusación, el niño suspiró abatido; dio relevancia a los sueños y miedos declarados a la perito, y a que ésta observó que se encontraba “bloqueado emocionalmente”. Finalmente relevó que la psiquiatra forense concluyó: “El niño M. A. G., al momento del examen, no presenta indicadores de psicopatología aguda ni descompensación. Presenta un retraso leve en su desarrollo madurativo. Su nivel de imaginación y de fantasía se observan descendidos. No se detecta fabulación patológica ni sobrecarga imaginaria patológica. Se observan indicadores en su discurso conducta y correlato afectivo/emocional compatibles con padecimiento sexual; evidenció un conocimiento sexual inapropiado para la edad, expresado de modo coherente, contextualizado y con detalles; desde una perspectiva y lenguaje infantil, con correlato emocional displacentero, siendo el mismo mantenido en el tiempo, con signo sintomatología de tipo post-traumática”.

También el *a quo* ha constatado la existencia de persistencia en el relato del niño, así, partió del relato en Cámara Gesell ante la licenciada Moretto, y observó que en ocasión de la entrevista con la



médica psiquiatra Berlinerblau “M. G. vuelve a expresar de manera similar los hechos que atribuye a su padre”.

Se refirió también a la declaración de la madre del niño, y sometió ambos relatos a confrontación, comparando la declaración del niño en Cámara Gesell con el relato que reproduce la médica, se observa en la sentencia: “en esta segunda ocasión en que el niño relata los hechos imputados los sitúa temporalmente, circunstancia que coincide con la época en que la madre del menor lo hace y también la pareja de ella, M. M.”. También ha confrontado los dichos del niño con los de su madre, en cuanto había situado los hechos en un fin de semana a fines de febrero de 2010, en el que le correspondía estar con su padre, y en particular en cuanto ella había declarado que “después de su regreso y a partir del lunes siguiente, M. no quería hablar por teléfono con su padre como lo hacía habitualmente”, y que “unos días después, en la misma semana, reveló los hechos que se atribuyen al acusado”. Sobre esta testigo estimó el *a quo* que “expresó los dichos de su hijo al respecto en los mismos términos en que éste lo hizo en la Cámara Gesell y a la doctora Berlinerblau”.

Finalmente, tomó nota de la declaración del testigo M. M. sólo en cuanto había ubicado la revelación en el mes de febrero y dicho que “la revelación se produjo mientras ambos estaban en su auto”.

Sobre esa base concluyó que “la prueba es simple y contundente. No se advierten motivos para dudar de los dichos del menor, quien antes de contar los hechos venía de pasar sin queja alguna las vacaciones con el imputado”. Estimó que “la reiteración de su versión de los hechos de manera casi idéntica ante las profesionales Moretto y Berlinerblau, las conclusiones de las nombradas sobre las características que tornaban creíbles sus dichos, la existencia según la última de indicadores “en su discurso, conducta y correlato afectivo/emocional compatibles con padecimiento sexual” y “la no detección de fabulación patológica ni sobrecarga imaginaria





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

patológica”, no dejan lugar a dudas sobre la real existencia de los hechos imputados y la autoría del acusado”.

En la sentencia se han abordado las argumentaciones defensivas.

En lo que concierne a los informes de las licenciadas en psicología Adriana S. Kunchel (de fs. 197/198), Liliana María Giambó (de fs. 256/263), del licenciado Horacio Luis Munilla (de fs. 526/538), y después de prevenir que “formulan conclusiones que en cada parte que los encargó”, relativizó su valor señalando “la falta de control sobre su producción por parte del Tribunal y las contrapartes (...) no obstante la declaración de los nombrados en la audiencia”. También tomó nota del informe psicológico presentado por los peritos del Cuerpo Médico Forense, licenciadas Claudia Norry y Cecilia Bueres, y las peritos de parte Adriana S. Knuchel y Elizabeth Aranda Coria (fs. 767) “quienes concluyen aproximadamente -catorce meses después del hecho- que el material psicodiagnóstico de M. G. ‘no surgen indicadores específicos compatibles con secuelas emocionales, cognitivas ni conductuales postraumáticas de naturaleza psicosexual’ y declaró que el informe “en nada afecta la credibilidad de los dichos del menor, conforme la valoración ya expuesta”. Destacó que “el abuso cometido constituye dentro de las posibilidades que es dable imaginar, uno que puede estimarse relativamente leve, objetivamente considerado [...] se trató de un hecho único, y que el menor ha estado sometido desde entonces, según expresara su madre, a varios tratamientos psicológicos para superar las secuelas que tal hecho pudiera haber dejado en su psiquis”.

En cuanto a la tesis de la “inoculación” inferida de la pobreza del lenguaje –calificado de rudimentario por la defensa- desautorizó su argumentación rechazando que el niño hubiese expresado la frase “papá pito con pito y pito con cola”. Contestó la sentencia “esa no es la frase recogida por la licenciada Moretto en la Cámara Gesell y la



doctora Berlinerblau en las dos ocasiones que entrevistó al niño. Para verificarlo sólo basta con cotejar las expresiones mencionadas por el letrado con las constancias asentadas en las constancias labradas por las citadas profesionales” agregando que le expresión “no se considera rudimentaria en la medida en que pretende la defensa, sino ajustada a la edad de la víctima con el ligero retraso madurativo diagnosticado”.

Finalmente, contestó a la tesis de la inoculación que “no hay nada que permita sostenerlo. El menor estaba bien con su padre, pasó las vacaciones con él y repentinamente no quiso verlo más por los hechos que relató. No se advierte plausible que tan rápida y sencillamente se pueda inocular el relato expuesto por el menor”.

4. En la introducción de este voto he adelantado que éste es un caso difícil, porque no es diáfano cuál es el caso de la defensa. He señalado que no se trata en esta instancia de examinar todos los elementos de prueba presentados en el juicio, porque éste no es un nuevo juicio sobre la acusación, sino un juicio sobre la sentencia, en el que, sintéticamente, corresponde escrutar si el *a quo* ha examinado la prueba disponible con arreglo a la sana crítica, si ha abordado las tesis de la defensa o si ha omitido la consideración de alguna probablemente dirimente, y si globalmente, los fundamentos son suficientes para sostener la existencia del hecho de la acusación o si es insuperable alguna duda razonable sobre su existencia.

Coinciden los defensores con la sentencia en su recurso de casación que “el testimonio de la presunta víctima debe analizarse en función de las demás prueba producida y con el auxilio de los profesionales que lo han entrevistado en el marco de la causa, para así determinar si las conductas imputadas existieron, y si el imputado es el autor”.

A continuación afirma que la declaración del niño es un importante elemento de juicio, y que debe investigarse si el hecho aparece o no corroborado por el resto de las pruebas, en particular los





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

informes periciales y las declaraciones de los profesionales que intervinieron en su elaboración, y argumenta que “cuando esa concordancia no existe o resulta dudosa, el testimonio del niño no podrá jamás erigirse en prueba suficiente para sustentar una hipótesis de responsabilidad” (escrito de interposición, fs. 798).

En la mayoría de los votos que han conformado la sentencia del caso “*Casal*”, citado en el número 1 de esta intervención, se ha realizado una declaración expresa de preferencia por el método histórico como camino para la sana crítica, método que debe comprender la heurística o determinación de las fuentes admisibles para probar el hecho, la crítica externa que involucra la autenticidad misma de las fuentes, la crítica interna que tiene por objeto el examen de credibilidad de sus contenidos, y la síntesis conclusiva sobre la verificación de la hipótesis formulada sobre el hecho pasado. Al respecto en el primer voto se ha sostenido que *“Es bastante claro el paralelo con la tarea que incumbe al juez en el proceso penal: hay pruebas admisibles e inadmisibles, conducentes e inconducentes, etc., y está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes y aun a proveer al acusado de la posibilidad de que aporte más pruebas que reúnan esas condiciones e incluso a proveerlas de oficio en su favor. La heurística procesal penal está minuciosamente reglada. A la crítica externa está obligado no sólo por las reglas del método, sino incluso por que las conclusiones acerca de la inautenticidad con frecuencia configuran conductas típicas penalmente conminadas. La crítica interna se impone para alcanzar la síntesis, la comparación entre las diferentes pruebas, la evaluación de las condiciones de cada proveedor de prueba respecto de su posibilidad de conocer, su interés en la causa, su compromiso con el acusado o el ofendido, etc. La síntesis ofrece al historiador un campo más amplio que al juez, porque el primero puede admitir diversas hipótesis, o sea, que la asignación de valor a una u otra puede en ocasiones ser opinable o poco asertiva. En el caso del juez*



penal, cuando se producen estas situaciones, debe aplicar a las conclusiones o síntesis el beneficio de la duda. El juez penal, por ende, en función de la regla de la sana crítica funcionando en armonía con otros dispositivos del propio código procesal y de las garantías procesales y penales establecidas en la Constitución, dispone de menor libertad para la aplicación del método histórico en la reconstrucción del hecho pasado, pero no por ello deja de aplicar ese método, sino que lo hace condicionado por la precisión de las reglas impuesta normativamente” (consid. 30 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti).

De estos pasajes he de resaltar aquí que, si lo que el recurrente persigue en el recurso de casación es la revisión de la sentencia según el principio de inocencia y el *in dubio pro reo* y no la regularidad, validez, o admisibilidad de actos o elementos de prueba anteriores a ésta, revisión que impone agotar esfuerzos en revisar lo revisable, entonces, la heurística pone un límite, porque sólo se podrá revisar la determinación de los hechos, la valoración de los elementos de prueba realizada en la sentencia, *examinando y confrontando todos los elementos de prueba* que se hubiesen puesto a disposición del tribunal de juicio para la deliberación por alguna de las vías que autoriza la ley, y en su caso si los hubiese omitido o valorado erróneamente. En este sentido, como se señala en los votos transcritos, la heurística procesal “*está minuciosamente reglada*” y tiene límites que la investigación histórica no conoce.

Dentro de ese marco teórico es que entiendo debe llevarse adelante la revisión de la sentencia de condena recurrida, según los estándares fijados en el caso de Fallos: 328:3399.

En el marco del Código Procesal Penal de la Nación, que se rige por la libertad de apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica (arts. 206 y 398, segundo párrafo, CPPN), no hay regla alguna que imponga un modo determinado de probar los hechos de la acusación, ni un número mínimo de elementos de prueba. Sin un





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

sistema de prueba tasada la pluralidad de testigos deja de ser un requisito esencial e intrínseco de la prueba testifical, y la convicción judicial, como resultado del acto de producción y valoración de la prueba, no depende necesariamente de la existencia de un mayor o menor número de elementos de prueba, por caso de un número plural de testigos, sino de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, por lo que puede bastar el valor convictivo de un testigo único, incluso de la propia víctima (confr. mutatis mutandis para el procedimiento español MIRANDA ESTRAMPÉS, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 184).

En el caso, no disputa la defensa que debe partirse del examen del relato del niño que aparece como víctima. Al sopesar las informaciones de un testigo, debe examinarse la existencia de razones objetivas que quiten valor convictivo al testimonio. Antes de ahora he señalado que en la crítica del testimonio se han de observar, al menos, tres abordajes: a) la veracidad, entendida como ausencia de indicios de mendacidad, que podrían sospecharse, por ejemplo, de las relaciones de interés del testigo, o de relaciones de amistad, enemistad, ánimo de favorecimiento o de perjuicio; b) la verosimilitud, que debe ser investigada en el examen intrínseco del contenido de la declaración, y en la medida de las posibilidades por su confrontación con otros elementos de prueba o de otros datos o informaciones disponibles que pudieran ser corroborantes o poner en duda la exactitud de lo declarado; y c) la persistencia o las vacilaciones en la incriminación (confr. mi intervención como juez subrogante en la ex Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa n° 9149, “*Muñoz, Hernán Raúl s/recurso de casación*”, rta. 24/10/2008, Reg. N° 13.401; y también en esta Sala 1, en causa n° 9.749/2011, “*Álvarez, José Gustavo*”, sent. de 23/12/2015, reg. n° 811/2015).



En el primer abordaje, la veracidad atiende principalmente a una actitud subjetiva del testigo, y a sopesar su compromiso con la verdad, sobre la base de indicios objetivos; en el segundo se atiende principalmente al examen objetivo del contenido de su declaración, que busca desentrañar si lo que se declara puede corresponder con la realidad de lo ocurrido; en el último la persistencia o las vacilaciones pueden ser indicio tanto de falta de veracidad, como de correspondencia entre lo percibido y lo declarado, y lo realmente ocurrido.

El examen de veracidad del testigo es un examen dirimente, puesto que el mejor y más verosímil y coherente relato puede ser falso en el sentido de no veraz. Un relato inverosímil o con insuficiencias, ambigüedades, o lagunas puede sin embargo seguir siendo veraz, en el sentido de compromiso del testigo con la verdad; así, hay testigos que son veraces en sus declaraciones, aunque éstas puedan estar influenciadas por errores o insuficiencias de percepción o de fijación de la memoria, o de interpretación de los hechos y circunstancias percibidos.

Me he detenido en esta apreciación introductoria porque el *a quo* ha apreciado que el niño se pronunciaba con veracidad, y la defensa no cuestiona la veracidad del niño; en varios pasajes de su recurso de casación propone dejar de lado la indagación de mendacidad o veracidad, y sostiene la tesis de la instalación o inoculación del relato en el niño con cita de una decisión de la jurisprudencia, que a su vez reproduce una opinión de la doctrina, argumenta que “en los niños la memoria funciona en cierto sentido en forma similar a la de los ancianos: algunos hechos se borran con mucha facilidad, y si se insiste desde una posición de poder o influencia es muchas veces posible rellenar el hueco con otros sucesos que se quieran instalar como reales”. Continúa: “cualquier historia no verdadera de abuso sexual no ha sido inventada por el niño con





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

propósitos aviesos: si aparece es porque ha sido instalada –por diversos motivos- por influencia de uno o más adultos o por algo que ha visto suceder en el mundo de los adultos” (fs. 798 vta.). Según propone, “si una persona adulta y con influencia sobre un niño lo induce a tomar como ciertos hechos que no acontecieron, una vez que se forma una construcción de este tipo en su mente, ese niño actuará y hablará con total convicción de que está en lo cierto. Más aún lo será si dichos relatos son repetidos a través de un tiempo suficientemente prolongado y máxime si son reforzados por otras múltiples entrevistas a cargo de un equipo profesional. No es que estará mintiendo o fabulando, sino que hablará convencido” (fs. 799). Sobre esa base la defensa califica de innecesaria la polémica acerca de si el niño miente o presenta indicadores de fabulación, que sostiene no son decisivas ni dirimentes, y sentencia “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” (fs. 799 vta.).

Ahora bien, según la defensa los indicios de que el niño ha sido inducido, en el sentido indicado, o de que el relato ha sido instalado, o de que se lo ha convencido, consistirían, básicamente, en: a) que el relato dado en la entrevista con la perito psicóloga forense en Cámara Gesell es estructurado, rudimentario, fácilmente inoculable b) que la madre del niño había formado una nueva relación de convivencia con otro hombre, con un proyecto de vida “que claramente excluía la presencia de cualquier otra persona en condiciones de interferir” y que existía una relación conflictiva entre la madre y el padre del niño, que se habría agudizado frente a los reclamos del padre sobre las exclusiones de que sería objeto, c) el interrogatorio llevado adelante por la médica forense Virginia Belinerblau, que califica de “sugerente” y “contaminado” y d) que el informe de fs. 215/219 que no detectó indicadores de abuso sexual infantil.



4.a. Es pertinente señalar aquí que este caso involucra los derechos de un niño protegidos por la Convención sobre los Derechos del Niño y reclama atención a los arts. 12, 19 y 34 CDN.

La primera disposición impone a los Estados Partes garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, y tener debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez (inc. 1). A ese fin las autoridades estatales tienen el deber de dar al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento domésticas (inc. 2).

La segunda disposición obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Esas medidas deben comprender, según corresponda, la intervención judicial.

Por la última los Estados Partes se han comprometido a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales.

Leídas esas disposiciones en conjunto, se concluye que no basta con la institución formal de procedimientos por abuso sexual, o la oportunidad de que el niño o niña se expresen en esos procedimientos, sino de “darle oportunidad de ser escuchado” lo que implica que la expresión del niño sea tenida en cuenta y sopesada adecuadamente.

Estas disposiciones no han guiado la actuación de los intervinientes en este caso.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

Comenzaré por señalar que es penoso para el espectador seguir con atención el registro de audio y video que registra la entrevista llevada a cabo por la psicóloga forense Selva Magdalena Moretto, pues la calidad del registro es mala y la entrevista fue realizada en condiciones que sacan de foco la atención. Por un lado, porque –como lo explica la propia entrevistadora al niño- en un recinto contiguo se están realizando obras lo que requiere elevar la voz. Es decir que desde el inicio se desatiende la posibilidad de que el pudor o la reserva constituyan un inhibidor de la expresión, y se requiere además a un niño, que ante una persona extraña, hable en voz alta de cosas de su vida que podrían resultar penosas para él. Por el otro, porque el ruido de obras, golpes constantes sobre mampostería durante todo el tiempo de la entrevista, ruidos de máquinas y herramientas, dificulta la audición, que sólo puede realizarse con el auxilio de auriculares, y distrae la atención, incluso del propio niño entrevistado. Finalmente es penoso para el espectador porque los medios técnicos de la sala están dispuestos de tal manera, que el micrófono está colocado sobre la cabeza de la entrevistadora, y capta su voz con nitidez, y lejos del niño entrevistado, cuya palabra capta de modo más débil. Se trata de un ambiente que no ha sido pensado, ni predispuesto para escuchar al niño. No obstante, el auxilio de auriculares permite conocer sin fisuras qué es lo que éste dijo en la entrevista.

En segundo lugar observo, del examen global del registro de audio y video de la entrevista, que ésta ha sido conducida por la psicóloga entrevistadora de un modo que frustra la espontaneidad y la cadencia o ritmo del relato. No es la primera vez, diría más bien por experiencia que es de toda frecuencia, que la espontaneidad cadencia y ritmo dependen de las preguntas e interrupciones de la entrevistadora, movidas a darle tiempo de tomar notas. De modo que, más allá del valor convictivo que se asigne a lo ocurrido en esa



entrevista, al apreciarse la prueba no puede dejarse de notar este modo de entrevistar que conspira contra la espontaneidad y ritmo del relato.

Dicho esto, tomo nota de que el relato del niño, registrado en el soporte de audio y video disponible para el juicio, no es un relato fruto de un fluir espontáneo, sino que tiene una estructura producto de las preguntas de la entrevistadora. Sin embargo, no se ha reducido – como parecería sugerir la defensa- a una sola frase. El relato tiene descripciones, contextos, referencias placenteras y displacenteras. De su decurso destaco los siguientes pasajes:

10:42 *“no lo veo porque me puso su pito en mi pito y me puso el pito en la cola”.*

15:00 *“estábamos acostados...se acercó...no dijo nada...estaba boca arriba...(por pregunta de la entrevistadora, si había sido fuerte o despacito”) fuerte...”.*

17:26 La entrevistadora le pregunta si pasó una vez o más veces *“pasó una vez...(la entrevistadora le preguntó si le había pasado con otra persona) no”* Le pregunta cuántos años tenía, a lo que responde *“9”.*

18:28 *“me quedé hasta el domingo y me llevó con mi mamá. Le dije que no quería ir más con mi papá”.* La entrevistadora le pregunta si le contó a su mamá, le pregunta quien lo llevó a una psicóloga *“mi mamá”.*

23:20 *“se acostaba desnudo cuando se iba a dormir”* y *“también quería que me bañara con él”* *“a veces me bañaba solo”.*

25:00 *“algunas veces dormía desnudo y otra veces no”* Responde que quería dormir en pantalones, con pijama, así dormía en lo de la mamá.

26:34 *“mi papá no me dejaba llevar pijama”.* La entrevistadora le pregunta si le dijo que quería llevar pijama, a lo que negó con la cabeza.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

27:30 La entrevistadora le pregunta si le pegaba, el niño asiente con la cabeza, *“se ponía nervioso...”*. Le pregunta qué lo ponía nervioso, dice que no sabe.

28:00 *“me pegaba en la cola. Me hacía palmadas en la cola”*
Le pregunta si le molestaba, responde que *“sí”*.

30:58 La entrevistadora dice *“El otro día cuando vos viste a tu papá, por qué hiciste pucheros y te pusiste a llorar”*, responde *“por lo que me hizo”*. Le pregunta *“pero qué te pasa, por qué no lo querés ver”*, (niega con la cabeza). Le pregunta que le dijo la madre cuando le pasó eso, responde *“estaba en el auto, en el asiento de atrás”*.

37:10 Le pregunta si se acuerda qué estaba mirando en la tele el día que pasó eso *“chicas bailando con hombres”* y le preguntó si era de día o de noche, que *“era de noche”* Le preguntó qué programa, dijo que no sabía.

40:00 La entrevistadora le preguntó si alguien le había dicho si tenía que decir la verdad, respondió *“su mamá, mi papá no”* *“Jugaban carreras porque decía mentiras el ganaba y decía que yo gané”*
“Carreras en una esquina que había un restaurante”

41:05 *“Me voy a comer una milanesa de este tamaño”*.

41:45 La licenciada dice *“Yo te hago esta pregunta y vos te vas, esto que me contaste, es la verdad?”* Responde que *“sí”*.

Destaco del registro que el niño desde el inicio expone por qué no ve al padre *“no lo veo porque me puso su pito en mi pito y me puso el pito en la cola”* (min. 10:42), relata parcamente la acción abusiva (min. 15:00), le da contexto, en el cuarto, en la cama, mientras miraba televisión (confr. min. 17:26), que estaban mirando chicas que bailaban y que era de noche (min. 37:10), dice habérselo contado a la madre (min. 18:00) y que lo llevaron a una psicóloga (min. 20:24), relata otras cosas que vivencia como displacenteras, tales como que el padre se acostaba desnudo cuando se iba a bañar y sugiere que se bañaba junto con él (min. 23:20), el niño afirma que él dormía en



calzoncillos, porque el padre no le dejaba usar pijama, cuando se le pregunta si le pegaba el niño refiere “palmadas en la cola” y afirma que su madre le contó que a ella le pegaba cuando el niño era bebé, que no se lo acuerda, pero aclara que es cierto (28:50). A preguntas explica que en la fecha de la anterior entrevista frustrada se puso a llorar al ver al padre porque no quería verlo (min. 30:58).

Finalmente observo que, si se trata de apreciar el grado de espontaneidad con las que se expresaba el niño, no puede pasarse por alto que éste daba a entender que no le gustaba estar donde estaba: por dos veces anunciaba una gratificación cuando terminara se iba a comer una milanesa “de este tamaño” (confr. min. 36:56 y min. 41:17) y además se impacientaba por saber si habían terminado las preguntas, ante lo que la entrevistadora le hace saber que le hace una pregunta más y se va (min. 41:40).

Ahora bien, este relato es en lo sustancial concordante con el que informa haber recibido la médica psiquiatra Virginia Berlinerblau en su informe de fs. 85/92, incorporado al juicio, que da cuenta de haber entrevistado al niño el día 30 de junio de 2010. De éste rescato los siguientes pasajes, transcritos entre comillas en el informe:

[Fs. 88]

“Mi papá me puso el pito en mi pito y también me puso el pito en la cola. Casi cuando terminaron las vacaciones con él... un fin de semana, (suspira abatido) un sábado o domingo”.

“Pasó una vez sola. En casa de él, en la cama. Me venía a buscar los viernes y el domingo me llevaba a lo de mi abuela (mamá de la mamá)”.

(¿A vos te gustaba ir?).

“Cuando me hizo eso no (espontáneo) antes sí porque no me lo hacía”.

(...)





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

“A veces cuando me obligaba a bañarme con él y dormía con calzoncillos” “(¿y vos con qué dormías?)” “y él también me obligaba a dormir en calzoncillos (tenso)”.

(¿Te gustaba salir con papá?)

“Yo quería ir, pero cuando me pasó eso del pito y la cola no”.

(¿Cómo fue?)

“Yo estaba mirando la tele con él y me hizo eso”.

(¿Él dónde estaba?)

“Él estaba en la cama conmigo”.

(¿Te acordás lo que tenían puesto de ropa?)

“No me acuerdo eso... ah! En calzoncillos los dos (ropa?)”.

[Fs. 89/90]

“Yo estaba mirando la tele acostado de panza y me dio vuelta y me puso pito con pito.”

(¿Te dolió, te molestó?)

“Me dolió, no lo miré.”

(...)

(¿Te dolió o te molestó?).

“Me dolió. Y después del pito con la cola me fui al living”.

(¿Qué sentiste?).

“Dolor”.

(...)

“No, no dije nada, me podía pegar”.

(...)

(¿Y vos como te quedaste después de eso?).

“Asustado”.

(...)

“Después que volví le dije a mamá eso y hablaron a la noche e hicieron el juicio.”

(¿Mamá te dijo que no lo veas?)



“No, yo le dije a mamá: no lo quiero volver a ver más y no lo vi más, y después hizo el juicio”.

(...)

“Pasó cuando terminó el verano”.

“Yo me sentía asustado. Con miedo de lo que me hizo”.

(¿Después de esto tuviste sueños feos, pesadillas?)

“Estos días soñé que me agarró y me puso dentro del auto, era feo. Soñé que me lo hizo de nuevo”.

“Ah! Y un día me llamó al colegio y yo corté directamente, no quería hablar. Nunca me había llamado antes. Y después cuando corté me llamo de nuevo y el profe le dijo: -espera un minuto, pero no hablé”.

(...)

(¿Sentís que papá te quiere?)

“No creo”

(¿Por qué?)

“Porque me hizo eso”.

(...)

(¿Tenés miedo de papá?).

“Sí, cuando sueño” (anteriormente se refirió a sueños post-traumáticos.)

“Y no me gusta verlo más”.

Observo que el *a quo* ha valorado ese informe, y ha concluido que en ocasión de la entrevista con la médica psiquiatra Berlinerblau “M. G. vuelve a expresar de manera similar los hechos que atribuye a su padre”. Por cierto, el relato no es exactamente idéntico, porque en ninguno de los dos casos se trata de un relato libre, sino de uno obtenido a través de preguntas, incluso de preguntas que no había formulado la licenciada Moretto. Sin embargo, el eje central es el mismo tanto en lo que concierne al hecho de la acusación como a referencias de otros hechos que para el niño eran displacenteros.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

Finalmente es de observar que el *a quo* ha tomado nota de la declaración prestada por V. A. M. en el juicio y que ha afirmado que ella “Expresó los dichos de su hijo al respecto en los mismos términos en que éste lo hizo en la Cámara Gesell y a la doctora Berlinerblau”. Según consta en el acta del debate, en su extensa declaración la madre del niño refirió que éste había pasado las vacaciones con el padre en la primera quincena de febrero de 2010. Que el siguiente fin de semana correspondía que lo pasara con ella, y que cuando le correspondía nuevamente pasarlo con el padre le decía insistentemente que no quería ir, pero ella lo mandó nuevamente con el padre porque no le decía por qué. Que el domingo volvió cansado, que todas las noches hablaba con el padre, pero que ese lunes no lo quiso atender. Que el imputado se enojaba con ella cuando esto pasaba. Que ella no se metía. Y que el segundo y tercer día pasó lo mismo y le paso el teléfono igual. Que discutió con el padre, se escuchaban gritos del padre pero no entendían las palabras. También dijo que le preguntó a su hijo qué había pasado, que esto sucedió en el auto sin recordar si de Villa Ballester a Tortuguitas o al revés. Que todo fue en el auto, que estaba M. M. manejando. Según aclaró la discusión fue mediante el teléfono de M. y que después de la discusión le insistió y que su hijo le dijo que el papá le había puesto el pito en el pito y el pito en la cola. Según consta en el acta la testigo dijo que hubo minutos de silencio porque fue desbordante. Que nunca le pasó, que habló con M., que no sabía cómo manejarlo, estaba desbordada, que Llamó a su hermano que es pediatra para pedir consejo, que éste le aconsejó no hacerlo revisar porque lo iba a volver a traumatizar. Según consta en el acta, a preguntas contestó que ella presencio la cámara Gesell por lo que no le quiso preguntar más a su hijo, que no sabía cómo preguntarle, que no se animaba a preguntarle.

Observo también que según consta en la declaración de la madre ésta refirió cosas que también había referido el niño. Así, que



el padre pidió hablar a M. a través del teléfono del colegio, donde ella no había querido esparcir demasiado el tema porque es muy privado. Después refirió haber recibido en tiempo más reciente un relato de otros hechos, no comprendidos en la acusación, señalando que ahora está más grande, ya no tiene su autismo, se expresa mejor con sus palabras. Relató también que mantenía al niño al tanto del avance del proceso, con palabras simples. Se refirió también a que el niño se quejaba de varias cosas, durante el tiempo del régimen de visitas. Que G. se bañaba una vez por semana, que era los sábados y que ella sabía que ese día M. estaba con su padre. Que ella sabía que G. no usaba calzoncillos. Que M. le decía que se le metía en la ducha, que ella le dijo que le diga que no lo haga. Que M. no tenía pijama en la casa de él. Que le mandó uno pero se lo mando de vuelta. Que sabía que dormía en la misma cama porque no tiene otra cama pero sí tiene un sillón en el living (confr. acta del debate, audiencia del día 01/09/2015, fs. 669/674 vta.).

No veo, pues, que el *a quo* hubiese fallado en la aplicación en las reglas de la sana critica al confrontar los dichos del niño con los relatos recibidos por la médica Berlinerblau y por su madre.

Tampoco veo que el relato registrado en video esté descontextualizado, carezca de ubicaciones temporales, ni relacionales, ni sea inverosímil.

4.b. La persistencia en el relato es un elemento relevante para juzgar la veracidad. Como se ha reseñado más arriba, la defensa ha declarado que es improductivo indagar la veracidad o mendacidad, y sugiere que el relato del niño ha sido inculcado, instalado a tal punto que el niño se ha convencido de él.

La tesis de la defensa no es clara. No lo dice de modo expreso, pero sugiere que podría haber sido instalado por la madre con el fin de cortar la relación entre el niño y el padre en un momento en que ella inauguraba una relación de convivencia con otro hombre, en la que no





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

quería interferencias. El *a quo* ha contestado que “sobre la inoculación de la versión, no hay nada que permita sostenerlo. El menor estaba bien con su padre, pasó las vacaciones con él y repentinamente no quiso verlo más por los hechos que relató. No se advierte plausible que tan rápida y sencillamente se pueda inocular el relato expuesto por el menor”.

La tesis de la defensa no es que la madre hubiese instigado al niño a mentir, sino que lo habría convencido de que ocurrió un hecho no ocurrido. Ella no puede ser de recibo en las circunstancias del caso. El relato del niño en la entrevista de Cámara Gesell no puede ser producto de la inoculación o instalación. El niño cuenta dónde sucedió el hecho, la madre debería haber también instalado el contexto; el niño cuenta que el padre dormía en ropa interior o desnudo y que el niño no disponía de pijamas en la casa del padre, la madre debería haber también instalado el relato de esas costumbres, el niño ha declarado que el padre se metía en la ducha con él, la madre debería haber también instalado esa parte del relato, y finalmente, hay dos elementos vinculados con la reacción del niño que rechazaba hablar por teléfono con su padre. El niño ha dicho que reveló el hecho a su madre en el auto, no hay forma de comprender cómo habría podido la madre manipular al niño al punto de hacerle creer y convencerlo que fue él quien reveló un hecho inexistente en un viaje de auto, también inexistente, o en otros términos, de convencerlo que hizo una revelación que no existió. También ha dicho el niño que el padre intentó llamarlo por teléfono al colegio y que él no lo quiso atender, y la madre ha confirmado que supo del llamado del padre al colegio, y relatado la reacción nerviosa del niño, que dio lugar a que la dirección del colegio la convocara. No es imaginable que la madre hubiese “instalado” tantos detalles de hechos inexistentes, convenciendo al niño de que su padre lo llamó y de que él no lo quiso atender.



Rescato aquí, la opinión de la psicóloga Adriana Soledad Knuchel, que declaró haber presenciado la entrevista en Cámara Gesell y después haber tratado por un tiempo al niño. En particular que ella estaba afuera de la cámara Gessell, que no vio signos de fabulación o manipulación sino un relato verdadero, y que según su experticia, los chicos con TGD tienen un relato pobre y la fluidez es lo que escasea en el caso. Tiene como un relato acartonado, en todos los chicos con TGD. Según consta en el acta, a preguntas de uno de los jueces sobre si un niño con TGD tiene capacidad para mantener relato falso o inducido por años, contestó que no, y que los niños con TGD no pueden mentir con la intención de mentir, de hacer daño, no conocen la ironía (acta del debate, audiencia del día 08/09/2015, fs. 720 vta.). De modo que si se descarta que el niño –por sus características de personalidad- tuviese la capacidad de construir un relato mendaz y sostenerlo en el tiempo, la única posibilidad es la instalación o inoculación del relato falso por un adulto. En los párrafos anteriores he expuesto las razones por las cuales es inaceptable la tesis de que pudo haber sido inoculado por la madre, lo que, además de perversidad, presupone demostrar la mendacidad de su declaración circunstanciada y exhaustiva, según se documenta en el acta, tesis que la defensa no osa sugerir.

En el escrito de interposición la defensa propone que la instalación del relato de un hecho inexistente podría ser el resultado de la repetición del relato a través del tiempo, “reforzado por otras múltiples entrevistas a cargo de un equipo profesional” y con cita de segunda mano de una opinión de doctrina propone que “muchos de los signos indicadores de abuso [...] aparecen también en niños no abusados, cuando han sido sometidos a repetidos interrogatorios sobre el tema”.

Observo aquí que la primera entrevista del niño por profesionales de la que se ha dado cuenta es la realizada bajo la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

técnica de Cámara Gesell, documentada por la licenciada en psicología Selva Magdalena Moretto (informe de fs. 61/63, en informe fechado el 14 de mayo de 2010). Es la entrevistadora la que recibe el relato, por lo que ese relato no puede adjudicarse a una hipotética intervención previa a “repetidos interrogatorios” de otros profesionales. La licenciada en psicología Knuchel expuso que observó desde afuera el desarrollo de la entrevista, que antes no había entrevistado al niño, y que a partir de lo que resultó de ella la madre le encomendó su tratamiento psicológico. De modo que lo que dijo el niño en Cámara Gesell no puede ser atribuido al resultado de la persistencia en múltiples interrogatorios.

Observo asimismo que la médica psiquiatra forense Virginia Berlinerblau recibió un nuevo relato del niño a partir de una entrevista mantenida con éste cuarenta y cinco días más tarde, esto es el 30 de junio de 2010 (confr. informe de fs. 85/92), y que si bien en las transcripciones que la médica forense hace del relato recibido aparecen algunos detalles no enunciados en la primera entrevista, como los sueños de perjuicio y la experiencia de dolor en el acto abusivo, lo central del relato coincide con el anterior, por lo que mal podría sostenerse que ese relato central ha sido instalado por la médica forense en esa segunda entrevista.

4.c. Las demás consideraciones que hace la defensa en punto a la atribución de un “sesgo” en el interrogatorio, y a una alegada “contaminación” en el dictamen de la médica Berlinerblau por haber entrevistado previamente a la madre del niño, son irrelevantes en punto al relato mismo, y en todo caso podrían tener eventual relevancia en la certeza de sus conclusiones y dictámenes. Sin embargo, cualquiera que fuese la duda que se quisiese instalar sobre la corrección y confiabilidad de sus conclusiones ello no tendría efecto sobre el contenido del relato del niño, que puede ser valorado incluso prescindiendo del juicio de la perito.



4.d. Se queja la defensa de que el *a quo* no habría dado debido valor al informe de fs. 215/219 que no detectó indicadores de abuso sexual infantil.

En rigor, ha dado una respuesta plausible, al sostener que no todo abuso revela indicadores de trauma, y señalar que el abuso objeto de acusación era de naturaleza “relativamente leve” desde una consideración objetiva y que el niño había estado sometido a tratamientos psicológicos para superar las secuelas psíquicas.

También se queja la defensa de que el *a quo* no habría dado debida consideración a la opinión de la perito Adriana Knuchel, en cuanto había declarado no haber encontrado ningún indicador del supuesto abuso, pese a la utilización de técnicas específicas encaminadas a su detección.

Ahora bien, observo que la licenciada en psicología, al declarar, expresó que no encontró indicadores de victimización en las técnicas gráficas realizadas en ocasión “pero sí en su relato” (confr. acta del debate, audiencia del día 08/09/2015), lo relevante es que juzgó el primer relato del niño en Cámara Gesell como “espontáneo”, y “pobre para su edad pero simple y claro sin signos de fabulación”, dio relevancia a las expresiones del niño por las que no quería ver a su padre, y que el relato coincidía con el diagnóstico de TGD, que lo emocional “le costaba mucho, es decir acompañar el relato con expresiones corporales o gestuales”, y que “manifestaba en su relato y a su forma su disconformidad y su dolor o angustia frente a lo sucedido”. Y a preguntas reiteró que “no vio signos de fabulación o manipulación sino un relato verdadero. Los chicos con TGD tienen un relato pobre y la fluidez es lo que escasea en el caso. Tiene como un relato acartonado, en todos los chicos con TGD (*ibídem*).

También observo que la médica forense Berlinerblau en su informe de fs. 92, explicó que su abordaje había consistido en el examen psíquico, la entrevista clínica del niño, la indagación de sus





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

antecedentes personales, heredo-familiares, y el acceso al expediente, y que sobre esa base después de haber entrevistado a la madre y al niño el 30 de junio de 2010, concluyó que “se observan indicadores *en su discurso, conducta y correlato afectivo/emocional* compatibles con padecimiento sexual”. Mientras que el informe de fs. 215/219, presentado por los psicólogos forenses y de parte, se realizó sobre la base de una entrevista informativa con la madre, y de entrevistas psicodiagnósticas con el niño en las que se administraron técnicas de dibujo libre, tests de Bender, HTP, inventario de Frases, test de la tríada familiar, y psicodiagnóstico de Rorschach. Las entrevistas no hicieron foco en obtener un relato de los hechos. Sobre esa base los peritos dictaminaron que “*no surgen indicadores específicos compatibles con secuelas emocionales, cognitivas ni conductuales postraumáticas de naturaleza psicosexual*”.

La defensa pretende que el *a quo* debía haber dado prevalencia a estas últimas conclusiones por sobre las de la médica forense. Sin embargo, la defensa no ha sustanciado un error de apreciación de la prueba, pues no justifica por qué razón el abordaje de los peritos psicólogos, realizado mediante tests y técnicas psicodiagnósticas sin obtención de un relato, deberían ser más fiable en sus conclusiones que las conclusiones de la médica forense que entrevistó al niño, obtuvo de éste un relato, y emitió sus conclusiones sobre la base de la observación de su discurso, conducta y correlato afectivo/emocional. Observo, además, que la defensa tampoco sustancia suficientemente que, en defecto de indicadores psicodiagnósticos de abuso infantil, debería el tribunal de conocimiento haber dudado de la existencia del hecho relatado por el niño, lo que impondría demostrar que tal clase de abuso siempre y en cualquier momento de la evolución del niño sería detectable por técnicas psicodiagnósticas.

5. Una consideración final ha de realizarse sobre lo ocurrido en la audiencia a partir de la moción del apoderado de la querella,



manifestando que el niño al momento de la audiencia tenía ya entonces 14 años y quería declarar, ponderando que el menor cuenta actualmente con 14 años de edad, y proponiendo se le recibiese testimonio con las previsiones del 250 *bis* CPPN o como el tribunal dispusiese (confr. acta del debate, audiencia del 01/09/2015, fs. 667 vta.). Según se ha documentado esa moción fue sustanciada. La fiscalía inicialmente había considerado prematura la propuesta, mientras que la Defensora de Menores que participaba en la audiencia, se había pronunciado favorablemente informando que había mantenido una entrevista previa con el niño y solicitado que su voluntad de declarar sea tenida en cuenta en este proceso, al tiempo que informaba que también había consultado con la psicóloga que lo trataba, a partir de lo cual entendía que convocarlo a declarar no afectaría su interés superior teniendo en cuenta el art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño y lo dispuesto por el régimen civil que contemplaba la posibilidad de manifestar su voluntad, concluyendo que no afectaría ser convocado su interés, de modo que proponía que se recibiese su testimonio bajo lo previsto en el art. 250 *bis* CPPN.

A su turno la defensa del imputado había presentado su oposición por las razones expuestas por la fiscalía, argumentando que nada impedía que se incorporasen al debate las transcripciones y grabaciones de lo actuado en Cámara Gessell. Alegaba que “se debía valorar lo dicho por la víctima en aquella oportunidad y no cinco años después, con la alta posibilidad de encontrarse contaminado su testimonio”. Avanzaba la hipótesis de que apareciese “un tercer relato”, teniendo en cuenta que el niño estaba siendo tratado psicológicamente “lo que puede sumar a su versión” y advertía que ello afectaría el derecho de defensa de su defendido (fs. 668).

No es necesario aquí examinar si los fundamentos de la oposición de la defensa eran admisibles en derecho, pues en





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

definitiva, después de consultar la opinión de la médica forense Virginia Berlinerblau que había estimado que existía riesgo de revictimización al niño el tribunal oral denegó el pedido estimando que ello era en el mejor interés del niño (acta del debate, audiencia de 17/09/2015, fs. 748).

Tampoco es necesario examinar aquí si la decisión del tribunal oral era ajustada al derecho aplicable según las circunstancias del caso, porque el punto no ha sido sometido a revisión de esta Cámara.

Sin perjuicio de ello, no puedo dejar pasar por alto que la defensa no ha logrado sustanciar la existencia de una duda razonable sobre la existencia del hecho de la acusación, ni sobre la base de una posible mendacidad del niño, ni sobre la base de una posible inducción, inoculación o instalación de un relato de hechos no ocurridos atribuible a la actuación de otros adultos. Sentado ello, si todavía guardaba la intuición subjetiva de que lo dicho por el niño no era confiable, tenía a su mano consentir su nueva audición para despejar cualquier duda persistente en su ánimo y exponer objetivamente la base de esa duda a partir de ella. Su argumentación de un eventual tercer relato podría haber dado base a fortalecer la duda que alega, salvo que tuviese también la intuición subjetiva de que el eventual relato resultase aún más cargoso para el imputado y por ello haya seguido la táctica de obturar una nueva declaración.

En definitiva, la defensa –según su propio criterio discrecional– eligió un camino defensivo que promovía que este caso fuese juzgado sobre la base de lo dicho por el niño en la entrevista realizada en Cámara Gesell. Así ha sucedido, y la defensa no ha demostrado ningún elemento objetivo que sugiera una duda razonable sobre la existencia del hecho relatado entonces por el niño, de modo que, concluyo, el veredicto condenatorio que viene impugnado no ha incurrido en ningún error de apreciación de la prueba, ni en defecto de fundamentación que conduzca a dar recibo al recurso de casación.



6. Por estas razones, no puedo acompañar las consideraciones y respuesta que se da en el primer voto, y entiendo que el recurso de casación debe ser rechazado y la sentencia condenatoria confirmada en todo cuanto ha sido materia de impugnación, con costas (arts. 470, 471 *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

Así voto.

Como mérito del acuerdo que antecede, la **Sala 1** de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, **RESUELVE: I) HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la defensa a fs. 788/806. **II) CASAR** la resolución recurrida -fs. 761/780-. **III) ABSOLVER** a D. A. G., sin costas atento al resultado (arts. 3, 402, 456, 465, 470, 530 y 531, del CPPN). **IV) DEVOLVER** la causa al Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 5, de esta ciudad, a sus efectos.

Se deja constancia que el juez Luis M. García participó de la deliberación y emitió su voto en el sentido aquí indicado, pero no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 399, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/2013 CSJN; Lex 100) y encomiéndose al Centro de Información Judicial (CIJ) y a la Oficina de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, de esta Ciudad, que en caso de dar a publicidad el fallo, lo hagan cumpliendo acabadamente con lo establecido tanto en la ley 26.685 como en la Acordada 15/2013 CSJN.

MARÍA LAURA GARRIGÓS DE RÉBORI

GUSTAVO A. BRUZZONE





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 8078/2010/TO1/CNC1

Ante mí:

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ
Secretario de Cámara

Fecha de firma: 27/03/2018
Firmado por: LUIS M. GARCIA,
Firmado por: MARÍA LAURA GARRIGÓS DE RÉBORI,
Firmado por: GUSTAVO A. BRUZZONE,
Firmado(ante mí) por: SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ, Secretario de Cámara



#16605618#201575304#20180327125225141