

## **A C U E R D O**

En la ciudad de La Plata, a 6 de diciembre de 2017, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Pettigiani, de Lázzari, Soria, Kogan, Negri, Genoud** se reúnen los señores Jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa P. 118.217, "Altuve, Carlos Arturo -fiscal- s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en causa 48.755 del Tribunal de Casación Penal, Sala III, seguida a L. A. C. y su acumulada P. 118.615".

## **A N T E C E D E N T E S**

La Sala Tercera del Tribunal de Casación Penal, hizo lugar al recurso de la especialidad interpuesto por la defensa de L. A. C. y lo absolvió de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante de menor de trece años de edad, agravado por haber sido cometido por un ascendiente, reiterado en una ocasión con otro menor también descendiente, en concurso real, y corrupción de menores agravada por haber sido cometida por un ascendiente, en concurso ideal con los anteriores, por los que el nombrado había sido condenado en primera instancia -por mayoría- a la pena de veinte años de prisión, accesorias legales y costas (sents. de 15-V-2012, fs. 122/142 vta.; y de 31-V-

2011, en copia certificada de fs. 17/79, respectivamente).

Contra lo así resuelto, el fiscal ante el Tribunal de Casación Penal y la particular damnificada, A. E. C., interpusieron sendos recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley, los que fueron concedidos por resolución de esta Suprema Corte de fs. 206/207 vta. en razón de los agravios federales invocados.

El señor Subprocurador General dictaminó a fs. 209/225 vta. aconsejando que se haga lugar a los recursos. A fs. 227 se llamaron autos para sentencia. A fs. 232/233 se agregó un oficio remitido por el Centro de Asistencia a la Víctima, en el que se realizaron diversas consideraciones acerca de la presente causa. Hallándose la misma en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte decidió plantear y votar las siguientes

#### **C U E S T I O N E S**

1ª) ¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el señor fiscal de Casación?

2ª) ¿Lo es el planteado por la particular damnificada?

#### **V O T A C I Ó N**

**A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:**

I.1. En primer lugar, el representante del

Ministerio Público Fiscal se agravió de lo afirmado por el órgano intermedio al sostener que "...la descripción del cuerpo del delito efectuada por el fiscal carece de toda precisión, lo cual violentó como mínimo, el derecho de defensa de C." (fs. 130).

De este modo, señaló que la imputación realizada fue la misma en la requisitoria y en lo alegatos, a la vez que la base fáctica descrita fue respetada en la sentencia de mérito en oportunidad de dictar el veredicto y tratar la materialidad ilícita.

I.2. Estimo que en este tramo de la impugnación le asiste razón al recurrente.

Preliminarmente, corresponde aclarar que si bien el agravio se relaciona con una cuestión de corte procesal, cual es la afectación del principio de congruencia, lo cierto es que el mismo viene enlazado, conforme lo resuelto por el tribunal revisor, con una supuesta violación al derecho de defensa en juicio.

Empero, de la dogmática respuesta otorgada por la Casación -y transcripta con anterioridad- frente a lo descrito y resuelto por los sentenciantes de mérito, no se advierte quebrantamiento alguno al derecho invocado.

I.2.a. Véase que el doctor Thompson, quien llevó la primera voz en el acuerdo, cuya opinión quedó en minoría, señaló que el señor fiscal intentaría acreditar

que "...en fecha incierta, pero presumiblemente dentro del período existente desde el año 2003 hasta el mes de octubre de 2005, 'en un número no establecido de veces', pero 'de manera continuada', y 'al menos en una ocasión', dentro del domicilio sito en la calle Los Aztecas No. ... del Bo. Mitre [...], partido de Hurlingham, el hoy acusado L. A. C., 'aprovechando' la convivencia preexistente con sus hijos menores de edad, estos son P. D. C. y M. D. C., por entonces ambos de siete años de edad [...], y en ocasión en que el progenitor nombrado bañaba a los niños, efectuó tocamientos sobre éstos, consistentes en masturbar el miembro viril de los impúberes, como así también, penetrar con sus dedos los orificios anales de los menores, con el fin de satisfacer deseos propios, promoviendo la corrupción de las víctimas nombradas, resultando dichos actos sexuales idóneos para producir una desviación en sus respectivas sexualidades" (fs. 20 vta. y 21).

De seguido, aclaró que "...más allá de algunas evidentes contradicciones incurridas por la acusadora, tales como, cuando dijo: 'en fecha incierta, pero presumiblemente dentro del período existente desde el año 2003 hasta el mes de octubre del año 2005', para luego sorprendentemente decir: 'ambos (menores) de siete años de edad', o 'en un número no establecido de veces', pero 'de manera continuada', y 'al menos en una ocasión', las que he

de tener simplemente como errores materiales en aras de coadyuvar a la celeridad del proceso, el señor fiscal tipificó tales eventos como constitutivos de los delitos de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por haber sido cometido por un ascendiente de las víctimas, reiterado por tratarse de dos hechos en concurso real entre sí (se refirió a uno por cada menor), y cada uno de ellos en concurso ideal con corrupción de menores agravada por haber sido cometida por un ascendiente (arts. 54, 55, 119 2do., 3er. y 4to. párrafos, inc. b), y 125, 3er. párrafo, de Código Penal); por lo que, de esta manera, el señor acusador modificó el encuadre originario, no obstante ello aclaró que lo hacía por considerarlo más adecuado que la calificación legal utilizada en la requisitoria, entendiéndose no haber variado la descripción de los sucesos delictivos. Como mero corolario, puedo decir que en el escrito mencionado (requisitoria de citación a juicio), el señor fiscal en la etapa investigativa había tipificado los eventos traídos hoy a juicio como configurativos de 'abuso sexual simple por ser sobre un menor de trece años agravado por haber sido cometido por un ascendiente de la víctima y aprovechando la situación de convivencia preexistente reiterado, dos hechos, en concurso ideal con corrupción de menores agravado (por las mismas circunstancias ya enumeradas)' " (fs. 21 y vta.).

Asimismo, y al momento de analizar la declaración del imputado durante la audiencia de debate, el referido sentenciante dejó sentado -en lo que aquí interesa- que a preguntas del fiscal el encausado respondió: "...Que nunca le introdujo [a sus hijos] los dedos en el orificio anal...; que no podía saber [...] por qué los chicos habrían dicho 'eso' si es que no habría sucedido..., no obstante podía afirmar que los hechos denunciados no habían sucedido...; que nunca sucedió... que jugando un juego, a sus hijos los 'ordeñaba' -interpretándose como si masturbaba... a los niños...; que no tenía 'poder interpretativo' de dibujos [en cuanto los menores habían] dibujado dedos grandes (como de las manos del declarante)..." (fs. 28 y vta.).

I.2.b. Por su parte, la doctora Parera, cuyo voto concitó la adhesión de la señora jueza De Carlo, tuvo por acreditado "...que en fechas indeterminadas que pueden ubicarse entre el curso del año 2003 y el mes de octubre de 2005, en el interior del domicilio sito en Los Aztecas ... de la localidad de Villa Tesei, Partido de Hurlingham..., donde convivían un matrimonio con tres hijos, el padre, aprovechando la ocasión del baño, abusó sexualmente de los dos hijos mayores P. D. y M. D. C., nacidos el 10 de noviembre de 1998, tanto tocándoles y frotándoles el pene como introduciéndoles un dedo en la cola simulando un

juego, acciones que cuanto menos llevó a cabo una vez con cada uno de ellos; conducta tales que tuvieron idoneidad suficiente como para desviar el normal desarrollo de la sexualidad de los menores facilitando así su corrupción" (fs. 57 vta. y 58).

I.3. Ahora bien, conforme la reseña efectuada, viene al caso recordar que "El objeto procesal está constituido por la representación conceptual del acontecimiento histórico" y por "...las pretensiones que respecto de él se hacen valer en juicio"; así "Él determina los alcances de la imputación en la cual debe contenerse la relación circunstanciada del hecho, y el contenido de la acusación". La sentencia debe respetar ese continente, porque de sobrepasarlo vulneraría el derecho de defensa del imputado. De este modo, "La sentencia condenatoria debe ser idéntica a la acusación en cuanto a los elementos suficientes para juzgar la conducta del imputado. La diversidad secundaria o jurídica entre ambos actos puede admitirse siempre que no implique privar a aquél de su defensa" (conf. de la Rúa, Fernando; *El recurso de casación*, Ed. de Zavalía, Buenos Aires, 1994, págs. 88 y 89; y causas P. 70.190, sent. de 26-IX-2007; P. 74.235, sent. de 31-X-2007; P. 99.820, sent. de 11-III-2009; P. 93.751, sent. de 15-VII-2009 y P. 92.824, sent. de 31-VIII-2011).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que el carácter constitucional del principio de congruencia "...como expresión de la defensa en juicio y del derecho de propiedad, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos" (*in re* "Ferreyra, Andrea Blanca c/ Ulloa, Carlos Darío", sent. de 25-II-1992; CSJN Fallos 315:106), y que el límite está dado "...en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen materia de juicio, en razón del derecho fundamental del acusado, basado en el art. 18 de la Constitución nacional, de tener un conocimiento efectivo del delito por el cual ha sido condenado" ("Martinez, Marcelo y otros s/ Infracc. ley 11.723 y 22.362-Causa n° 27.009-"; CSJN Fallos: 321:469 y 186:297; 242:227; 246:357; 298:104; 302:328, 482 y 791; 314:333).

En igual sentido, dijo que debe haber necesaria correlación "entre el hecho [...] que fue objeto de acusación y el [...] considerado en la sentencia [final]" (doctr. causa "Acuña, Carlos Manuel Ramón s/ Delitos de Injurias y Calumnias-Causa N° 25.787", sent. de 10-XII-1996; CSJN Fallos 319:2965; 321:469 y 314:333 cit., entre otros).

"El derecho de defensa consiste en la posibilidad que tiene el imputado de resistir la acusación, para lo



cual deberá hacersele conocer el episodio que se le atribuye y, a partir de esa sapiencia, darle la posibilidad de contar su propia versión de los hechos y que ésta sea tenida en cuenta. Asimismo, comprende también la oportunidad de proponer medidas de prueba, controlar la prueba de la parte contraria, gozar de una adecuada defensa técnica y que la decisión final verse sobre los hechos probados en el juicio" (causa P. 113.053, sent. de 18-IX-2013).

I.4. La transgresión al principio de congruencia, se da si el hecho por el cual se acusó difiere *sustancialmente* de aquél por el cual se dicta sentencia de condena.

En este orden de ideas, no aprecio que la materialidad ilícita fijada -con la modificación realizada en el debate por la parte acusadora, tal como se desprende de voto del juez Thompson- haya tomado por sorpresa al imputado y, de tal suerte, a la defensa.

Por el contrario, el encausado tenía absoluto conocimiento (lo que también surge del sufragio del magistrado aludido) que se lo juzgaba por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante agravado por haber sido cometido por un ascendiente de las víctimas, reiterado (en al menos dos oportunidades) y por corrupción de menores agravada por haber sido cometida por un ascendiente; y de

ese endilgado accionar tuvo la posibilidad concreta y sustancial de probar, debatir y defenderse (conf. doct. causa P. 90.257, sent. de 19-IX-2007).

En consecuencia, como anticipé, no se observa afectación alguna por la denotada falta de variación de la referida *rex iudicanda*, por cuanto no hay discordancia de aspectos que puedan reputarse relevantes entre el contenido de la acusación y la sentencia condena.

De tal suerte, se respetó la correlación entre lo acusado y lo fallado, de manera que existe entre ambos aspectos una prístina identidad sustancial. Ergo, resulta viable con la plataforma fáctica indiscutida encuadrar el suceso criminoso en el tipo penal desconsiderado.

II.1. En segundo término, alegó la errónea interpretación del art. 12 de la CDN (v. fs. 164).

Precisó que en distintos tramos de la sentencia casatoria se hizo mención "...a que los menores víctimas de este hecho 'no se comunicaron como pudieron' ni fueron 'oídos por los sentenciantes'" (fs. 164 vta.). Aseguró que tal expresión no es más que una afirmación dogmática que no se abastece con los elementos valorados por el tribunal de mérito.

Agregó que la madre de los niños "...al considerar que los mismos se comportaban de un modo distinto al que la tenían acostumbrada, decidió consultar a

un grupo de psicólogas. La progenitora notó cambios de conducta en sus hijos y realizó aquello que cualquier madre o padre de familia podrían haber realizado: consultar a un especialista para comprender el cambio de conducta de sus hijos, descubrir las causas y así intentar abordar la problemática..." (fs. 165).

Indicó que a partir de tal situación se dirigió al CIAPSI en busca de un diagnóstico y las licenciadas Fontana y Mattos, le aconsejaron que realizara un psicodiagnóstico. "La licenciada Cuadro [...] fue la primer[a]... que atendió a los menores y declaró en el debate. Es en ese contexto terapéutico que los menores relatan el abuso" (fs. 165 vta.).

II.2. Vinculado con el agravio anterior, en cuarto lugar el recurrente denunció la errónea interpretación del art. 12 de la CDN por parte del tribunal intermedio dado que cuestionó "...la decisión del de mérito de no haber convocado a los menores a declarar, siendo que esta posibilidad resulta facultativa para el órgano de juicio, siempre y cuando no se conculquen los derechos del imputado y de las víctimas" (fs. 173 vta.). A lo dicho adunó que las profesionales consultadas habían referido la inconveniencia de citar a los menores a declarar en el debate, y la defensa del imputado nada objetó al respecto (v. fs. 174).

II.3. Entiendo que ambas parcelas del carril extraordinario deben prosperar.

II.4. Las expresiones genéricas y dogmáticas, desprovistas de las constancias de la causa resultan estériles para conmovér lo resuelto por la mayoría de los magistrados de la instancia de grado; ello sumado a la desconsideración que el *a quo* realiza de la normativa internacional que trae a colación el impugnante.

II.5. Sobre el punto, cabe recordar que la Casación sostuvo que "...las sentenciantes [...] refirieron que si bien los menores no declararon en la investigación, como tampoco lo hicieron durante el debate oral -toda vez que las profesionales que los conocieron y depusieron en la audiencia desaconsejaron que fueran convocados-, ello no implica de modo alguno que no hayan sido escuchados, pues los niños 'se comunicaron como pudieron y donde pudieron, lo suficiente como para hacer oír su voz y su reclamo'" (fs. 125 vta.).

"Discrepo con lo referido, por cuanto los menores no se 'comunicaron como pudieron ni donde pudieron', pues conforme surge de la denuncia efectuada por la progenitora de los niños -y de diversas actuaciones que conforman la presente, incluso el propio veredicto-, fue la madre de los niños quien los llevó por su propia voluntad a consultar particularmente a las psicólogas -al considerar que P. y M.

se comportaban de un modo distinto al que la tenían acostumbrada-; correspondiendo adunar a lo dicho que no debe perderse de vista el marco dentro del cual la denunciante tomó tal decisión: un divorcio complejo, rodeados de cuestionamientos económicos y reconocidas situaciones de infidelidad" (fs. 125 vta. y 126).

En otro tramo de la sentencia, sostuvo que no resultaba "...un dato menor a tener en cuenta, que el órgano jurisdiccional interviniente no haya hecho comparecer a las presuntas víctimas del injusto atribuido a C. con el objeto de oírlas y así percibir, por sus propios sentidos, lo que podrían haber narrado los menores, aseverando que ello encontró sustento en el consejo que los psicólogos -uno del Tribunal de Menores, y los restantes particulares-, les efectuaron al considerar que ello resultaría contraproducente para los niños" (fs. 128 vta. y 129).

"De este modo, sostener una imputación tan grave como la efectuada -que concluyó con la atribución de una pena por demás desproporcionada y en completo detrimento de los derechos del inculpado-, en virtud de 'dichos' de 'dichos', o lo que es la doctrina denominada 'testigos de oídas' máxime cuando no pudo probarse en los menores la existencia de lesiones en sus respectivas zonas anales, permite descalificar a la sentencia como un acto procesal

válido y legítimo, cuya conclusión pueda ser sostenida en esta instancia" (fs. 129).

II.6. En contraposición con lo resuelto por el Tribunal revisor, la doctora Parera señaló que "Es cierto que los menores P. y M. no fueron oídos en el juicio, y que las profesionales que los conocieron y depusieron ante el Tribunal, desaconsejaron que fueran convocados. No fueron llamados a juicio con la única mira de protegerlos, tal como lo mandan los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional que rigen la materia, y nuestra propia ley procesal, lo que no significa que en ningún caso pueda escucharse al menor víctima, pero no en éste; cada caso debe ser evaluado en su propio contexto, y así se hizo. Pero definitivamente que no hayan hablado en la audiencia, ello no significa que no fueron escuchados. Los niños hablaron como pudieron y donde pudieron, lo suficiente como para hacer oír su voz y su reclamo" (fs. 58).

De seguido, explicó cómo la madre de los menores -A. E. C.- decidió consultar a profesionales en psicología ante los cambios de conducta que presentaron sus hijos (v. fs. 58 vta.); situación que con mayor detalle describió la jueza De Carlo quien prestó adhesión al sufragio de la primera. Para ello, esta última precisó que "...lejos está de verificarse la tendencia a la imputación maliciosa de los cónyuges separados contra el otro, atribuyéndose

desaprensivamente la falsa comisión de un delito, desentendiéndose de las constancias dañosas que de ello pudieran derivar..." (fs. 64).

"En el particular, si bien podrían pensarse que hubo una tramitación cuasi paralela entre el proceso civil [divorcio] y el penal instaurados a instancia de A. E. C. -que no fue tal-, para arribar a una adecuada apreciación de las probanzas allegadas al juicio conforme el principio que rige su valoración, es menester escindir lo que constituyó el motivo de la demanda de divorcio, de la razón de la denuncia penal. La primera se centró en el adulterio de su marido, mientras que la segunda se limitó exclusivamente al menoscabo de la integridad sexual de dos de los tres hijos que tiene el matrimonio. Una cosa no se identifica con la otra más allá que ambos traumas con connotaciones y afectaciones diferentes tiene como común denominador el mismo núcleo familiar. El desmoronamiento de la relación de pareja por episodios de infidelidad, bien pudo devastar el vínculo conyugal que como lo sostuvieron ambos, se esforzaron sin éxito en restaurar pero quedó más que claro en el debate, que no fue el desengaño amoroso o el despecho que llevó a la Sra. C. a actuar como lo hizo en el fuero penal. Fue la primera sorprendida ante los comentarios iniciales de abuso sexual del padre para con los mellizos. Tan es así que se preocupó por la salud

psicofísica de los menores y buscó orientación acudiendo a distintas consultas con profesionales en procura de ayuda. En principio se negó a darle crédito a las informaciones recibidas por cuanto no cabía en su cabeza -y entiendo en la cabeza de nadie- que un padre pueda violentar de ese modo a sus hijos. Pero a medida que golpeaba puertas observando a la vez el extraño comportamiento de los niños y la unívoca conclusión de las evaluaciones practicadas sobre los menores, se le fueron cayendo una a una las vendas que cubrían sus ojos. Todo se fue dando en un marco de progresividad que explica y justifica las plurales presentaciones formuladas ante el fiscal actuante para poner de relieve una a una las cosas que iba sabiendo tal como lo hizo en el relato brindado ante el tribunal. Conforme a ello, no advierto que haya mediado de su parte una actitud de venganza como lo pretende hacer valer el imputado..." (fs. 64 vta. y 65).

II.7. De lo expuesto párrafos arriba, no puede extraerse otra conclusión que la que se adelantara en el sentido de que la decisión adoptada por el órgano intermedio deviene ineficaz para demostrar que en la instancia se haya resuelto de modo errado.

II.7.a. Por una parte, y con relación a que los menores no declararon durante el proceso y tampoco en el debate, el *a quo* se limita a sostener que no fueron oídos



desde que la denuncia la inició su progenitora y que por lo tanto la condena se sustentó en "testigos de oídas", aludiendo a las psicólogas que los entrevistaron.

Sin embargo, desconoció lo dicho por la doctora Parera en cuanto a que las profesionales que conocieron a los niños y depusieron ante el tribunal, habían sugerido que los mismos no fueran llamados a juicio con la única mira de protegerlos, tal como lo mandan los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional y nuestra propia ley procesal.

En este sentido, teniendo en cuenta que el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional"; no puede perderse de vista que el Comité de los Derechos del Niño (ONU) en su Observación General n° 12 realizada en su 51° período de sesiones en

Ginebra (del 25 de mayo al 12 de junio de 2009) aconsejó a los Estados partes que debían ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de aquel derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato; para cuyo caso los Estados partes deberán adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado asegurando la plena protección del niño.

En concordancia con ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 331:2691 ha sostenido que siempre que esté en juego la persona de un niño, el contenido del derecho a su libertad personal "...no puede deslindarse del interés superior del niño razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad" (párrafo 225).

Coadyuva al criterio establecido precedentemente, lo resuelto por este Superior Tribunal (conf. causa P. 87.654, sent. de 1-XII-2006) ante un caso que -no obstante su notas particulares-, sí resulta de aplicación plena al *sub lite* en virtud de los fundamentos allí fijados en orden al test de razonabilidad que llevan a cabo los magistrados y en el cual se otorgó preeminencia al interés superior del

niño.

Particularmente se resolvió que "Ante dos derechos en pugna como son los intereses del niño, por un lado y el derecho del encartado [...], por el otro, los derechos de aquél pueden bajo determinadas circunstancias prevalecer, por respeto a las estipulaciones de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de Nueva York del 20-XI-1989, aprobada y ratificada por la ley 23.849; que reviste jerarquía constitucional, conforme el art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional; y asimismo en el art. 21 de la ley 10.067 y sus modific."

"Esta colisión, presupone que el juez debe analizar la precedencia de uno sobre otro, pero sin anular al que no se ha preferido, ya que en un cierto sentido no dejará de aplicar ninguno de los dos. Se debe utilizar un principio sobre otro, pero dejando claro, que la preferencia se vincula con las particulares circunstancias de la causa, de modo que en otro caso, y frente a otras situaciones, aplicará el principio que ahora resulta postergado".

"Además, debe verificar, que su juicio no altere el contenido inalterable o esencial de este último derecho fundamental".

En definitiva, la Casación no solo desconoció y

desinterpretó la normativa internacional sobre el punto, sino que además, mediante afirmaciones dogmáticas ignoró y no logró desbaratar el fundamento central por el cual se resolvió no citar a los menores a prestar declaración. Media, pues, arbitrariedad.

II.7.b. Por la otra, tampoco se hace cargo del desarrollo efectuado por la opinión mayoritaria de la sentencia de mérito que explica acabadamente por qué no existió en la progenitora de los niños abusados ánimo de venganza contra el imputado para concluir en el inicio de la presente causa.

El *a quo* circunscribe su respuesta a la circunstancia de que fue C. la que inicia el proceso penal en cuestión a partir de enmarcar el asunto en una demanda de divorcio conflictiva que, como bien señaló la doctora De Carlo, cada una se centró en consecuencias diferentes. De esto y del resto del relato que describió la magistrada nada dijo el tribunal recurrido.

III.1. En tercer lugar, se ocupó de la absurda valoración probatoria (v. fs. 164).

En este extremo volvió sobre aquella afirmación por la que el órgano intermedio sostuvo que los niños no pudieron expresarse ni ser oídos. Entendió que tal expresión era falaz, toda vez que los menores fueron escuchados por seis profesionales en psicología (v. fs.

167).

Agregó que ninguna de ellas conocía previamente al imputado, por lo que no tenían ningún motivo para mentir. Mencionó que tanto las licenciadas Cuadro, Addis, Westre y Suárez llegaron a conclusiones coherentes y contundentes como que se advertían signos inequívocos de abuso; ausencia de signos de fabulación; indicios inequívocos de la autoría en cabeza del padre; e imposibilidad de que el relato haya sido inducido por la madre (v. fs. 167 vta./168 vta.).

Recordó que al momento del debate oral "...los menores se encontraban bajo tratamiento psicológico y las dos licenciadas que los asistían en forma particular, declararon ante el tribunal oral" (fs. 169). Destacó que fueron dos psicólogas diferentes las que trataron a los menores y cada uno de ellos tuvo su posibilidad de expresarse ante ellas a lo largo de seis años. "Estas profesionales declararon durante el debate con el debido control de la defensa, relatando aquello que percibieron por sus sentidos en las entrevistas que mantuvieron con los menores" (fs. 169 vta.).

Adujo que lo que pasó por sus sentidos -dichos de los menores en el ámbito terapéutico- es inseparable de la interpretación científica de esa experiencia. "En este caso, forman una unidad indisoluble, la percepción, propia

de un testigo, de la crítica propia de un perito" (fs. cit.).

En concreto, criticó que las conclusiones de las profesionales hayan sido cuestionadas por la Casación desprestigiando la contundencia de cómo ocurrieron los hechos (v. fs. 170).

A renglón seguido, transcribió no solo la descalificación que el órgano intermedio hizo de lo expresado por las psicólogas, sino también una serie de afirmaciones dogmáticas sobre las tareas que les correspondería efectuar a tales profesionales (v. fs. 170/171 vta.).

III.2. Al igual que el anterior, este reclamo prospera.

III.3. El tribunal de recurso, a fin de justificar la absolución de C., resaltó junto con los "...informes realizados en la persona del inculpado [que] se presentan como indicadores que favorecen y complementan sus dichos, los cuales, por lo demás no merecieron por parte de la posición mayoritaria valoración alguna" (fs. 129), "...la cantidad de contradicciones que se advierten en el contenido de los diversos informes efectuados y presentados en el proceso por parte de las psicólogas que habrían atendido a los menores, en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió el o

los sucesos imputados al inculpado..." (fs. 130).

III.4. Antes de avanzar en lo que prosiguió diciendo, es dable aclarar que aquella afirmación por la que refiere que no se tuvieron en cuenta los informes practicados sobre el imputado por la opinión mayoritaria del tribunal de juicio, -sin perjuicio que los sentenciantes son soberanos para valorar aquellas piezas probatorias que consideren apropiadas para llegar a la verdad objetiva del caso-, la Casación no hace otra cosa que utilizar esa misma técnica al descalificar -como se verá más adelante- el contenido de los pericias psicológicas que las distintas profesionales llevaron a cabo sobre los menores.

Además, aludir a la "...cantidad de contradicciones que se advierten..." (fs. 130) en los mencionados dictámenes periciales, sin especificar ni determinar cuáles serían ellas a fin de corroborar el error o equivocación, convierten a la sentencia en un acto jurisdiccional inválido por no encontrarse fundado más que en afirmaciones meramente dogmáticas y sin sustento alguno.

III.5. Luego, y siempre con relación al punto puesto es pugna, expuso que "Los testimonios vertidos por los profesionales terapeutas -particularmente cuando asisten a niños-, sumado a la mala práctica de elevar sus opiniones a categoría prácticamente de 'peritos', impone al

Tribunal una prudente y estricta valoración de su contenido" (fs. 132 vta.). A ello sumó que la credibilidad del testimonio de la víctima nunca puede basarse única y exclusivamente en la valoración de un psicólogo que actúa dentro de un ámbito privado (v. fs. 133 vta.).

Sobre esta base, juzgó "...inconsecuente la deducción a la que han arribado las votantes que conformaron la mayoría en la sentencia recurrida, en la inteligencia de que existen errores manifiestos y fundamentales en la interpretación del plexo probatorio reunido, habiendo sostenido la materialidad ilícita y la autoría de C. con sustento en la interpretación de las manifestaciones de las psicólogas particulares y de los dichos de la madre de los niños, sin vislumbrarse el motivo que diera lugar al rechazo del resto de la prueba introducida en el debate" (fs. 135 y vta.).

III.6. Como puede apreciarse, el órgano intermedio sustenta la absolución del imputado a partir de restar valor al contenido de las pericias psicológicas efectuadas por las diferentes profesionales que intervinieron a lo largo del proceso.

En efecto, y más allá de que las piezas referidas fueron incorporadas por lectura, a la par que las licenciadas depusieron en la audiencia de debate, sin que la defensa del imputado se opusiera al respecto (con lo que



llevó a cabo el debido control de las mismas), lo cierto es que Casación mediante expresiones absolutamente genéricas que en nada se relacionan con las constancias de la causa, pretende descalificar el valor que a dichas probanzas le otorgaron fundadamente -y con relación a lo sucedido en el expediente- las magistradas del tribunal de la instancia que hicieron la mayoría.

En consecuencia, entiendo no solo que se otorgó un argumento aparente a la decisión, sino que el razonamiento esbozado por el *a quo* otorgó preeminencia a la versión del imputado prescindiendo de otras probanzas para la solución del pleito. De ahí que realizó un análisis parcial y descontextualizado de otros medios probatorios arrojados a la causa (conf. causa P. 115.440, sent. de 13-VII-2013).

De este modo, el déficit en el que incurrió transformó esta parcela del pronunciamiento impugnado en un fallo arbitrario, que lo descalifica como acto jurisdiccional válido (doctr. art. 18, Const. nac.).

IV.1. En último término, se quejó que el *a quo* haya desvirtuado las conclusiones de las sentenciantes de la instancia por la inexistencia de signos físicos de abusos como así también que se haya dicho en la sentencia casatoria que se omitió considerar las versiones de los testigos ofrecidos por la defensa (v. fs. 174/175).

IV.2. Con relación a los signos de abuso, y habiéndose dejado en claro (en el acápite II) el valor de los testimonios brindados por las psicólogas que actuaron a lo largo del proceso, cabe recordar que Noemí Norma Suárez, sostuvo que "...De P. oyó el relato de que muchas veces, durante el baño, el padre le ponía la mano en la cola como si fueran caricias, o le tocaba el pito y hacía movimiento como ordeñando una vaca. También M. contó que el padre le tocaba el pito y la cola como si fuera un juego..." (fs. 59).

Las terapeutas Liliana Clara Addis y Nerina Mariel Westre "...fueron contestes al decir que cada uno de los niños brindó un relato de abusos por parte de su padre que tenían que ver con tocamientos en la cola o en el pene..." (fs. 59 vta.).

Dicha reseña sumada a la descripción de la materialidad ilícita, da cuenta que la modalidad utilizada por el imputado para someter a sus víctimas difícilmente pueda evidenciar la presencia efectiva de signos físicos de abuso, con lo cual nuevamente lo afirmado por la Casación carece de sustento argumental para desbaratar lo resuelto en la sentencia de condena.

IV.3. En orden a que no se valoraron las versiones de los testigos propuestos por la defensa de C., es dable destacar que el sufragio que inició el acuerdo

describió y analizó cada una de las pruebas con que la fiscalía basó la acusación, incluyendo tanto las que se incorporaron por lectura como las testimoniales que declararon en la audiencia de debate (v. voto del juez Thompson).

A su turno la doctora Parera expresó que "En aras de evitar repeticiones innecesarias, ya que el Dr. Thompson ha sido más que extenso al exponer la prueba recabada, me limitaré a puntualizar los segmentos de la misma que, para mí, tienen relevancia suprema para acreditar la materialidad ilícita en trato..." (fs. 58).

Y finalmente la doctora De Carlo adhirió a la jueza Perera.

Lo expuesto permite concluir, a contrario de lo fallado en la decisión puesta en crisis, que todas las pruebas fueron tenidas en consideración. Algo muy diferente es el valor que cada sentenciante le otorgó para arribar a la solución del caso, pues mientras el magistrado que inauguró el acuerdo le otorgó preeminencia a determinadas piezas que lo llevaron a la absolución de C., las juezas que hicieron la mayoría ponderaron otras que las convencieron de la condena aplicada.

V. Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el señor fiscal ante el Tribunal de

Casación Penal, casar la sentencia impugnada y devolver los autos al órgano mencionado, a fin de que una nueva Sala -integrada por jueces hábiles- dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho (art. 496, CPP).

En consecuencia, voto por la **afirmativa**.

**A la primera cuestión planteada, el doctor de Lázzari dijo:**

I. Adhiero al voto del señor Juez Pettigiani y agrego las siguientes consideraciones.

II. La Sala Tercera del Tribunal de Casación revoca la sentencia que, por mayoría, había condenado a la pena de veinte años de prisión al señor L. A. C. por el delito de abuso sexual gravemente ultrajante de persona menor de trece años agravado por haber sido cometido por un ascendiente, reiterado en una ocasión con otro menor también descendiente, en concurso real, y corrupción de menores en concurso ideal con los anteriores, con los siguientes fundamentos:

II.1. Sobre la base de discrepar con el Tribunal de origen en que a los niños se los pudo escuchar en el proceso, se repara en que la denuncia del abuso sexual fue efectivizada por la progenitora, quien los llevó por su propia voluntad a consultar particularmente a un grupo de psicólogos, en el marco de un divorcio complejo rodeado de cuestionamientos económicos y reconocidas situaciones de

infidelidad (v. fs. 762 vta. y 763).

II.2. En función de las garantías del imputado en el proceso penal, se reprocha no haber hecho comparecer a las presuntas víctimas con el objeto de oírlas, pese a reiterados pedidos del agente fiscal (v. fs. 765 vta., 766 y 768).

II.3. Con relación al relato de los menores sobre episodios de abuso del padre, reflejado en el testimonio de los distintos psicólogos que los escucharon, se desecha su admisión probatoria por considerar que es una testimonial "de oídas" -dichos de dichos-, máxime cuando no fue posible comprobar la existencia de lesiones anales (v. fs. 766).

II.4. A través de los dichos del imputado, se atribuye que "...quizás la denuncia de la progenitora tuvo origen en la conflictiva relación que explica su ensañamiento" (v. fs. 766 y 766 vta.).

II.5. En atención a contradicciones sobre circunstancias de modo, tiempo y lugar de los abusos, tanto de los informes de los psicólogos como de la descripción del cuerpo del delito que efectuara el fiscal, se valora la prueba en forma desestimatoria y se critica por falta de precisión la descripción del cuerpo del delito lo cual como mínimo conculca el derecho de defensa de C. (v. fs. 765/767).

II.6. A partir de las distintas afirmaciones

incluidas en un art. doctrinario sobre maltrato, abuso y su prevención, se coincide en que están presentes todos esos contenidos en la causa: la familia está envuelta en un litigio donde están involucrados reclamos patrimoniales; las declaraciones de los niños han sido sugeridas, a través de la implantación de falsos recuerdos; ello deriva en un proceso de exclusión parental con episodios de agresión entre los progenitores, visitas asistidas, denuncias policiales (v. fs. 769 vta., 770 y 773 vta.).

II.7. Además, se desestima la credibilidad del testimonio de los psicólogos. Por un lado, se reprocha que sean considerados en la categoría de "peritos", y por el otro, se desestima el valor probatorio mediante estas razones: el abuso sexual nunca puede basarse única y exclusivamente en la valoración de un psicólogo que actúa dentro de un ámbito privado, pues tiene un sesgo decididamente a favor del denunciante (v. fs. 770 vta.); las dimensiones de verdad con las que trabajan psiquiatras y psicólogos son netamente subjetivas y muchas veces inciertas; incluso cuando usan modalidades de entrevistas conductivas, inductivas o sugestivas puede suceder que este tipo de errores de método provoquen recuerdos falsos en la memoria de los niños (v. fs. 770 y 772 vta.); las pseudomemorias co-construidas no permiten saber lo realmente sucedido, resultando muy difícil o imposible

retrotraer la memoria original.

II.8. La tendencia de creerle al niño y aceptar los informes de abuso sexual como reales es muy grande, sin importar si los relatos son increíbles, si las denuncias se hicieron para causar daño, obtener ventajas materiales y procesales (v. fs. 773);

II.9. A través de una serie de argumentaciones, se interpreta que el testimonio de los psicólogos, sin evidencias empíricas indudables que corroboren la ocurrencia del abuso sexual infantil, no puede desvirtuar la presunción de inocencia cuando el tribunal de juicio es quien tiene la responsabilidad constitucional de juzgar y no ha obtenido una convicción condenatoria (v. fs. 771 vta./773);

II.10. Se asevera que los niños de menor edad, con mayor facilidad son inducidos a tomar como sucedido algo que no sucedió y que incorporen el suceso en su memoria con toda convicción, en especial si el relato les es repetido varias veces y si proviene de alguien con un gran ascendiente sobre ellos, como pueden ser los padres, maestros o algún psicoterapeuta; máxime cuando en este tipo de valoración está presente el principio *in dubio pro reo* (v. fs. 773 vta.).

III. De esta manera, esta incertidumbre probatoria, la descalificación de determinados tipos de

pruebas y la calificación de otra como imprescindible para llegar a la verdad, junto a la necesidad de que el sistema legal garantice un estado de inocencia hacia el imputado (v. fs. 773), conllevan a la determinación del tribunal de revocar la sentencia.

Sin embargo, se deja entrever de sus términos, la falta de integralidad en la apreciación de la prueba y la presencia de los estereotipos de género de mujer mentirosa y mujer instrumental, estereotipos que afirman o dan por cierto que la cónyuge, estando presente un divorcio destructivo pretende alcanzar algún interés material o procesal para lo cual urde un plan para descalificar a su marido y causarle daño a través de la falsa denuncia direccionada a acumular evidencias en su contra, con un afán de venganza por el enojo que ha provocado la disolución del vínculo de pareja.

En este sentido, considero que mediante la utilización de estos estereotipos se ha violado el deber de investigar con debida diligencia (arts. 24, CADH; 6 y 7, Convención de Belém do Pará; 2 y 5, CEDAW). La categoría de mujer mentirosa se relaciona con el mito de que las mujeres denuncian falsamente y la categoría de mujer instrumental con respecto al mito de que las mujeres denuncian para obtener un beneficio (v. Defensoría General de la Nación, "*Discriminación de género en la decisiones judiciales:*



*Justicia Penal y Violencia de género*"; recuperado el 23-X-2017 de <http://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/010%20Discriminacion%20de%20Genero%20en%20las%20Decisiones%20Judiciales.pdf>, 2010, con cita de Elena Larrauri, págs. 87, 98 y 106).

Ahora bien, bajo esta idea preconcebida, se borra el contexto que presenta la litis a partir de las circunstancias comprobadas de la causa. Aún más: el modo de procesar la denuncia así como la aplicación de las reglas probatorias están influenciados por estereotipos de género o prejuicios que invalidan la voz de la mujer y de los niños, junto a estándares probatorios que no responden a una valoración imparcial (v. recomendación n° 33 de la CEDAW, puntos 18 "e", 23, 25 apdo. "iii", 26 y 27) y aplican un razonamiento inferencial alejado de las obligaciones generales en materia de derechos humanos, así como del deber de diligencia.

IV. Dentro del derecho internacional y las mandas constitucionales está la obligación de juzgar con perspectiva de género cuando un asunto afecte a una mujer (Recomendación n° 19, CEDAW; art. 5 inc. "b", CEDAW) y la obligación de valorar toda medida, ley o resolución que afecte de manera desproporcionada a las mujeres y así mismo todo acto que pudiera estar basado en prejuicio o

estereotipos contruidos en torno a la misma (MESCEVI, Declaración sobre la violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos, 19 de setiembre de 2014, pág. 3).

En este sentido, interesa recordar que cualquier estereotipo encierra un alto grado de valoración y de juicio. Son presupuestos fijados de antemano, ideas preconcebidas, opiniones hechas que se imponen como clichés, acerca de las características positivas o negativas de los comportamientos de una clase o género dado, y no permite hacer contacto con la realidad objetiva, los deseos o motivaciones personales, fuera o divergentes del cliché (v. Analía Castañer; Margarita Griesbach Guizar y Luis Alberto Muñoz López; *Utilización de hijos e hijas en el conflicto parental y la violación de derechos del supuesto síndrome de alienación parental*, 2014, pág. 16, nota 3).

V. Trasladados estos conceptos a la causa, se advierte que los estereotipos de mujer instrumental y mentirosa marcados son un factor que está presente en el razonamiento inferencial de la sentencia, junto a la cultura androcéntrica que llevó a desacreditar el relato de la mujer y de los niños.

V.1. Calificar la denuncia del abuso sexual hecha por la madre, al contar los infantes con siete años de

edad, como un comportamiento alienador, siendo que es el único medio que cuentan aquellos para poder pedir auxilio en caso de ser víctimas de abuso, es demostrativo de un mecanismo que obstaculiza el acceso a la justicia de modo violatorio a los derechos humanos de los infantes y de su progenitora como representante de los mismos (art. 26 primer párrafo, Cód. Civ. y Com.), además de exponerla a estar inmersa en acciones que obliterarían una posición de garantía en función del vínculo parental con las víctimas, dentro del ámbito de protección de la ley (arts. 1, CEDAW; 1, Convención de Belém do Pará y 646, Cód. Civ. y Com.).

V.2. Interpretar que por haber acudido la progenitora a una institución privada -CIAPSI- para la atención de sus descendientes, este proceder estuvo encaminado a manipular pruebas y exponer a sus hijos al servicio del conflicto y de su provecho, cuando no surgen de ningún contexto probatorio esos indicios, es otra inferencia que únicamente tiene lógica si la falta de veracidad de la denuncia y del informe acompañado parte de los estereotipos antes precisados.

V.3. Hacer perder credibilidad al psicodiagnóstico en función de emanar de una institución privada es una valoración que no surge de los estándares de validez y confiabilidad relacionado con la imparcialidad del profesional que interviene, entre los que se menciona

la posibilidad de acudir a "...servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia por medio de entidades de los sectores público y privado" y que responde a la concepción estereotipada que influye en forma negativa en la valoración del material probatorio colectado en la investigación relacionada con el abuso sexual de sus hijos (art. 8 inc. "d", Convención de Belém do Pará). Incluso su incorporación provino de la actividad oficiosa del Tribunal -v. fs. 1 vta., proveído de fs. 3 y oficio de fs. 88, tras la denuncia de fs. 1, donde se relaciona la intervención de la Atención a la Víctima con el CIAPSI, arts. 83 y 85, CPP).

Por añadidura, el tribunal revisor puso el acento en el carácter privado del desempeño profesional de las psicólogas (v. fs. 770 vta. y sigs.), sin hacer referencia alguna a las conclusiones de la psicóloga Suárez, quien intervino en carácter de perito oficial designada por la jueza a cargo de la causa n° 30.363 del Tribunal de Menores n° 4 de Morón (v. fs. 5 de la misma).

V.4. Posicionar los derechos del inculpado en función de no haberse podido escuchar a los niños para deslegitimar la posibilidad de una condena, importaría por un lado, desconocer que tal derecho se encuentra en tensión con el principio de no revictimizar, inherente a la protección de los derechos humanos, que implica actuar con

una debida diligencia de parte de la o los impartidores de justicia (art. 19, CADH; CIDH, Caso Rosendo Cantú y otro vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 201). Y, por el otro, no dar una respuesta adecuada al tipo de violencia que se investiga, que hace necesario tomar en cuenta el contexto en que sucede el abuso de un familiar que casi siempre ocurre en el ámbito privado ante la ausencia de testigos presenciales (recomendación n° 33 punto 15, "d" y 51 "h"; arts. 16 y 31, ley 26.845). Sobre este último aspecto, la factibilidad de investigación, sanción y erradicación de la violencia conllevan a la atención de este contexto a partir de pruebas que apliquen un enfoque diferenciado en la admisión, desahogo y valoración de las pruebas (v. recomendación n° 33, CEDAW, donde explica que los informes de médicos o trabajadores sociales, que pueden mostrar cómo la violencia, aunque se cometa sin testigos, tiene efectos reales sobre la integridad física y el bienestar mental y social de las víctimas). Aún más, con estos postulados no se aporta coherencia al discurso sentencial ya que si se asevera que la escucha de los niños es imprescindible para efectivizar los derechos del inculcado ¿cómo se sostiene ese argumento si previamente se está descalificando su opinión, en base a la facilidad de aleccionamiento de parte de la familia, jueces y profesionales, si se interpreta

ello como una característica de la etapa que transita la infancia? (tal como se asevera en otros pasajes de la sentencia -v. fs. 770 y 777-).

V.5. Desestimar los dichos de las cuatro psicólogas que escucharon a los niños por considerar que se trata de un testimonio de oídas desconoce el carácter de testimonio que reviste la percepción directa de la manifestación propia del dicho de un niño que afirma ser víctima de abuso. Además, rige el principio pro admisión de la prueba, en el que el juez debe apoyarse desde un enfoque de derechos, consagrándose así un criterio de amplitud (v. Bravo Figueroa, Roberto, García Huerta, Daniel, Griesbach Guizar, Margarita y Ortega Soriano, Ricardo; *Estudio y aplicación de la prueba desde un enfoque de Derechos Humanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, ODI, págs. 63, 64 y 96; art. 16, ley 26.485). Incluso con una diferencia adicional, por tratarse de testigos que están capacitados para detectar si las declaraciones de los niños son inducidas (Devis Echandía, Hernando; *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo II, tercera edición, 1976, Bs. As., Víctor de Zavalía; págs. 71/75).

La caracterización del relato de los profesionales de la psicología -en cuanto refirieron lo que ocurrió en las entrevistas celebradas con los niños -como "testigos de oídas" desconoce la especificidad de la

técnica de la entrevista como herramienta ante posibles casos de abuso sexual infantil, en el marco de las cuales en este proceso no solo se recogieron las narraciones brindadas por los niños sino que también se registraron las reacciones emocionales y sus conductas durante la entrevista. La psicóloga Cuadro dijo en la audiencia "Que con el correr de las sesiones P. le dijo que el papá le metía el dedo en la cola al bañarlo, el que llegó a tener que salir corriendo al baño para hacer caca. Que en medio de la sesión, P. se metía la mano en el ano y empezaba a hacerse una masturbación anal compulsiva" (fs. 659 vta.), que el relato tenía características infantiles y que su hermano mellizo M., cuando nombraba al papá, lo hacía con mucha angustia (v. fs. 669).

Partiendo de esta premisa acerca de su carácter de "testigos de oídas" y de que no se trataba de peritos sino de terapeutas, la Casación desechó el valor probatorio de las determinaciones a las que llegaron las psicólogas Cuadro, Addis y Westre (v. fs. 769 vta.).

También con carencia total de justificación la Casación aseveró -o supuso- que en el caso en estudio pudo haberse sometido a los menores a "técnicas peligrosas o sugestivas" (fs. 774) e infirió -o supuso- que las terapeutas pudieron estar involucrados en la sugestión de los niños junto a la madre "...si el relato les es repetido

varias veces" por una persona con ascendiente sobre ellos (v. fs. 777 vta.).

Por otra parte, la labor de tales profesionales fue descalificada con afirmaciones genéricas y dogmáticas (v. fs. 772 vta.).

Asimismo, la Casación compartió los fundamentos del magistrado doctor Thompson que votó en minoría en el tribunal de juicio (v. fs. 767), pero dicho sufragio incluye la arbitrariedad de afirmar que la psicóloga Cuadro no resultó "...suficientemente clara, toda vez que su relato no resultó demasiado explícito, notándose injerencias de la madre tanto previas a las sesiones como durante las mismas" (fs. 660 vta.). Esta crítica resulta arbitraria por autocontradicción pues el propio doctor Thompson transcribió párrafos más arriba con precisas descripciones del testimonio en el debate de la psicóloga aludida, sin explicar en qué punto hallaba oscuridad: "Que con el correr de las sesiones P. le dijo que el papá le metía el dedo en la cola al bañarlo, el que llegó a tener que salir corriendo al baño para hacer caca. Que en medio de la sesión, P. se metía la mano en el ano y empezaba a hacerse una masturbación anal compulsiva", etc. (v. fs. 659 vta. y 660).

El mismo magistrado de la instancia de juicio -cuyas razones compartió la Casación- pretendió justificar



su evaluación con una apreciación también dogmática y genérica al advertir sobre "...las versiones erróneas dadas por muchas licenciadas en psicología en casos de abuso sexual infantil, como ha surgido cuando no se ha revisado la fuente de las denuncias interpuestas en contextos de divorcios" (fs. 660 vta.). Esta apreciación -además de que no se advierte por qué la profesión de la psicología se adscribe a las mujeres-, en modo alguno demuestra que quienes concretamente intervinieron en el caso pudieran haber incurrido en tales errores.

V.6. inferir de los dichos del imputado que la denuncia de la madre de los niños quizá tiene su origen en la conflictiva relación, lo que explicaría su ensañamiento, cuando no hay indicadores respaldatorios que avalen que esos niños han sido víctimas de ese otro tipo de violencia (v. fs. 414/416); a la vez, descreer de la denuncia de la mujer, cuando hay informes y testimonios de cuatro psicólogas que dan cuenta de los dichos de los menores que no fue un discurso armado, es indicativo de un criterio diferenciador entre las personas que afecta la credibilidad dada a voces, argumentos y testimonio de las mujeres y de los niños y que jerarquiza la voz del hombre (recomendación n° 33, CEDAW, punto 26; arts. 1.1 y 24, CADH).

V.7. La valoración de la prueba es, sin duda, una atribución judicial, sin embargo estará afectada cuando los

estereotipos contaminan el accionar del órgano de juzgamiento.

V.8. Atribuir contradicciones sobre circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos constitutivos del abuso, tanto de los informes de las psicólogas como de la descripción que hiciera la fiscalía para sostener la argumentación desestimatoria de la acusación, implica desconocer la necesidad de interpretar de otra forma tanto el proceso de afectación emocional que causa a las víctimas para exteriorizar estos hechos y la recepción por sus allegados como la observación de cómo lo dicen, lo que amerita una mirada especializada en el juzgamiento desde un enfoque de infancia y de género (v. Castañer, Analía; Griesbach Guizar, Margarita y Luis Alberto Muñoz López; ob. cit.).

Por lo demás, el tribunal revisor no explicitó ni una sola de esas pretendidas contradicciones, las que no podrían considerarse autoevidentes de modo que el órgano debió indicarlo pues una afirmación de tal vaguedad no puede constituir un argumento válido como fundamento de una sentencia.

V.9. Tener por probado que las declaraciones de los niños son producto de aleccionamiento por parte de la familia, jueces y profesionales, siendo que plurales testimonios e informes documentales avalan lo contrario,

consolida una resolución que desconoce los criterios de credibilidad del dicho infantil en función de las características propias de la edad y grado de desarrollo de los niños -siete años- (v. Castañer, Analía; Griesbach Guizar, Margarita y Muñoz López, Luis Alberto; ob. cit., pág. 133; Comité de los Derechos del Niño, Observación general n° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/6C/12; 20 de julio de 2009, párrafo 20; CIDH, caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, sent. de 24-II-2012. Serie n° 239, párrafos 206 y 207).

La Casación se refirió a la posible co-construcción del relato de los niños sin que quede claro si llegó a la conclusión de que su narración había sido inducida por un tercero (la madre), ya que en el desarrollo de esta cuestión únicamente se ocupó de desestimar las afirmaciones de las psicólogas que actúan en el ámbito privado; a lo que sumó la hipótesis de que las entrevistas podrían haberse llevado a cabo con modalidades que provocaran recuerdos falsos en la memoria de los niños y que los mismos hubieran sido inducidos a aceptar el haber sido víctimas de un "falso abuso", además de establecer el presupuesto de que quienes asumen un rol terapéutico no son neutrales (v. fs. 770/773).

V.10. Los estándares probatorios deben adaptarse

a las circunstancias del caso con perspectiva de género y de infancia, lo que amerita un análisis ineludible de otras ramas de las ciencias sociales, para saber detectar los indicadores diferenciados entre el abuso sexual y otro tipo de violencia (art. 19 CADH; CIDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño*, Opinión Consultiva n° 17/02, párrafos 53, 54 y 60; art. 2, CEDAW; 2, 6 y 7 Convención de Belém do Pará; Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12, párrafo 134; Observación General n° 14, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrafos 85, 86 y 87; art. 16 y 31, ley 26.485; Castañer, Analia; Griesbach Guizar, Margarita y Muñoz López, Luis Alberto; *Utilización de hijos e hijas en el conflicto parental y la violación de derechos del supuesto síndrome de alienación parental*", 2014, págs. 23 a 25, 29, 94).

V.11. Los parámetros con que fue juzgada la veracidad de los dichos de los niños no responden a las características cognitivas de P. y M. en función de su corta edad, desde un análisis transdisciplinario, pues desconoce el tipo de conocimiento concreto, que dificulta el aleccionamiento hasta muy entrada su adolescencia. A la vez, que es posible de descubrirse si el discurso fue inculcado. Además, se perpetúa la percepción sesgada de la justicia en desestimar el dicho infantil por presumirse

como un sujeto influenciable (arts. 1, 3 y 12 CDN; CIDH, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 198; Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 14, párrafos 85, 86 y 87; Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, párrafo 28). De seguirse estos parámetros, se reafirma una visión androcéntrica del hombre en la que solo el relato de un hombre varón adulto es el creíble, lo que coloca a la mujer y a los niños en desventaja, en tanto se sustenta en una cultura patriarcal que define roles preestablecidos de manera desigual.

VI. En conclusión, se observa que se ha configurado el vicio descalificable de arbitrariedad por apartamiento de las constancias comprobadas de la causa que tornan a la sentencia como un acto jurisdiccional inválido.

VII. En función de lo expuesto, y en concordancia con lo expuesto por el doctor Pettigiani, cabe casar la decisión impugnándola y ordenar al Tribunal de Casación que -debidamente integrado- efectivice la revisión de la sentencia del tribunal de juicio, tomando en cuenta los fundamentos expuestos en el presente (art. 496 y conchs., CPP).

Voto por la **afirmativa**.

**A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:**

I. Adhiero al ponente con el alcance que seguidamente expongo.

Según se reseña, el fiscal ante el Tribunal de Casación Penal tachó de arbitraria la sentencia que recurre por atribuirle imprecisión a la descripción del cuerpo del delito y variaciones que pudieron comprometer la defensa en juicio del imputado (v. fs. 163/164). Criticó, también, el alcance que le otorgó al derecho a ser oído que el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño les reconoce a los menores, aquí víctimas de los delitos de abuso sexual investigados, por entender que "...no se comunicaron como pudieron ni donde pudieron, sino que fue la madre de los niños quien los llevó por su propia voluntad a consultar particularmente a las psicólogas, en el contexto de un divorcio complejo, rodeado de cuestionamientos económicos y reconocidas situaciones de infidelidad", cuando -a su entender- los menores fueron escuchados, si bien no en el juicio propiamente dicho, en las etapas de detección del delito, de lo cual dieron cabal cuenta las profesionales que depusieron en el debate (v. fs. 164 vta./165 vta.). Dijo que las constancias del expediente reflejan que los menores tuvieron oportunidad de hablar reiteradamente ante las licenciadas en psicología que los entrevistaron, quienes coincidieron en la existencia de signos inequívocos de abuso sexual, ausencia de fabulación en los niños y de

"sugestión materna" para tales declaraciones (v. fs. 168 vta./169), así como serios indicios de autoría en cabeza del padre (v. fs. 167 vta./168 vta.). En suma, estimó el fiscal que en el caso de las psicólogas, la percepción es la propia de un testigo, pero la interpretación es la propia de un perito (v. fs. 169 vta.), aun cuando depusieron en el primero de los alcances señalados.

En su parecer, el fallo absolutorio incurrió en afirmaciones dogmáticas con desapego a las constancias de la causa, dando cuenta de los supuestos en que estimó que ese inadecuado actuar jurisdiccional tuvo lugar (v. fs. 171 vta.), incluso por la excesiva relevancia que se le asignó a la ausencia de signos físicos del abuso (v. fs. 174 y vta.). Concluyó en que se ha configurado el excepcional vicio de absurdo que habilita la revisión de esta Corte en cuestiones de hecho y prueba (v. fs. 176 vta. y 177).

II. En primer lugar, es preciso señalar que en el pronunciamiento atacado se deslizan ciertas generalizaciones y afirmaciones dogmáticas, en especial sobre la labor de los psicólogos y, otras que tensionan con los parámetros internacionales que rigen el juzgamiento con perspectiva de género, que por vía indirecta aparece involucrado, y cuyos pormenores se enfatizan en el voto del doctor de Lázari.

III. Superada tal prevención, lo dirimente del

caso y que aquí es puesto en entredicho en el recurso bajo estudio atañe al argumento del *a quo* relativo a que los mellizos P. y M., de siete años de edad al momento del hecho denunciado, presuntas víctimas del delito de abuso sexual por parte del progenitor, no prestaron declaración judicial en la presente causa penal, esto es ni ante el fiscal -en la etapa investigativa-, ni en el debate -ante el tribunal del juicio- y, por ende, la condena fue sustentada -por el voto mayoritario de los magistrados a cargo del juicio- básicamente en las entrevistas documentadas o informes periciales y los testimonios prestados por las psicólogas Cuadro, Addis, Westre y Suárez, el de la madre de los menores, y, en lo que se consideró relevante, el testimonio del licenciado Cabrera propuesto por la defensa.

En razón de la falta de audiencia de los menores en este proceso penal, el tribunal intermedio concluyó que el resto de los elementos de cargo resultaban insuficientes, merced a las exigencias del derecho a la presunción de inocencia, para emitir un juicio de condena, dado que atendiendo a "...la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable". Por ello, frente a la ausencia de una declaración de los menores ante un fiscal, juez o



Tribunal y de testigos presenciales del hecho, sumado a informes médicos que no podían reputarse concluyentes en cuanto a la existencia de rastros físicos de las aludidas agresiones de índole sexual que los tuvieran por víctimas, correspondía la absolución del acusado y así lo dispuso (v. fs. 132 del legajo casatorio).

IV. Ahora bien, un pormenorizado repaso de lo actuado en el juicio, me persuade de que la casación no ponderó a cabalidad la totalidad de las pruebas aunadas, lo cual conllevó a que decidiera el caso con desapego a las constancias comprobadas de la causa, pronunciamiento que, entonces, no puede convalidarse como un acto jurisdiccional válido.

IV.1. Los magistrados del tribunal del juicio, que hicieran mayoría, tuvieron en cuenta lo relatado por la licenciada Susana Beatriz Cuadro (del Centro Privado CIAPSI), quien ante el acercamiento de la madre de los mellizos por estar padeciendo una situación "de violencia" y temer que sus hijos pudieran hallarse bajo algún tipo "de riesgo", fue la primera que tuvo sendas entrevistas con los menores, verificando posible cuadro de "abuso sexual", quien refirió que el relato de los chicos aparecía coherente a lo largo de todas las entrevistas mantenidas y que nombraban al papá con mucha angustia. La testigo dijo además que la mamá (denunciante) parecía desbordada por la

situación. En tales circunstancias refirió que fue derivada al Centro de Atención a las Víctimas de Merlo (declarando la funcionaria de ese Centro Mónica Silvia Mattos), para la obtención de asistencia psicológica de los menores.

Si bien la testigo indicó que ella no volvió a tratarlos, aclaró que los menores realizaron terapia con dos psicólogas de esa misma institución: con la licenciada Liliana Clara Addis, el menor M.; y con la licenciada Nerina Mariel Westre, el menor P.. Aun cuando ellas dejaron de pertenecer al CIAPSI mantuvieron con ambos niños su relación de terapeutas, concurriendo a sus nuevos consultorios. Los jueces de la mayoría consideraron que ambas profesionales fueron contestes en transmitir los relatos brindados por los niños con el contenido denunciado respecto del abuso sexual y que, asimismo, coincidieron en afirmar la imposibilidad de mendacidad en sus dichos ni que pudiera tratarse de un relato inducido o preparado por la madre, dando razón de sus conclusiones (v. fs. 677 vta.).

Los magistrados también ponderaron particularmente el relato de la licenciada Noemí Norma Suárez, actualmente jubilada y para ese entonces perteneciente a la planta del otrora Juzgado de Menores n° 4 de Morón, quien desde el lugar de psicóloga en la causa asistencial allí tramitada, entrevistó a los mellizos en noviembre de 2005, confeccionando su informe al mes

siguiente del mismo año, dando cuenta de posibles indicadores de abuso sexual del que los menores resultarían víctimas por parte del papá, descartando con firmeza que se trataran de relatos "inducidos" al provenir de "...niños tan chiquitos" y, fundamentalmente, a su entender, "...porque la angustia no se puede disimular" (fs. 677 y vta.). Los jueces descartaron que lo testimoniado por ella caracterizase -según había referido la defensa- "...un relato de relato, sino que entrevistó personalmente a los dos menores" (fs. 678 vta.), dando cuenta de lo que pasó por sus sentidos (entrevistas) y de lo concluido (informe) como psicóloga del tribunal aludido.

Refirieron a su vez a lo testimoniado por la madre de los menores, A. E. C., cuya versión de los hechos apreciaron como sincera y veraz, no surgiendo nada concreto de la causa o del debate que pudiera poner en duda "sobre lo que dijo o lo que dijeron los chicos" (v. fs. 681). Tampoco advirtieron, según señalaron, que la que expuso pareciera una mujer capaz de armar un entramado semejante para obtener alguna ventaja sino más bien alguien de baja impulsividad, introversión, dependencia y cierta inmadurez, como señala el informe psicológico de fs. 156 y 157 vuelta, siendo ajeno a la presente causa criminal en la que se investigó el presunto delito de abuso sexual del padre a sus hijos mellizos, lo acaecido en el juicio de divorcio

entre los cónyuges (v. fs. 681 vta.).

Finalmente refirieron los jueces al testimonio del licenciado Cabrera, quien declaró convocado por la defensa del imputado en su calidad de perito de parte. Sostuvieron que si bien es cierto que dicho profesional no entrevistó a los menores, y más allá de las vicisitudes reconocidas que rodearon su testimonio, correspondía "recuperar" de sus dichos "...que aseveró que la coincidencia fundada de seis profesionales es importante y existen pocas probabilidades de que las conclusiones fueran falsas; y también dijo que niños tan chiquitos no pueden sostener en el tiempo, coherentemente, un discurso armado por un adulto, ni conducir a engaño al profesional", coincidiendo en ello con las apreciaciones efectuadas por el resto de las profesionales (v. fs. 681).

En lo que atañe a los exámenes médicos realizados a los mellizos, los jueces del voto de la mayoría, se remitieron a lo reseñado por el otro colega, en la consideración que ello daba por acreditada la materialidad fáctica del abuso sexual del que fueran víctimas P. y M.. En particular, cabe tener en cuenta sobre el punto lo referido por el doctor Jaime Traversaro, perito médico del Tribunal de Menores en el cual tramitó la causa asistencial, en cuanto a que más allá del primer diagnóstico -respecto del niño P.- de fisura anal en hora

12, como ese dato no apareció en los otros dos informes efectuados en días próximos posteriores (llevado a cabo por médico del hospital Posadas), no era dable concluir con certeza en ese dato, porque la evolución de una fisura anal no puede cambiar en el lapso de diez días, de modo tal que quedaba como único "elemento anatómico positivo" de los exámenes, el de esfínter ligeramente "complaciente". Juntamente aclaró que lo afirmado no invalidaba el diagnóstico de abuso sexual, dado que la ausencia de algunas evidencias físicas no es sinónimo de "ausencia de abuso" y que "...el relato de los menores, claro y preciso es el mejor elemento con que se cuenta para efectuar el diagnóstico de abuso sexual a ello agregado la patología psicológica que presentan..." (fs. 155 de las copias agregadas en anexo de la causa asistencial, en concordancia con lo declarado por él en el juicio).

IV.2. De este peculiar modo ingresaron a la causa penal "los dichos" de los menores de edad.

Es cierto que el agente fiscal que condujo la investigación preliminar solicitó a la magistrada interviniente en el expediente sustanciado ante el Tribunal de Menores n° 4 de Morón (causa n° 30.363) "autorización" para la realización de nuevas pericias psicológicas y médicas a los mellizos P. y M. a llevarse a cabo ante la Asesoría Pericial de Tribunales, pero según da cuenta la

providencia del 24 de noviembre de 2006 esa diligencia no fue concedida a fin de evitar la "revictimización" de los niños, más allá de remitírsele a la UFI requirente copia de todos los informes existentes en la causa asistencial, en el entendimiento de la magistrada del fuero de menores que ello resultaba suficiente para reflejar el abuso del que fueran víctimas (v. auto que obra a fs. 214/216 del expediente principal).

Tampoco fueron autorizadas nuevas pericias propuestas en ocasión del ofrecimiento de prueba (art. 338, CPP), en razón de la oposición fiscal, a fin de evitar la revictimización de los menores -en concordancia con los estándares de la Convención sobre los Derechos del Niño-, tal como resulta de la resolución dictada en el marco de esa etapa preliminar del debate (conf. art. citado del ritual; v. fs. 525/527); habiendo la defensa efectuado formal protesta, la cual se tuvo presente (v. fs. 537).

En el debate la defensa reiteró la solicitud de incorporación por lectura o exhibición de las piezas procesales que allí indicó en razón de que los profesionales que depusieron en el juicio aconsejaron que los menores no testifiquen en resguardo del interés superior del niño y que se trataría de una revictimización, pero ante la oposición de la fiscalía (por no encuadrar en ninguno de los supuestos del art. 366 del ritual, con

adhesión de la damnificada) el tribunal no hizo lugar, sin que conste aquí formal protesta de la defensa acerca de lo decidido (v. fs. 629 vta. y 630).

IV.3. Entre la documentación incorporada por lectura al debate se encuentra lo tramitado en la causa n° 30.363 del fuero asistencial (ley 10.067) ante el ex Tribunal de Menores n° 4 departamental (v. copias certificadas en legajo anexo). En ese ámbito habría tenido lugar la única "declaración judicial" prestada "conjuntamente" por los mellizos P. D. y M. D. C. (al menos, de que se tiene registro en esta causa), fechada el 20 de marzo de 2007 y celebrada ante la jueza del fuero especial, doctora Cecilia G. Drago, en presencia de la señora secretaria del referido órgano, siendo asistidos por su progenitora (señora A. E. C.; v. fs. 194/195).

Luego, sin la presencia de los menores en el juicio penal, todo ello fue reproducido en la audiencia de debate oral, habiendo declarado la mamá de los niños (y denunciante en la causa), los médicos y psicóloga del fuero de menores que intervinieron en la referida causa asistencial, quienes revisaron y entrevistaron a los mellizos, dando razón de lo momento actuado en su y de sus conclusiones, las psicólogas que los entrevistaron y dieron asistencia terapéutica a los niños P. y M. originarias del CIAPSI, la encargada del Centro de Asistencia a la Víctima

de Morón, la maestra de los niños y, además, los testigos propuestos por la defensa.

V. Frente a este estado de cosas, es preciso verificar si lo obrado en el caso es, como se dice, arbitrario, o supera el test de un pronunciamiento conforme a derecho.

V.1. En lo que atañe a lo afirmado por el tribunal intermedio, siendo la regla general que las pruebas sean practicadas en presencia del acusado en una audiencia oral, pública, continua y contradictoria, va de suyo que entonces, en principio, también la víctima debería declarar en el juicio a efectos de que el imputado tenga oportunidad real de confrontación (principio de contradicción; v. fs. 139 y vta. del legajo referido).

V.2. No obstante, siendo en el caso las víctimas menores de edad se añaden otros estándares que deben atenderse.

V.2.a. De un lado, la posibilidad de que el menor de edad-víctima declare en el proceso penal le concedería la oportunidad de ser escuchado, a tenor de la previsión del art. 12 de la ya citada Convención sobre los Derechos del Niño, siempre que no afectare su superior interés (art. 3, idem). Ello, en tanto el referido art. 12 dispone que la oportunidad de ser escuchado -en función de la edad y la madurez del niño- se podrá llevar a cabo directamente por



él o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Por lo dicho, la referencia al art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no dirime necesariamente la cuestión en ciernes, relativa a que inexorablemente sin importar su edad ni demás condiciones de madurez o de la posibilidad de formarse un juicio propio ni su superior interés, deba el menor-víctima declarar en el debate en presencia del imputado o su defensa, a fin de que éstos puedan controlar y contrarrestar su testimonio, ni que siempre deba hacerlo personalmente.

V.2.b. También, es sabido que cuando resultaren víctimas de ese delito menores de edad (al menos, menores de 16 años de edad, según reglamentación local, ley 13.954 -B.O., 5-II-2009-; conf. art. 102 bis, CPP), es importante que el testimonio sea realizado en la primera oportunidad procesal (cuando están en mejores condiciones de recordar y referir a las circunstancias vividas) y bajo las condiciones allí previstas (sala acondicionada con los elementos adecuados a la etapa evolutiva del menor, con intervención de un psicólogo o profesional especialista en maltrato o abuso infantil, si el fiscal o juez lo considerarse necesario, disponiendo video-filmación conforme las previsiones del art. 274 del Código Procesal Penal, a fin de evitar repetición de la declaración del

menor -revictimización secundaria-, y para su eventual incorporación ulterior al debate oral).

Ese precepto establece asimismo que las alternativas del acto podrán ser seguidas por las partes desde el exterior del recinto y, en todo caso, su registro (reservado y confidencial) podrá ser exhibido a las partes del proceso, si fuere menester (art. cit.). De ese modo se ha intentado sopesar el interés superior del menor víctima y, a la par, garantizar al imputado el control de modo útil de la prueba de cargo (art. 18, Const. nac. y 14, párrafo 3 inc. "e", PIDCP; y 8.2. "f", CADH).

No se me escapa que esta reglamentación procesal es posterior al inicio de esta causa (noviembre de 2005), aunque la práctica del testimonio de los menores de edad bajo ciertos recaudos protectorios (v. gr.: sistema de "Cámara Gesell" o dispositivo similar), ya era conocida (v., e.o., causa n° 37.856, TCP, Sala II, sent. de 15-VI-2010). En consecuencia, bien pudo procurarse, al menos, una vez reglamentada en el mentado art. 102 bis del Código Procesal Penal, en cualquier momento anterior al debate oral (celebrado los días 16, 18 y 24 de mayo de 2011). Incluso, pudo tomarse como parámetro que en la XVI Asamblea General de la AIAMP, realizada el 9 y 10 de julio de 2008 en Punta Cana, República Dominicana, se aprobó el documento sobre orientaciones para la protección de víctimas y

testigos por los ministerios públicos de iberoamérica, denominado "Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos". De igual modo, la resolución 500/09 del Director de Asesorías Periciales de la Suprema Corte de Justicia predecesora de las resoluciones de Corte 903/12 y 908/12 que aprobaron el protocolo hoy en uso, daba pábulo para echar mano a una diligencia bajo esa modalidad.

V.2.c. Con esa limitación -en cuanto al control de la contraparte- de que los menores de edad puedan no "volver" a declarar en el juicio propiamente dicho (restricción que solo debe ser cuando fuere estrictamente necesaria), reemplazándose su intervención por la exhibición del registro de lo actuado mediante el sistema previsto en el art. 102 bis del Código Procesal Penal, el legislador procesal ha intentado -como quedó dicho- balancear los intereses en juego.

Repárese que en el ámbito jurisprudencial, el Máximo tribunal federal, examinando la garantía constitucional en cuestión dijo que de la imposibilidad de que la víctima -que ya declaró en una etapa anterior al juicio (por ejemplo, en la instrucción sumarial) o ante la policía, sin posibilidad de contradicción de la defensa-, no pueda hacerlo luego en el debate, no es dable concluir sin más que el imputado no ha tenido un "juicio justo" o "un proceso equitativo" (v. doctr. CSJN, Fallos: 334:725

- "Gallo López"-, en particular, voto de la jueza Higthon de Nolasco). Allí, se afirmó que no puede sostenerse que la incorporación por lectura de los dichos de la víctima hubiera generado una inequidad inaceptable entre los derechos colisionantes, cuando este límite al control fue compensado por otras pruebas (independientes), que en el caso eran contundentes y en las que la sentencia se fundó para formular el juicio de culpabilidad del acusado, las que habían confirmado el relato de la menor-víctima y que la defensa pudo fiscalizar (doctr. fallo cit.).

V.3. Podría, por caso, darse todavía el singularísimo supuesto, como ha acaecido en el presente, en el cual a través del profesional de la planta del órgano judicial interviniente -acá fue el que actuó en la causa asistencial, con decisión de la jueza de menores- se recomendó el no sometimiento de los mellizos P. y M. al acto procesal requerido (declaración) ni se autorizaron nuevas pericias psicológicas a los menores, por razones fundamentadas en su superior interés (art. 3, CDN), lo cual ha implicado que la sentencia de condena repose en la prueba indirecta de los dictámenes periciales y lo declarado por las distintas psicólogas en el debate al aludir a las entrevistas efectuadas a ellos, refiriendo a lo que les manifestaron en ese marco, como se sabe, sin intervención contradictoria de la defensa y sin que hubiera

ninguna otra declaración de las víctimas en la causa penal, ni en la etapa investigativa ni en la del plenario.

Con el alcance excepcional indicado se ha establecido en los fallos internacionales, que ante el riesgo de una excesiva revictimización del menor de edad en los procesos por delitos sexuales (en atención de los derechos de quienes ya se encuentran en especial situación de vulnerabilidad), puede limitarse su llamada a la causa como testigo, sustituyéndose la información por otros medios de prueba documentales, indirectos o referenciales (v., al respecto, lo resuelto por el TEDH en la causa "*S. N. c. Suecia*", 2-VII-2002), siempre que pueda identificarse un marco razonable de posibilidades de contradicción para el imputado (ST España, sentencia 41/2003), y, en principio, que la condena no se base "únicamente o de manera importante" en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el debate (TEDH, *Lucá c. Italia*, °. 40, 27-II-2001; en esa línea sentencia de la CIDH caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, sent. de 29-V-2014, ° 245/247 y 250/252).

Con todo, se ha señalado que esta comprobación ("test") no puede hacerse meramente en *abstracto*, sino que corresponde "repasar" con detalle el conjunto de las

actuaciones procedimentales, incluida la propia actividad defensiva y pretensional de la parte, para determinar si, de conformidad al canon de la totalidad de los elementos a ponderar, el acusado ha dispuesto de una *ocasión adecuada y suficiente* de interferir en la producción del medio de prueba y de poder influir en su valoración por parte del tribunal del juicio (TEDH, caso *Birutis*, de 28-III-2002), máxime cuando las declaraciones de los menores víctimas (incorporadas del referido modo indirecto) fueron decisivas para el juicio de condena.

Más recientemente, en la sentencia del TEDH (Gran Sala) del 15-XII-2011, dictada en el asunto *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, dicho Tribunal ha profundizado el criterio de valoración basado en la ponderación de intereses, considerando que el derecho de contradicción es parte del más genérico derecho a un proceso equitativo del art. 6.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que debía realizarse un examen de la totalidad de la causa. Dicho de otro modo: que corresponde realizar aquella comprobación acerca de la eventual vulneración del derecho a la contradicción desde la contemplación del proceso en su conjunto, atendiendo a las concretas circunstancias del caso.

Puntualmente se estableció que: "*El Tribunal contemplará el procedimiento como un todo, tomando en*

*consideración los derechos de la defensa pero también los intereses de la sociedad y de las víctimas de que el delito es debidamente perseguido [...] así como, cuando sea necesario, los derechos de los testigos" (° 118), siendo este el modo de efectuar el test para abordar "...la cuestión de la equidad global del procedimiento, en aras a ponderar los intereses enfrentados de la defensa, la víctima y los testigos, así como el interés público en una efectiva administración de justicia" (° 146).*

Todo ello para concluir que, aunque la condena esté basada primordialmente o de modo decisivo en pruebas (testimonios) sobre los que ha habido imposibilidad del imputado de contrarrestarlos, ello no conllevará automáticamente una vulneración al derecho a un proceso equitativo, sino que dependerá de si en el caso concreto existen *"...suficientes factores de compensación, incluyendo medidas que permitan una correcta y adecuada evaluación de la fiabilidad de esa prueba. Esto permitiría que una condena se fundara únicamente en dicha prueba solo si es suficientemente fiable dada su relevancia en el caso"* (° 147).

Esto significa que aun si dicha declaración es la única prueba determinante contra el acusado, su admisión como prueba no vulnera automáticamente el art. 6.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No obstante,

si la condena se basa exclusivamente, o de forma muy significativa, en la declaración de testigos no presentes en el debate, el Tribunal debe someter el procedimiento a un escrutinio más riguroso: debe examinar si se aplicaron suficientes factores de salvaguardia, entre ellos medidas para permitir una valoración imparcial y suficiente de la fiabilidad de dichas pruebas (v. TEDH *Al-Khawaja and Tahery*, antes citada, °° 118 y 147; también, *Aigner vs. Austria*, n° 28.328/03, °° 33 y 35, sent. 10-V-2012; y *Vronchenko vs. Estonia*, n° 59.632/09, °° 53 y 55, 18-VII-2013).

V.4. En línea con lo que se viene apuntando, el TEDH dijo que correspondía prestar también atención particular a las características específicas de las causas penales relativas a delitos sexuales. Pues, el procedimiento en tales casos suele resultar muy penoso para la víctima, sobre todo cuando ha de personarse en contra de su voluntad frente al acusado. Y que todo ello se agudiza cuando se trata de un menor de edad.

Entonces, para valorar si se ha sometido al acusado a un juicio con todas las garantías, debe tenerse en cuenta junto con los derechos del acusado el "derecho a la intimidad" de las supuestas víctimas. Por consiguiente, el Tribunal acepta que en las causas penales sobre abusos sexuales se adopten determinadas medidas para proteger a la



víctima, siempre que sean compatibles con un ejercicio adecuado y suficiente de los derechos de defensa (v. por ejemplo, TEDH *Aigner vs. Austria*, antes citada, ° 35; y *Vronchenko vs. Estonia*, antes citada, ° 56).

En tales circunstancias, el TEDH ha aceptado que el interés de la justicia puede en determinados casos admitir como prueba las declaraciones de las víctimas, sin confronte directo de la defensa del acusado. Por ejemplo, dijo que se debe examinar si la utilización de las declaraciones previas al juicio se vio acompañada de los suficientes factores contradictorios, entre ellos, medidas suficientes que permitieran realizar una valoración justa e imparcial de la fiabilidad de tales pruebas. Ello, por ejemplo, si las declaraciones de las víctimas fueron obtenidas con la intervención de un equipo forense psicosocial designado por el juzgado de instrucción competente; y si bien no se convocó ni a la fiscalía ni al demandante para que asistieran a la entrevista con las menores, sin embargo, los expertos prepararon un informe del cual se facilitó una copia al demandante, quien no formuló objeciones a dicho informe durante la fase de instrucción y tampoco solicitó que volviera a examinarse a las menores en su presencia en ningún otro momento de dicha fase, cuando del expediente se desprendía que podía haberlo hecho. En ese caso también ponderó que las entrevistas con

las menores se grabaron y que la videograbación fue íntegramente proyectada durante el juicio, lo que permitió a los tribunales nacionales hacerse una clara impresión de la experiencia de las víctimas y a la defensa plantear cualesquiera objeciones relativas a la coherencia y verosimilitud de las declaraciones. En el juicio se habían escuchado además a algunos de los padres y de los tutores a los que las menores habían relatado los hechos de abuso sufridos, con oportunidad del acusado de presentar su versión de los hechos y señalar cualquier discrepancia o incoherencia en las declaraciones de aquéllos. De igual modo, pudo hacerlo con los expertos que habían examinado a las menores durante la fase de instrucción, en el cual se ofrecía una opinión pormenorizada sobre la credibilidad de las víctimas, que tuvo ocasión de interrogarlos en el juicio, momento en el que pudo comentar y rebatir sus conclusiones. Por todo ello, consideró que en ese caso no se había visto afectado el derecho de contradicción y a un proceso justo cual denunciaba el demandado (v. TEDH *González Nájera vs. España*, demanda n° 61.047/13, 11-II-2014, en esp., apdos. 20, 27, 28).

VI. Por todo lo que llevo dicho, es dable concluir que lo resuelto por el órgano casatorio se asienta en meras afirmaciones genéricas y dogmáticas, sin llevar a la práctica el "testeo" al que antes se aludiera con la

exhaustividad, detalle, completitud y examen circunstanciado que el caso requiere, a la luz del adecuado balance de intereses en juego y según doctrina jurisprudencial referida.

En consecuencia, propongo al acuerdo descalificarlo como acto jurisdiccional válido y devolver los autos al tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho.

Voto por la **afirmativa**.

La señora Jueza doctora **Kogan** y los señores Jueces doctores **Negri** y **Genoud**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron también por la **afirmativa**.

**A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:**

I. Contra la sentencia reseñada en los antecedentes, la representante del particular damnificado articuló recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el formuló cuatro agravios basados en la existencia de absurdo.

I.1. Por el primero, cuestionó que el fallo en crisis haya presumido que la madre de los menores actuó sembrando recuerdos inexistentes en la mente de los niños al solo efecto de lograr la condena del padre; ello sin ningún tipo de sustento (v. fs. 185).

En tal sentido, destacó lo dicho por las licenciadas en psicología Cuadro y Suárez, a fin de demostrar la distancia que separaba a la madre de los hijos (la que a su vez quedó plasmada en el voto del doctor Thompson), con lo que debía ponerse punto final a la supuesta inducción que nunca existió (v. fs. 186 vta.).

En definitiva, afirmó que los abusos existieron y las profesionales los acreditaron al tiempo de prestar declaración en autos bajo juramento de ley y de conformidad con lo que su ciencia les permite aseverar (v. fs. 187).

I.2. Por el segundo, destacó que la sentencia condenatoria entendía que era normal que la madre actuara del modo en cómo lo había hecho "...consultando un profesional para constatar lo realmente sucedido, sin precipitaciones y sin falsas imputaciones, desbaratando cualquier intención de atribuirle venganza producto del distracto de la sociedad conyugal" (fs. 188).

Agregó que la denuncia penal no fue intempestiva, sino que estuvo motivada por el resultado al que se arribó luego de la consulta profesional y frente a la admisión de la licenciada Cuadro de que los niños habían efectuado relatos compatibles con abuso sexual (v. fs. cit.).

Finalmente, resaltó que tanto las licenciadas Suárez, Cuadro, Addis y Westre "...fueron contundentes en sus afirmaciones en cuanto a la existencia de abuso en la

persona de los menores y en cuanto a quién lo hizo" (fs. 188 vta.).

I.3. En cuanto al tercero, se disconformó con aquello dicho por el *a quo* en torno a que "...la prueba congregada durante la etapa instructoria y la rendida en la audiencia de debate resultaba insuficiente, habida cuenta la imposibilidad de oír a los menores durante el juicio o haber sido evaluados por peritos psicólogos de la Justicia Criminal todo lo cual traería aparejado una violación al derecho de defensa en juicio del individuo..." (fs. cit.).

Se refirió a la victimización secundaria y al logro de dispositivos eficaces para respetar los derechos humanos de los niños (v. fs. 189 vta. y 190).

Sumó a ello que "...si bien la inconveniencia de la participación de los menores se encuentra suficientemente sustentada, dicha situación no se ha traducido en la inexistencia de prueba puesto que como ya ha quedado plasmado en la sentencia condenatoria [...] seis profesionales tuvieron la oportunidad de entrevistar a los menores P. y M., oírlos convenientemente, concluyendo en indicadores de abuso sexual en su persona" (fs. 191).

Sostuvo que tales peritos fueron convocados al debate, declararon y se encontraron sometidos al interrogatorio amplio de las partes, entre ellos el imputado y la defensa, "...en cuyo caso pudieron no solo

evidenciar presuntas contradicciones -que no las hubo- y dejar constancia en acta de circunstancias relevantes de su relato -que tampoco hubo- sino también ofrecer oportunamente prueba que pudiera sostener la propuesta de inocencia de C. lo que despeja cualquier duda en punto a que no existe insuficiencia probatoria ni obstáculo para su ofrecimiento y producción" (fs. 191 vta.).

I.4. Como cuarto reclamo, se quejó de la afirmación por la cual la decisión casatoria señaló que se omitió efectuar toda consideración sobre las versiones ofrecidas por testigos de la defensa que depusieron en oportunidad de la audiencia de debate (v. fs. 191 vta.).

Agregó que dicha pieza es el sitio donde las partes pueden dejar constancia de los párrafos de las declaraciones que se consideren relevantes a los efectos de fundar una protesta o plasmar una situación. Indicó que "...tal facultad no parece haber sido ejercida por la Defensa técnica del encartado a juzgar por el contenido del acta de debate como así tampoco la solicitud a su cargo de filmación, grabación o versión taquigráfica total o parcial del debate, situación que no puede redundar en perjuicio de la particular damnificada ni en mención que mejore la situación procesal del imputado" (fs. 192).

I.5. Por último, cuestionó que no se haya verificado en la especie un estado de certeza propio de un

arbitrio condenatorio, tal lo fallado por la Casación.

Para controvertir esto, reiteró lo expuesto por las psicólogas que intervinieron en el proceso y añadió la declaración del perito de parte Osvaldo Nelson Cabrera (v. fs. 193/194).

Aludió a las presuntas contradicciones a que hace referencia el fallo en crisis, que no indica cuáles son ni pueden inferirse por lo conteste de los testimonios (v. fs. 194).

En definitiva, expuso que "...para desacreditar los argumentos esgrimidos en la condena dictada respecto del sometido a juicio ha recurrido en alguno pasajes a inferencias que no se han acreditado ni sustentado por la prueba producida cuando en realidad el plexo cargoso marca, ineludiblemente, la condena del encartado..." (fs. 194 vta. y 195).

II. Si bien la impugnación en trato se halla en el límite de la suficiencia técnica, contiene los planteos mínimos necesarios para hacerle lugar al recurso en la medida que formula agravios cuyo contenido es similar a los expuestos por el señor fiscal ante el Tribunal de Casación Penal, los que fueron resueltos afirmativamente en la cuestión primera del presente acuerdo.

Solo resta aclarar que más allá de que los reclamos esgrimidos aquí se sustentan en el "absurdo",

entiendo que como vicio del conocimiento y desde una perspectiva federal debe trazarse un paralelismo con la "arbitrariedad", dado que el tratamiento de los mismos se circunscribió a los embates de naturaleza federal.

III. Con relación al tópico de la regulación de honorarios, de acuerdo a los lineamientos sentados por esta Corte en el acuerdo 3871 de 25-X-2017, resulta aplicable -en el caso- el régimen arancelario del decreto ley 8.904/77 en razón de que se ha efectuado una valoración del trabajo en cuestión a partir de una presentación anterior a la vigencia del nuevo régimen de la ley 14.967, a la luz de la observación efectuada por el Poder Ejecutivo al contenido del art. 61 de dicha ley que establecía la aplicación del nuevo régimen a todos los procesos en los que, al tiempo de su promulgación, no exista resolución firme sobre regulación de honorarios al considerar que la aplicación retroactiva de la misma podrían vulnerar derechos adquiridos (conf. causa I-73.016, "Morcillo", resol. de 8-XI-2017).

En consecuencia, voto por la **afirmativa**.

**A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor de Lázzari dijo:**

Adhiero al voto del doctor Pettigiani, en consideración a lo expuesto por el suscripto en la primera cuestión.



Voto por la **afirmativa**.

**A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Soria dijo:**

Los agravios que porta el recurso de la representante de la particular damnificada han sido suficientemente reseñados en el voto del ponente, siendo innecesaria su reproducción.

Tal como señala el colega, doctor Pettigiani, en el límite de la suficiencia el reclamo presenta un contenido similar al del representante fiscal acogido en el tratamiento de la cuestión anterior, de modo tal que corresponde estar a lo allí resuelto, según lo dicho en oportunidad de expedirme sobre el asunto.

En consecuencia, y con el alcance referido, voto por la **afirmativa**.

La señora Jueza doctora **Kogan** y los señores Jueces doctores **Negri** y **Genoud**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Soria, votaron también por la **afirmativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

#### **S E N T E N C I A**

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, por mayoría de fundamentos, se hace lugar a los

recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos, se deja sin efecto la sentencia recurrida y en consecuencia, se dispone reenviar la causa al órgano revisor para que -debidamente integrado por jueces hábiles- se dicte un nuevo pronunciamiento (art. 496, CPP).

Se difiere la regulación de honorarios del doctor Luis Alberto Deuteris, patrocinante de la particular damnificada, por sus trabajos desarrollados ante esta instancia (art. 31, segundo párrafo, dec. ley 8.904/77 y acuerdo 3871 de esta Corte de 25-X-2017).

Regístrese y notifíquese.

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI      HECTOR NEGRI

EDUARDO NESTOR DE LAZZARI

DANIEL FERNANDO SORIA

LUIS ESTEBAN GENOUD

Gabriela Amalia Noemí Ocampo  
Subsecretaria