

Delitos Integridad Sexual Abuso Sexual Duda Razonable Principio De Inocencia

JURISPRUDENCIA

En la ciudad de La Plata, a los 16 días del mes de mayo de dos mil trece, reunidos los integrantes de la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Jorge Hugo Celesia, Federico Guillermo José Domínguez y Ricardo Borinsky (art. 451 in fine del C.P.P. según ley 13.812), con el objeto de resolver en esta causa N° 45.666 caratulada "G., F.N. s/Recurso de casación"; practicado el sorteo correspondiente, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: CELESIA ? BORINSKY ? DOMINGUEZ.

ANTECEDENTES El Tribunal en lo Criminal N° 2 del Departamento Judicial La Plata resolvió en la causa N° 3234, con fecha 20 de septiembre de 2010 condenar a F.N.G. a la pena de catorce años de prisión, accesorias legales y costas, por haber sido hallado autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y abuso sexual gravemente ultrajante calificado por el vínculo en concurso real entre sí, ambos bajo la modalidad de delito continuado, en los términos de los arts.45, 55, 119 segundo y tercer párrafos en función del cuarto párrafo letra "b" del C.P., ordenándose la detención del imputado G. en la misma decisión, en los términos del art. 371 último párrafo del C.P.P. Contra dicho resolutorio la defensa particular a cargo de los Dres. Ramiro Pérez Duhalde, María Florencia Condomí Alcorta y Emanuel F. Rives, interpuso recurso de casación, el cual obra a fs. 68/92 del presente legajo.

Hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes: **CUESTIONES** Previa: ¿Corresponde aceptar la incorporación de las filmaciones presentadas por la defensa en la audiencia del art. 458 del C.P.P.? Primera: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado F.N.G.?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A la cuestión previa planteada, el Juez Celesia dijo: I. En la audiencia del art. 458 del C.P.P. (fs. 196/198) el Sr. Fiscal Adjunto ante este Tribunal, Dr. Fernando Galán y la representante del particular damnificado, Dra. Sofía Caravelos, se opusieron a la pretensión de la defensa de incorporar en esa oportunidad las filmaciones del juicio, sobre la base de haber adquirido firmeza el auto que denegó la producción de prueba en los términos del art. 457 del C.P.P. de fs. 105/106 del presente legajo.

II. Posteriormente, el fiscal añadió en apoyo de su planteo (fs. 228), la extemporaneidad de la presentación de la defensa de acuerdo al art. 457 C.P.P. y dada la preclusión operada respecto de la denegatoria de prueba, hace expresa reserva del caso federal. Agrega que los videos editados de manera parcial y descontextualizada del resto de los elementos de prueba, distorsiona la percepción de los jueces de las constancias del debate.

III. Por su parte, las representantes del particular damnificado presentaron memorial (fs. 237/240) destacando cuatro puntos de disconformidad: a) la omisión de traslado a su parte previo a la incorporación de prueba en esta instancia, b) la imposibilidad de incorporar prueba en la instancia de casación por haber adquirido firmeza su rechazo, d) la inadmisibilidad de la prueba de filmaciones y e) la falta de autenticidad de las filmaciones incorporadas.

IV. En primer lugar, cabe destacar que las filmaciones cuya presentación e incorporación se objeta por el fiscal y el particular damnificado, en la audiencia de fs. 196/198, representan un mero compendio o reformulación de los videos del juicio cuya incorporación ya fue admitida a fs. 173/184.

Que, según las argumentaciones de la defensa, el nuevo ofrecimiento tiene el propósito de facilitar la tarea del tribunal mediante el señalamiento de la prueba del juicio disconformada en su agravio. Ante el desconocimiento del fiscal como del particular damnificado respecto del contenido de esas filmaciones, se aceptó el ofrecimiento de la defensa de hacer llegar una copia al fiscal y al particular damnificado, luego de lo cual éstos expresaron su disconformidad con la incorporación de esa prueba. Considero que no procede introducir tales filmaciones presentadas en la audiencia del art. 458 del C.P.P., pues la oportunidad procesal a tales fines feneció al decidirse por la nueva integración del tribunal la incorporación de las filmaciones presentadas a fs. 168/169, decisión de la mayoría del tribunal a la luz de una interpretación extensiva del alcance amplio del derecho al recurso en los términos de los arts. 8.2.h C.A.D.H. y 14.5 P.I.D.C.P. y art. 75 inc. 22 de la C.N. (fs. 173/184), que fuera debidamente notificada (fs. 184vta.) e incluso objeto de protesta por el Ministerio Público Fiscal (fs. 186/187).

Adicionalmente, el art. 458 C.P.P. establece que la defensa "inmediatamente luego del debate, podrá presentar notas escritas referidas a los puntos debatidos en el mismo"; de modo que los videos de fs. 228 exceden la pretensión del recurrente manifestada en el recurso de casación y el alcance de la admisión jurisdiccional de fs. 173/184.

El planteo relativo a la firmeza de la decisión inicial denegatoria de la prueba ofrecida en el recurso de casación de fs. 105/106 no resulta viable, toda vez que la interpretación amplia del derecho al recurso de los arts. 18 CN, 8.2.h C.A.D.H. y 14.5 P.I.D.C.P., plasmada en la decisión referida "dejando a salvo mi opinión en minoría de fs. 173/174- dejó sin efecto la inicial denegatoria de fs. 105/106, desterrando con ello la preclusión invocada, así como la extemporaneidad de la presentación.

Luego, descartándose la agregación de los videos de fs. 228, el planteo del particular damnificado referente a su falta de autenticidad, deviene abstracto. La ausencia de traslado al particular damnificado en la oportunidad de resolver la incorporación de los videos se fundó en el acotado rol de esta parte en sede casatoria en

casos en que no haya impugnado la sentencia, ciñéndose sus facultades al control de la razonabilidad de los agravios de la contraparte, mas no abarcan la posibilidad de expresarse ante el pedido de recusación de la defensa ni ante la estrategia de la contraparte de producir prueba en los términos del art. 457 del C.P.P., ni de opinar sobre la conveniencia de la petición. La debida intervención del particular damnificado se aseguró con la notificación de la radicación en Sala (fs. 100), de la nueva integración del tribunal (fs. 150 y 162/163) y de la celebración de la audiencia en los términos del art. 458 del C.P.P. Corresponde, por tanto, rechazar la incorporación al legajo casatorio de las filmaciones presentadas a fs. 228. Arts. 79, 452, 453, 456, 458 y ccdtes. del C.P.P. Así lo voto. A la misma cuestión previa planteada, el Juez Borinsky, dijo: Adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Celesia y me pronuncio en igual sentido. Así lo voto. A la misma cuestión previa planteada, el Juez Domínguez, dijo: Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Celesia con los siguientes agregados complementarios. Tal como lo manifestara el Dr. Celesia en su voto, la incorporación de los videos del juicio ya fue admitida a fs. 173/184. Esa incorporación es en todo conforme a la ley. Así lo dispone el art. 370 del C.P.P. cuando establece que si las partes lo solicitan, el organismo jurisdiccional deberá disponer la filmación, grabación o versión taquigráfica del debate. Esto implica que, pedida por las partes, la filmación forma parte del debate y queda incorporada a la causa con independencia de la pretensión de la parte que no lo hubiere petitionado. Según el texto de la norma es obligatorio para el tribunal disponer el correspondiente soporte que registre el debate, el que de suyo forma parte de la causa. En consecuencia la objeción de una de las partes respecto de la incorporación de las filmaciones del debate, es inoficioso y contrario a derecho. "El fundamento de tal disposición, que es de lo más clara, es la publicidad como principio del sistema, cuya petición el legislador ha dejado en manos de las partes, no pudiendo el tribunal negarse a tal petición por cuanto la norma dice: 'deberá.'" (cfr. Domínguez, Federico G.J., Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires - Comentado, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 305). En igual sentido ha dicho Bertolino: "En su estructura la norma establece, por un lado una facultad y un derecho de las partes; y, por otro, un deber (voz 'deberá') del juez o tribunal actuante." (cfr. Bertolino, Pedro J. Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires Comentado y Anotado con jurisprudencia provincial, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, p. 757). El legislador ha puesto especial énfasis en este deber del órgano jurisdiccional. Cabe advertir que en el anteproyecto de C.P.P. estaba previsto sólo como una facultad. El art. 375 del anteproyecto decía: "Si las partes lo solicitaren, el organismo jurisdiccional podrá disponer, a cargo del peticionante, la filmación, grabación o versión taquigráfica total o parcial del debate. Asimismo también a pedido de parte se resumirá al final de cada declaración la parte sustancial que deba tenerse en cuenta." (cfr. Anteproyecto de Código Procesal Penal, Comisión de Reforma al Sistema Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, Resolución 23/95 de la Subsecretaría de Justicia de la Provincia de Buenos Aires). En cambio, el Código vigente en el hoy art. 370, y para que no quede duda alguna de la importancia de la constancia del debate, ha dispuesto que mediando pedido de las partes, el registro mediante filmación o grabación, es un deber del órgano jurisdiccional. He sostenido doctrinariamente en reiteradas oportunidades que el recurso de casación, toda vez que se trata de una sentencia dictada en juicio oral y existiendo el principio de inmediación -sólo podría tener por finalidad- que jueces profesionales controlen si en el proceso se han observado todas las garantías del debido proceso. Dicho de otra manera, la competencia superior -casatoria si se quiere- no conocerá de una segunda instancia en el sentido que esta institución tiene en los países del sistema continental. Se tratará simplemente de saber, si se han respetado las garantías procesales del acusado. Indudablemente que para que ello funcione, es necesaria la registración completa del debate oral en reemplazo de la famosa acta de la mayoría de los Códigos Procesales. En el sistema anglosajón el Tribunal Superior se avoca a la consideración de la constitucionalidad del juicio, o sea del efectivo cumplimiento del debido proceso. Pero para ello necesita tener a la vista la totalidad del debate, y ello sólo es posible mediante un sistema de registro o soporte que reproduzca el debate íntegramente. Contrariamente a lo que se piensa, tal registración no alargará el proceso sino por el contrario lo simplificará, toda vez que el Tribunal Superior no tendrá que analizar las arbitrariedades denunciadas u omisiones que pudieran haber incurrido los jueces -sino simplemente constatar- que se han seguido todos los pasos constitucionalmente válidos para llegar a una sentencia. Esta es por otra parte la solución que fluye del artículo Catorce, Numeral Cinco del Pacto de 1966 (Derechos Civiles y Políticos). En el caso de Tribunales Orales, colegiados o unipersonales, y partiendo de la conveniencia de la existencia de un recurso, habría que ver si el derecho de audiencia al recurso se satisface mediante los procedimientos que los ordenamientos procesales han fijado para un primer grado de conocimiento con relación a los hechos y al derecho. Gran parte de los Códigos, interpretando incorrectamente el principio de inmediación, han construido el desarrollo del debate oral, sobre la base de anotar mediante un acta de debate los hechos sustanciales que han ocurrido mediante el mismo. Es evidente la dificultad que se presenta en la actividad recursiva, ya que según nos dicta la praxis, la mayoría de los recursos que se interponen plantean arbitrariedad en la interpretación que los jueces realizaran de la prueba producida, cuando escasas son las constancias reflejadas en el acta sobre lo acontecido en el debate -y con ello- la reinterpretación de los hechos deviene de difícil abordaje para el Tribunal Superior. Tan cierto es esto, que en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires se innovó, introduciéndose nuevas motivaciones

para autorizar la apertura casatoria, y expresamente se instituye la posibilidad de ofrecer prueba, entre otros supuestos, cuando lo discutido sea lo establecido en el acta de debate. La necesidad de estos mecanismos como medio idóneo de control de la garantía del debido proceso motivó su incorporación obligatoria y en diversos textos legales. Por ejemplo, La Ley de Enjuiciamiento Civil español dice textualmente en la parte pertinente de su artículo 147: "Documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido. Las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparecencias celebradas ante el Tribunal, se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen... El Secretario judicial deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación." En un precedente de este Tribunal, Melman s/ Recurso de Casación, Causa N° 11780 de la Sala III, ante la insuficiencia del acta de debate fue necesario acudir a taquígrafos para que desgrabaran en su totalidad los cassettes en que había quedado registrado el debate, ya que el acta era insuficiente para dar cuenta de lo acontecido durante el juicio. Según la normativa vigente la grabación o versión taquígráfica del debate es obligatoria para el juez pero solo si media petición de partes, para quienes este modo de registro es facultativo. No obstante ello, en el proyecto de Código Procesal Penal hoy vigente, el suscripto, en carácter de integrante de la comisión redactora había propuesto la obligatoriedad, y no sólo la facultad, de grabar la totalidad del debate. A la primera cuestión planteada, el Juez Celesia dijo: En el recurso de casación contra la sentencia condenatoria, la defensa del imputado F.N.G. planteó el incumplimiento de las reglas constitucionales y legales sobre valoración probatoria (arts. 18 C.N., 10 C.P.B.A., 8.1 C.A.D.H., 1 y 210 C.P.P.) y violación de la garantía de imparcialidad, defendiendo a lo largo de sus argumentaciones la tesis de ausencia de participación de su asistido en los hechos delictivos objeto de acusación. Del desarrollo del recurso se extraen cinco motivos de agravio, en cuya consideración me permito modificar el orden en que fueron expuestos desde que la procedencia de alguno de ellos podría tornar innecesario dar tratamiento a los demás y que para un mejor examen trataré por separado. En la audiencia del art. 456 último párrafo del C.P.P., el recurrente amplió los agravios desarrollados en la instancia relativos a la irregular valoración probatoria. En esa misma oportunidad el Sr. Fiscal adjunto ante este Tribunal, propició su rechazo rebatiendo pormenorizadamente las críticas del recurrente. Por su parte, el particular damnificado representado por la Dra. Caravelos en igual línea que la acusación pública instó el rechazo del recurso. Al finalizar la audiencia, la fiscalía acompañó memorial (fs. 199/206) reiterando su posición favorable al rechazo de la vía casatoria, por configurar el recurso de la defensa, en su gran mayoría, una reedición de los planteos desarrollados en el juicio sin demostrar vicio alguno en el razonamiento del sentenciante. Por su parte, la defensa acompañó memorial (fs. 208/225) con desarrollo escrito de los argumentos expuestos oralmente. a) El recurrente señala como punto IX del recurso (fs. 76) la contradicción flagrante y manifiesta de la sentencia, toda vez que afirmó la comprobación de hechos abusivos durante todo el año 2005 tomando como indicador temporal la edad de los niños (cinco años S. y seis años N. al momento de los hechos, fs. 35 vta.), según información brindada por la madre, soslayándose que según las partidas de nacimiento agregadas los niños cumplieron cinco y seis años en noviembre y diciembre de 2005, datos que dejan sin sustento la afirmación de que durante el año 2005 se perpetraron los abusos. Considero que si bien se trasluce cierta imprecisión en la delimitación temporal de la materialidad ilícita, ello no alcanza como sostiene el recurrente a configurar una contradicción en la sentencia que compruebe arbitrariedad. Pues partiendo de la acusación formulada en el juicio, donde se señaló el inicio del iter criminis "desde una fecha no precisa" (fs. 4), delineando su finalización en abril 2006, la sentencia en cambio fijó el inicio en el año 2005, debiendo precisarse que de la prueba cargosa se desprende concordante y lógicamente que los comportamientos objeto de acusación sólo pudieron llevarse a cabo con posterioridad al comienzo del régimen de visitas ampliado de los niños con su padre (relatos de la testigo C. fs. 36 y de los niños fs. 39 vta., fotocopia de la denuncia agregada al expediente en fuero minoril de fs. 28/31 de los autos principales). Sin embargo, con ello no alcanza, toda vez que la sentencia afirma, precisamente de manera exacta que las acciones acusadas ocurrieron mientras S.G. tenía cinco años y N.G. seis años. De este modo, sólo debe precisarse "ante la referencia genérica de la sentencia- que los hechos tuvieron inicio con posterioridad al 23 de noviembre de 2005 en relación a N.G. y al 1° de diciembre de 2005, en relación a S.G. (según partidas de nacimiento acompañadas de N.G., 23/11/99 y S.G., 1/12/00), extendiéndose hasta abril 2006, fecha de la denuncia. Por tanto, debe descartarse este primer agravio. b) La defensa denuncia la infracción de los arts. 18 de la C.N., 10, 15 y 168 de la C.P.B.A., 8.1 C.A.D.H. y 371 del C.P.P. en el tratamiento de la primera cuestión esencial del veredicto, por ausencia de "una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados". Cuestiona a su vez el tratamiento conjunto de la materialidad ilícita y la autoría que en su entender reflejan prejuicio y parcialidad en el ánimo del sentenciante. Considera precaria la evidencia cargosa valorada por el tribunal de grado, lo que determinó la imprecisión del hecho acusado y sus circunstancias. Efectúa una crítica pormenorizada de las pruebas, señalando que la prueba de la acusación fue valorada de modo pleno y acrítico mientras que la de descargo fue desechada sin análisis racional alguno. En primer lugar, descalifica agudamente el testimonio de la Sra. C., madre de los niños y principal prueba de cargo, toda vez que la convicción jurisdiccional apoyada en "la resonancia afectiva de sus palabras" y su credibilidad, resulta no sólo insuficiente sino que refleja la empatía del

juzgador con la testigo y quebranta la garantía de imparcialidad. Destaca a los fines de devaluar su relato que sólo se trató de un testigo de oídas, quien además se encuentra enfrentada al imputado, su ex marido, desde su separación en 2001, habiendo mantenido una extensa batalla judicial por el régimen de visitas, obtenido en julio 2005 y tras el cual se efectuó la denuncia de esta causa. Destaca asimismo la falta de probanzas que acrediten el acceso carnal acusado así como de lesiones que constaten alguna clase de abuso, y la fuerte probabilidad de una construcción e inducción en los niños, a partir de las diferencias en el relato de ambos, la fuerte influencia de la familia materna y la incompatibilidad entre la ausencia de evidencias en el cuerpo de N. y el abuso. Cuestiona la credibilidad asignada por el sentenciante al relato de los niños y su evaluación en el tratamiento de la autoría cuando ya la materialidad ilícita se había dado por probada. II. Ninguno de los agravios desenvueltos en este tramo resulta viable. La descripción de las acciones disvaliosas acusadas como ¿acceder carnalmente vía anal a su hijo S.G.? y ¿maniobras lascivas consistentes en tocamientos con dedos y pene sobre la zona anal de su hijo N.?, ubicadas temporalmente cuando el primero tenía cinco años y el segundo seis (fs.35vta.), con las aclaraciones formuladas en el tratamiento del primer agravio, satisface plenamente la exigencia de imputación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, brindando al acusado la concreta y material posibilidad de contrarrestar esa acusación (conf. arts. 18 C.N., 1, 371 del C.P.P.). En cuanto a la valoración probatoria efectuada por el sentenciante para acreditar los extremos de esa imputación, se han respetado en mi modo de ver los principios constitucionales denunciados como vulnerados, así como los de la lógica y la experiencia, no evidenciando quiebres de absurdidad, ni menos aún conteniendo flancos que habiliten la aplicación de la regla in dubio pro reo. En ese sentido, habiendo agotado el máximo de revisión posible que garantice el derecho al recurso en los términos de los arts. 75 inc. 22 de la C.N., 8.2.h C.A.D.H. y 14.5 P.I.D.C.P., y sin magnificar la limitación de la falta de intermediación derivada de la oralidad, no advierto los defectos invalidantes señalados por el quejoso y comparto las conclusiones del tribunal de la instancia. Con la aclaración formulada en el tratamiento del primer agravio, considero que se acreditó debidamente la materialidad ilícita, del siguiente modo: en el lapso comprendido entre el 23 de noviembre de 2005 y el 1° de diciembre de ese mismo año hasta abril de 2006 en la vivienda de la calle S.n° ... de C.B., una persona del sexo masculino ¿en reiteradas oportunidades- accedió carnalmente a su hijo S.G. de por entonces cinco años de edad ejercitando en el mismo período maniobras lascivas consistentes en tocamientos con dedos y pene sobre la zona anal a su hijo N.G. de por entonces seis años de edad y mientras ambos menores se encontraban bajo su guarda. Tanto la materialidad ilícita como la autoría responsable han sido objeto de tratamiento y estudio por el sentenciante en dos cuestiones interdependientes pero autónomas del veredicto, (fs. 39/46 y fs. 46vta./54), observando acabadamente las reglas legales sobre motivación del acto jurisdiccional (conf. arts. 18 C.N., 15, 168 y 171 de la C.P.B.A., 106, 371, 210 y 373 del C.P.P.). La indicación ya en la materialidad ilícita de F.G. como el autor de los hechos en modo alguno configura un prejuicio del juzgador, ni por lo demás se observa ningún indicador que adelante un temor de parcialidad como pretende la defensa Dentro de un contexto en el que las partes que integran el acto sentencial configuran un todo inescindible, la separación de distintas cuestiones, todas integrantes del veredicto sólo persigue una mayor precisión y claridad en su tratamiento a la par que reconoce un orden de prelación, donde la comprobación de un extremo es el presupuesto necesario para la consideración del siguiente. La prueba de testigos evaluada en esta primera cuestión, conformada por el núcleo familiar, V.C. y sus hijos S. y N., y los diversos peritos intervinientes, proveyó un complejo cuadro de información donde la exteriorización de las acciones lesivas acusadas así como el unánime señalamiento de G. como el autor culpable de las mismas determinó el solapamiento de aspectos diversos pero aún integrantes de un mismo hecho histórico reconstruido mediante el juicio. Tal superposición es en definitiva consecuencia del análisis conceptual fragmentado mediante diversos filtros valorativos de los datos reales de un comportamiento humano dado, libre y voluntario, causante en este caso del resultado disvalioso atribuido. En cuanto a la autoría, evaluada en la segunda cuestión, el análisis detallado para fundar la acreditación de tal extremo, observó las reglas sobre motivación de la convicción libre, analizando el discurso de los niños (fs. 47/49), el de su madre (fs. 50/51) y el del imputado (fs. 52/54), con una detallada y pormenorizada exteriorización de la valuación de la información por ellos aportada así como la justificación de la dirección inculpatoria dada a su interpretación. Ni de la expresión de la libre convicción del sentenciante al valorar la prueba ni del desarrollo del juicio plasmado en el acta de debate, se observa la toma de postura previa en el juzgador de modo de inclinarse o predisponerse para favorecer la hipótesis acusatoria, o para perjudicar los intereses del imputado. No se observa la exteriorización de interés personal en el juzgador como tampoco de juicios adelantados en contra del imputado. La actuación del contradictorio no evidencia vulneración a la defensa en juicio, en el sentido de privar del control de la prueba cargosa, ni tampoco cercenamiento en la producción de la prueba ofrecida por la defensa, observando las exigencias del contradictorio de acuerdo a los arts. 357, 358, 360, 365 del C.P.P. La demostración material de los hechos relacionados así como su autoría en cabeza del acusado, se comprobó del siguiente modo: en cuanto a los hechos que perjudicaran a S.G.: el relato de su madre V.C., la prueba documental incorporada por lectura correspondiente a la causa tramitada en sede minoril n° 19.199/5 ¿fs. 26/62 de los autos principales-, el protocolo de abuso practicado por los Dres. Maffei y De Souza e Sa de fs. 578/581 de los autos principales,

ampliados por su declaración en el debate (fs. 37), al afirmar el testigo M. que en S. hay fuerte sospecha de haber sufrido abuso sexual, así como la afirmación por la Dra. Creimer, perito oficial de la Asesoría Pericial ?ratificando sus consideraciones médicas incorporadas por lectura de fs. 421/426vta. de los autos principales- afirmando la existencia de abuso sexual prolongado en el tiempo mediante la introducción de elementos duros y romos como podrían ser objetos inanimados o dedos o un pene en erección (fs. 38vta.) corroboran un cuadro probatorio complejo y sólido para afirmar este hecho. Adicionalmente, la declaración del menor S. en juicio (fs. 39vta.), coincidente en lo esencial con lo relatado por su madre, su abuela N.R.V., la psicóloga Alegre quien lo entrevistó en sede minoril (prueba incorporada por lectura fs. 26/28 y fs. 44), el asesor de menores Dr. Stefani (fs. 43vta.) y lo descrito por sus primas V.C., A.P.G. y V.G., comprueba acabados fundamentos para justificar la certeza jurisdiccional sobre la recreación histórica objeto del juicio. Posteriormente, la valoración del sentenciante de los testimonios de L.M. ?pareja de G.-, su hija L.U. y la maestra de S., E.B., quienes por tener trato frecuente con el niño declararon que no eran niños fabuladores ni de inventar historias, agrega información complementaria para delinear la materialidad ilícita. En cuanto a N., la certeza jurisdiccional se apoyó en sus propias manifestaciones vertidas en el juicio, la declaración de la madre V.C., la declaración de su hermano S. ?quien afirmó haber visto los comportamientos abusivos de su padre hacia su hermano N.-, la prueba documental de fs. 26/62 correspondiente a las actuaciones en sede minoril ?n° 19.199/5, incorporada por lectura-, la declaración en el juicio de los peritos oficiales Dres. Maffei y De Souza e Sa (fs. 37), relatando De Souza e Sa lo que el niño le contó (fs. 38) y las conclusiones periciales de la Dra. Creimer de fs. 421/426 incorporadas por lectura, donde afirma categóricamente la existencia de abuso a partir de las consideraciones médico legales allí plasmadas. Por otra parte, considero que la valoración jurisdiccional del testimonio de la Sra. C., madre de los niños, en consonancia en lo que corresponde con el relato de los mismos, evidencia la justificación racional exigida, coherente y carente de quiebres lógicos. En efecto la Sra. C. narró la sucesión de acontecimientos desde que tomó noticia de los abusos a través del relato de su hijo S. Señaló que ese mismo día lo llevó a una consulta con su médico el Dr. C. quien derivó a los niños S. y N. al comité de abuso infantil del Hospital de Niños donde se constataron indicios importantes de abuso sexual, lo cual motivó la denuncia penal. Agregó el testigo la descripción de síntomas en los niños, como retrasos madurativos en esa época, la actitud agresiva y el estado de cansancio con que regresaban de la casa de su padre, que N. se hacía caca y S. pis. Esto último en consonancia con la Lic. Galina, quien señaló en el debate que la eneuresis y encopresis en un contexto determinado pueden resultar indicativos de posible abuso. La valoración del sentenciante del testimonio de la madre de los niños (fs. 45) en el tratamiento de la materialidad ilícita y de la autoría (fs.50/51), importó mucho más que la consideración de la ?resonancia afectiva de sus dichos? invocada por el recurrente para descalificar la convicción jurisdiccional. Antes bien, refleja un profundo análisis de la testigo y de su contexto familiar, así como de su problemática personal, la que en el juicio adquirió un alcance desproporcionadamente amplio a partir de la estrategia defensiva consistente en presentar el caso como una completa construcción discursiva y manipuladora de la testigo, hipótesis descartada racionalmente, que los defensores no lograron invalidar. Descartado ese extremo y respondido de ese modo el planteo de la parte, con base en la prueba científica y demás testimoniales producidas, las conclusiones remanentes acerca de los presuntos desórdenes psicológicos de la denunciante, la contienda judicial con su ex marido que trasluce una contienda personal y familiar más amplia e intensa, no comprueban ni la mentira ni la manipulación con fines exclusivamente inculpatorios. El relato de la Sra. C. en lo esencial encuentra apoyatura en la prueba médica, es decir, el informe de fs. 50/51 (agregado por lectura, correspondiente a la causa de menores 19.199/5) y el protocolo de abuso suscripto por los Dres. Maffei y De Souza e Sa, pertenecientes a la Asesoría Pericial departamental, quienes en el juicio ratificaron lo actuado y explicaron las lesiones constatadas. Los profesionales médicos explicaron que S. presentaba ?ano de aspecto circular, de contorno irregular, entreabierto, con tendencia a la apertura espontánea sin materia fecal visible en ampolla rectal, infundibuliforme, con borramiento de pliegues en casi toda la circunferencia, esfínter hipotónico?, y que esos hallazgos permitieron clasificar el caso como sugestivo de penetración, según la clasificación utilizada por esa dependencia. Aclararon que la ausencia de otros signos de lesión puede explicarse por una preparación previa al contacto sexual con elementos que actuaron a modo de lubricante. Que los signos descriptos son compatibles con penetraciones anales, de vieja data, por objeto duro o romo, como pueden ser maniobras digitales o con pene erecto. El examen anal practicado a N.G. constató ?ano de aspecto circular, contorno regular, cerrado, sin tendencia a la apertura espontánea con pliegues confluyentes y conservados, esfínter tónico?, clasificando el caso como ?normal?. Señalaron los profesionales que el resultado de estos hallazgos no invalida la versión del niño, pues de haber existido contactos simples, digitales, orales y/o peneanos, los mismos no dejan habitualmente signos clínicos evidenciables. El Dr. Maffei aclaró que las rotulaciones son meramente indicativas y explicó exhaustivamente el método utilizado. El Dr. De Souza e Sa ratificó el relato de los hechos referido a él por los menores, consistente en que el padre realizaba maniobras para abusarlos de forma digital y con el pene, que sucedió cuando estaban en una visita, se usaban los dedos, una sustancia blanca para dormir, que les colocaba una toalla doblada en el inodoro, les dibujaba una bombacha y un corpiño y les colocaba uno de tela, detalles de los comportamientos que coinciden con las descripciones

brindadas por la Sra. C. A su vez, estas consideraciones médicas fueron concordantes con las explicadas en el juicio por la perito oficial Dra. Creimer quien ratificando las evaluaciones médicas realizadas durante la investigación preparatoria, afirmó la existencia de abuso sexual prolongado en el tiempo mediante introducción de elementos duros y romos como podrían ser objetos inanimados, dedos o pene en erección. Agregó que la dilatación ?significativa? de los esfínteres de ambos niños, la existencia de apertura anal espontánea en S., el ano infundibuliforme con borramiento de pliegues en casi toda la circunferencia, implica la presencia de violaciones anales prolongadas en el tiempo y con asiduidad. Descartó que la dilatación del ano en S. pueda deberse al uso de medicación. Valoración de los testimonios de los niños: A este cuadro probatorio se agregó la declaración prestada en el juicio por los niños S. y N., con el debido resguardo de su minoridad y mediante la observancia de las reglas de los arts. 101, 102 bis, 360 y 365 C.P.P., y las normas que tutelan la defensa en juicio y el principio de contradicción al producir la prueba testimonial de parte por la defensa y el particular damnificado. Las declaraciones de los niños, resultaron coincidentes en lo esencial ?entre ellos y con su madre- en señalar a su padre como el autor de los comportamientos abusivos, información aportada que resulta compatible con las constancias médicas, y su interpretación por los peritos médicos y psicólogos convocados para dictaminar en el caso. Todo ello conforma un cuadro probal coherente y lógico, con desarrollo racional de las premisas por el sentenciante que fundaron su conclusión inculpatoria. La valoración del sentenciante del testimonio de los niños, su contexto social y familiar, aplicando y explicando nociones de psicología y pautas y valores ético-culturales reflejo de la concepción común sobre la vida social y las reglas de convivencia, tales como las dificultades para dos niños de diez y once años al momento del juicio, de relatar un hecho traumático ocurrido en el seno de su familia, el pacto de silencio que mediante amenazas le intentara imponer su agresor, que además era su padre biológico, el lenguaje utilizado, acorde a su edad, el rechazo hacia su padre, y la particular consideración de la calidad de testigo víctima así como el análisis de las premisas diferentes para descartar la mendacidad de sus dichos (fs. 49), cumple con las exigencias de motivación de la convicción jurisdiccional según los arts. 210 y 373 del C.P.P. Como he sostenido en la causa 38.690 ?G.J.C. s/recurso de casación?, los jueces de mérito al apreciar las declaraciones testimoniales en el debate guardan para sí, indefectiblemente, las impresiones provenientes de la forma en que se recepciona la prueba con la frescura y transparencia que ofrece la inmediatez. Y en virtud de la dificultad de transmitir tales percepciones a quienes no estuvieron en ese privilegiado lugar, la mayor o menor credibilidad que a ellos les merezca un testigo configura un ámbito reservado del juzgador que el control casatorio sólo podrá criticar a través del análisis de racionalidad de los motivos que se expresen al fundar la convicción para otorgar valor a esas impresiones subjetivas, o bien cuando las restantes premisas que integran el razonamiento sentencial evidencien un absurdo lógico si la consideración de la totalidad de las probanzas resultantes del juicio demuestra, con objetividad, el menor, o aún inexistente, valor probatorio de las impresiones personales. Cuando, en casos como el de autos, la certeza que requiere todo pronunciamiento condenatorio se apoya en gran medida en la declaración de dos testigos víctimas, el juicio de valor que a su respecto se emita debe superar el tamiz de diferentes filtros de prevención intelectual, clasificables en dos grupos que podrían denominarse subjetivo y objetivo. Dentro del ámbito que en la apreciación de un testimonio denominamos subjetivo, se ubica la convicción acerca de la credibilidad del testigo, que se conforma, principalmente, con la impresión que el declarante infunde directamente a los jueces al ofrecer en el debate sin mediación su testimonio, que les permite observar la manera en que el testigo se expresa, su espontaneidad, la fluidez del discurso, su coherencia interna y el acompañamiento gestual de la exposición. Este aspecto de la valoración de la prueba testifical que se deriva de las impresiones personales obtenidas mediante la observación del testigo es un elemento determinante de la convicción que los jueces del recurso, que no estuvimos en el debate, sólo podemos juzgar a través del análisis de las causas que los sentenciantes deben expresar para justificar el grado de credibilidad que otorgan a un testimonio, porque el sistema de valoración de la prueba que rige nuestro proceso penal exige además de la expresión de la convicción sincera sobre la verdad de los hechos, el desarrollo escrito de las razones que fundan esa convicción. Los motivos que llevan a los jueces a otorgar mayor o menor credibilidad a un testigo en los procedimientos orales no derivan de consideraciones jurídicas sino que provienen sustancialmente de la experiencia humana, del desarrollo de ciertas aptitudes de apreciación de la verdad en las relaciones interpersonales que cada sujeto tiene según la altura de sus años o la perspicacia particular de sus observaciones y que los jueces perfeccionan mediante el ejercicio funcional de sus jurisdicciones, desde que la práctica constante de los debates orales necesariamente contribuye a afinar y enriquecer el contenido de las apreciaciones subjetivas en la difícil tarea de establecer la verdad a través del relato de las personas. Las impresiones personales utilizadas para establecer la credibilidad de un testigo si bien son el resultado de la actividad psíquica del juzgador, pueden someterse al control casatorio mediante el análisis lógico de racionalidad de los motivos que llevaron a los magistrados a valorar el testimonio como veraz. También las conclusiones de opiniones periciales sobre la capacidad del testigo o la observación de ciertos rasgos característicos de su personalidad pueden resultar útiles en la apreciación probatoria desde el plano de la consideración subjetiva. En cambio, desde lo objetivo, corresponde determinar la compatibilidad del testimonio con el resto de las pruebas colectadas en el juicio, de cuyo cotejo

podrían obtenerse tres posibles conclusiones: una adecuación total de los dichos con el plexo probatorio, una conexión neutra en virtud de la inexistencia de apoyaturas derivadas de los hechos probados, pero que tampoco genera contradicciones y, finalmente, una incongruencia integral entre ambos, siendo recién este último análisis el que permitiría eliminar, sin más miramientos, la validez del testimonio. Las variables para sostener la condena en un único testimonio pueden ser numerosas, pero siempre deben evidenciar al apreciarlo la superación de, al menos, un plano de análisis subjetivo y otro objetivo. En el supuesto de los hechos por los que viene condenado G. se encuentran superadas las exigencias subjetivas, pues se consideró verosímil el testimonio de los menores S. y N. en virtud de la impresión que a los jueces les provocara la observación directa de los mismos al declarar en el juicio.

Las explicaciones que dieron los magistrados de manera unánime para otorgar credibilidad a estos testimonios basadas en la apreciación personal son racionales y encuentran apoyatura en la prueba pericial, particularmente los peritos Alegre (psicóloga), y los doctores Maffei y De Souza e Sa (médicos de la Asesoría Pericial) quienes en ningún momento destacaron ningún indicio ni síntomas de fabulación. En el plano objetivo, aparece suficientemente ponderada la ausencia de discordancias sustanciales entre las manifestaciones testificales y el resto del material probatorio reunido. Adelanto que en el amplio marco de revisión probatoria que habilita este recurso de casación, no se advierte que la impresión obtenida por los jueces del juicio respecto de la veracidad de las víctimas S.G. y N.G. en lo sustancial de sus imputaciones, como primer avance en la superación de los mentados resguardos, deba desecharse por ser arbitraria sino que se asienta en fundamentos que revelan una apreciación razonable efectuada en el marco legítimo de las atribuciones que la ley otorga a los magistrados. Debe agregarse que ¿la presencia de hallazgos patológicos inespecíficos es la regla en la investigación de menores abusados sexualmente? y que ¿los síntomas o signos de valor específico de abuso sexual se presentan con muy escasa frecuencia? (Hugo Rodríguez Almada, ¿Maltrato y abuso sexual de menores: una visión crítica?, Granada, 2006, Págs. 48 y 60). De manera que, partiendo de tales premisas la inexistencia de signos específicos señalada por el Dr. Maffei en el juicio (fs. 37vta.) no puede interpretarse como indicativa de la inexistencia de abuso sexual, desde que para dar respuesta a las determinaciones solicitadas por los magistrados sobre esos extremos, los expertos deben generalmente recurrir a indicadores psicológicos inespecíficos pues no existen síntomas patognomónicos de abuso sexual en los niños (Juan C. Romi, ¿Abuso sexual. Avatares del diagnóstico?, LL 197, Pág. 1744). c) En tercer lugar, la defensa de G. critica la valoración jurisdiccional de la prueba médica, señalando como otro indicador de parcialidad y prejuizamiento la exclusión sin fundamento de los testimonios de los Dres.D. (H. de Niños) y C. (pediatra). Refiere que la autoría se construyó a través de prueba meramente indicadora de sospecha. En el caso de S., conforme una tabla de clasificación empleada en la Asesoría Pericial, se definió como ¿clase IV sugestivo de penetración anal?, a pesar de las conclusiones concordantes de los peritos médicos acerca de la ausencia de lesión que denote penetración. Agrega que la larga data de las penetraciones no puede justificar la acusación ya que el imputado pernoctó con sus hijos por un breve lapso a partir de mediados de 2005. Con relación al menor N., critica el veredicto condenatorio apoyado en sus dichos, incompatible con el resultado ¿clase I (examen normal)? de la Asesoría Pericial, y la propia declaración del niño quien negó saber nada de los abusos, pues repetía lo que su hermano menor le contaba. En suma, destaca la inexistencia de prueba médica certera para acreditar algún tipo de abuso ni de penetración, extremos que en su entender no pueden afirmarse ni aún admitiendo por vía de hipótesis la suma de signos inespecíficos con valor indiciario; y sin que por lo demás pueda descartarse la existencia de otros posibles autores. Destaca a favor de su tesis desvinculatoria, los testimonios concordantes de los Dres. C. y D., quienes no observaron signos de abuso en los niños. En cuanto al primer profesional, controvierte el argumento jurisdiccional para desechar su testimonio señalando que el referido médico conocía a los niños y si bien su examen podría haber sido más completo, visualmente observó la zona anal con ayuda de una enfermera en la guardia del Hospital Argentino y nada vio. Concerniente al testimonio del Dr. D., refiere el incumplimiento de las normas legales sobre interrogatorios a testigos, además de haber sido tratado sin el debido respeto, haber sufrido constantes interrupciones por el fiscal, el particular damnificado y el mismo tribunal, en violación del principio acusatorio, y además fue denunciado por falso testimonio sólo por no haber coincidido con la existencia de abuso. Agrega que la indebida lectura de su declaración en la investigación preparatoria, en violación del art. 366 del C.P.P. sumó un fuerte prejuicio en su contra. Destaca que D. se desempeñaba como médico asistencial y no como perito ni tampoco como legista, siendo que al no encontrar motivo que justificase intervención médica ni de otro tipo, envió su informe coincidente con el Dr. C., sin observar los otros signos que aparecen en el informe pericial. Afirma que los supuestos signos de ¿contorno irregular?, ¿borramiento de pliegues? y ¿entreabierto? pudieron ser apreciados a simple vista por el pediatra y no lo fueron. Objeta por inquisitivo y prejuicioso el interrogatorio al que fue sometido en la instrucción, destacando la veracidad de su declaración y la vasta experiencia del testigo en el tema. Refiere que el veredicto transcribió parte de su declaración en la instrucción, donde se lo apremió con preguntas que no figuran en el acta hasta que se logró una versión aceptable para el interrogador, mezclando respuestas de índole general sobre ciertas patologías con cuestiones particulares relativas a los niños. Enfatiza como un evidente apartamiento de la verdad el sostener que D. concluyó que para el caso concreto ¿este niño estaría al borde de una evaluación

quirúrgica, es muy grave, no es una pavada?, respuesta brindada ante planteos hipotéticos del fiscal sin transcribir las preguntas. Que reconoció y ratificó su informe médico del 12/4/06 respecto de cada uno de los niños, aclarando que para llevar a cabo su tarea no habla previamente con nadie para ser lo más objetivo posible y no involucrarse con los relatos y que al no haber tomado ninguna medida en este caso es indudable que nada anormal detectó. En este tramo los agravios resultan inviables, pues en lo concerniente a la prueba de las pericias médicas y su valoración jurisdiccional, el tribunal ha efectuado una auténtica labor crítica al expresar de manera clara y conforme los principios de la sana crítica y libre convicción sus conclusiones. En ese sentido, efectuó una reinterpretación de las conclusiones periciales de manera racional y lógica, y aún las valoró confrontándolas con la información sobre los hechos aportada por los niños y su madre, completando de ese modo la certeza sobre los extremos de la imputación. Adicionalmente, los iniciales informes médicos (fs. 147 a 149) y las posteriores pericias valoradas con sentido inculpatario (Dres. Maffei, De Souza e Sa, Creimer de fs. 50/51, 416/417 y 421/426 de los autos principales ?agregados por lectura al debate-, según 37/38 de este legajo) presentaron datos externos no contradictorios con el resto de la prueba, no resultaron inverosímiles ni constataron falencias que afecten su validez procesal. Tanto la afirmación de la comprobación científica de abuso en los niños por parte de la Dra. Creimer, perito médico forense del Departamento de Política Criminal de la Procuración General de la S.C.J.B.A., especialista en cirugía general y medicina legal, coincidente con los dictámenes de los Dres. Maffei y De Souza e Sa, perito médico ginecólogo y médico legista respectivamente, de la Asesoría Pericial de La Plata, fundan racional y legalmente la conclusión positiva de la existencia de abuso. La cualidad y la convicción técnica de los expertos médicos fue cuidadosamente examinada y ponderada por el a quo de modo de fundar motivadamente la decisión aquí cuestionada. Por lo demás, debe destacarse que los profesionales médicos que depusieron en el juicio fueron debidamente controlados por las partes, con plena vigencia del contradictorio así como el control por el tribunal de modo de asegurar el ejercicio de la defensa en juicio. Frente a las pericias médicas valoradas positivamente, en particular, las conclusiones de los peritos de la Asesoría Pericial, las más exhaustivas en cuanto al examen físico de los menores, la parcial consideración del testimonio del Dr. C., quien negó que los niños verificaran signos de abuso sexual, en nada refleja arbitrariedad o absurdo, pues el referido profesional si bien conocía a los niños por ser sus pacientes, admitió no haber practicado examen anal, ni ser especialista en abusos sexuales, de modo que sus conclusiones si bien pueden complementar los más acabados y precisos dictámenes de los médicos de la Asesoría Pericial, no comprueban tal contundencia ni pueden lógicamente erigirse en excluyente de aquellas. En cuanto al testimonio prestado por el Dr. D., es de destacar que su consideración por el tribunal de grado no excede las facultades jurisdiccionales, toda vez que si bien del cuadro probatorio delineado por las partes (ver acta de fs. 2/3) no aparece mencionado, el propio reconocimiento de su firma y la alegada falta de recuerdo del caso de estos niños se enderezan en un mismo sentido coherente y no contradictorio. De todas formas, y aún de prescindirse de su declaración en el juicio, nada afecta la materialidad ilícita y la autoría comprobadas independientemente por vía de las pericias referidas en el párrafo anterior. En lo demás, de las constancias del acta y de la valoración jurisdiccional de esta prueba no se evidencia incumplimiento de los arts. 101, 364, 365 del C.P.P. En cuanto al interrogatorio de la instrucción, la falta de oportuno planteo, conforme art. 205 último párrafo del C.P.P., así como de comprobación de irregularidades en el interrogatorio, transforman los argumentos de la defensa en meras afirmaciones carentes de sustento. d) En cuarto lugar, la defensa cuestiona la declaración de los niños en el debate, quienes recién en el juicio expusieron sus versiones, sin haberse realizado un psicodiagnóstico ni recibido su declaración en cámara Gesell. Dice que lo más próximo al psicodiagnóstico fue el informe del equipo técnico del Tribunal de Familia n° 2 de La Plata, producido por la psiquiatra Di Giacomo y la psicóloga Isla Vieyra, incorporado y ampliado en el debate, única oportunidad en que los dos niños fueron evaluados sin la presencia de su madre. En relación con el informe por ellas practicado como miembros del cuerpo técnico del Tribunal de Familia n° 2, ampliado en el juicio, cuestiona el recorte parcial e infundado del tribunal, pues sólo contempló dos elementos de un gráfico: la ausencia de padre y los genitales rayados de N., sin considerar el dibujo realizado por S. de su madre que las profesionales destacaron como sugestivo de un indebido uso de las manos y posiblemente relacionado con la sexualidad. Agrega como información que debió evaluarse el uso de pañales hasta los cinco años por S., el colecho de la madre con sus hijos, negado por ésta en contradicción con sus hijos y la interpretación de las profesionales como posible inductor de excitación corporal en los niños y en particular en S., sumado al contacto con los genitales que conlleva el cambio de pañal. Añade la influencia del discurso materno en los niños, referido por la psiquiatra Di Giacomo, la falta de resonancia afectiva en los dichos de la Sra. C. y la falta de preocupación sobre cómo sus hijos van a superar esta situación. Añade el inadecuado interrogatorio del fiscal y del particular damnificado a S., por incluir preguntas afirmativas y sugerentes e introducir frases inexistentes en su relato previo como ?cosas feas? ?por el fiscal- y si esas ?cosas feas? se vinculaban con algo de la ?cola? ?por el particular damnificado-, habiéndose encontrado la madre presente al formular tales declaraciones. Cita bibliografía sobre abuso sexual y resalta el incumplimiento del art. 101 C.P.P. Descalifica los testimonios de los niños por discrepancias entre ellos en cuanto al lugar de comisión y la cantidad de abusos. Como datos de contexto señala la fuerte influencia del discurso materno

reflejada entre otros en la reconocida intención de S. de cambiar su apellido por el materno, lo cual según las especialistas no se corresponde con la decisión de un niño de cinco años. Por otro lado, la declaración de N.G. presentó incongruencias en tanto afirmó el abuso por parte de su padre pero que lo sabía ¿porque se lo contó su hermano?. Añade el informe de la Asesoría Pericial donde se clasificó el caso de N. como Clase I (examen normal), considerando insostenible apoyarse en sus dichos y la circunstancia de que a la fecha de elaboración del examen proctológico el niño se había negado a declarar. En cuanto a la valoración del testimonio de los niños, a lo ya expresado en el tratamiento del punto b) de los agravios, debe agregarse que la ausencia de su declaración en la cámara Gesell no invalida la información por ellos aportada. Los niños fueron evaluados por múltiples profesionales en las áreas de psicología, asistencia social, medicina y psiquiatría. Los médicos de la Asesoría Pericial, Dres. Creimer, Maffei y De Souza e Sa, las psicólogas intervinientes en el proceso de menores así como el representante de la Asesoría de Menores, todos refirieron idénticos relatos de los niños, comprobaciones que refuerzan la fuerza convictiva asignada a sus dichos. Cabe reiterar en este punto que el grado de convicción que cada testigo provoca en los jueces de mérito configura una cuestión subjetiva perteneciente a la esfera reservada por la ley para los Magistrados del juicio quienes por su intermediación frente a los órganos de prueba, son los encargados de establecer el mayor o menor valor de las declaraciones testificales, sin que por la vía casatoria puedan invalidarse las impresiones personales producidas en el ánimo del juzgador al observar la declaración de los testigos salvo demostración de contradicción con las reglas de la lógica, el sentido común, el conocimiento científico o aquellas que rigen el entendimiento humano, circunstancias que no se advierten en este caso. Adicionalmente, a los fines de contextualizar estos relatos, no puede dejar de tomarse en consideración la intimidad que usualmente rodea a esta clase de hechos, e incluso la reserva que los propios ejecutores se esmeran en guardar, circunstancias todas que a la vez que dificultan la prueba de su existencia, determinan la clase de prueba cargosa que predomina, la del testigo único víctima. Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que la intermediación en el control de esta prueba importó necesariamente la amplia posibilidad de la defensa de contrarrestar la seria y grave imputación dirigida por los testigos al imputado, lo cual desde este otro punto de vista, refuerza la conclusión jurisdiccional en torno de su valor convictivo. En el marco de la valoración probatoria de los arts. 210 y 373 del C.P.P., la ausencia de valoración positiva, o en todo caso, con el sentido desvinculatorio de los hechos que pretende la defensa a partir de las opiniones e interpretaciones de los peritos del cuerpo médico del Tribunal de Familia, Di Giacomo e Isla Vieyra, en nada quebrantó las reglas indicadas, pues tales interpretaciones no aportaron de manera directa conclusiones decisivas ni excluyentes que derriben la certeza alcanzada. La opinión sobre el dibujo de S. de su madre, así como la contraindicación de que los niños pernocten en el mismo lecho con su madre, si bien puede contener notas psicológicas y psiquiátricas fuertemente delineadoras de un perfil materno, y el vínculo con los niños, e incluso la influencia que indirectamente reflejaría el mismo hecho de pretender S. cambiarse el apellido, no alcanza por conformar una conclusión lejana y mediata, para desvirtuar el cuadro probal examinado. En cuanto a las presuntas preguntas sugerentes del fiscal y el particular damnificado, de la reproducción de los testimonios de los niños, en particular de S., aparecen dentro del contexto madurativo del testigo y de la lógica reticencia a hablar una vez más de los comportamientos abusivos que sufriera, como un modo de aminorar la resistencia al relato, sin que la referencia a ¿cosa fea? por ejemplo sea sugerente, en el contexto del interrogatorio, para provocar las respuestas inculpatorias, pues las referencias fuera de contexto del recurrente quedan vacías de contenido al observar el camino argumentativo. Iguales consideraciones deben aplicarse a las referencias del particular damnificado, encontrándose en lo demás las reglas del contradictorio observadas. Las presuntas discrepancias alegadas de los niños son reducidas a las adyacencias de los hechos, desprendiéndose claramente de sus relatos a lo largo de las diferentes actuaciones judiciales (escritas, y aún desaconsejadas fuertemente por la perito Creimer a fs. 422vta. como perjudiciales para los niños e innecesarias ya a esa altura para acreditar el abuso ya comprobado) y en el juicio, mismo la coherencia estructural en cuanto a los métodos utilizados (no exactamente iguales para ambos niños, ya que N. afirmó que a él su papá lo dormía, mientras que a su hermano lo despertaba), el lugar (la casa del padre durante sus visitas) sin que pueda afirmarse la mendacidad de los niños, como la defensa pretende, porque uno dijo que ocurría ¿en el baño? y el otro ¿en el baño y en la habitación?, pues en todo caso, más que discrepar sus relatos se complementan. Como se advierte de la reseña del material probatorio valorado, el Tribunal tuvo debidamente por acreditado todos los extremos del fallo en crisis, habiéndose el recurrente limitado en esta instancia a formular críticas relativas a que la prueba reunida no sería suficiente para adquirir la certeza que habilite una condena, sin que los señalamientos como vicios lógicos lo sean, sino antes bien, configuran una diferente dirección en la interpretación probatoria. f) Por último, destaca el recurrente a los fines de devaluar el testimonio de S.G., la influencia materna en su relato. Considera que debió evaluarse por el sentenciante la problemática familiar caracterizada por la violencia verbal, las permanentes denuncias por incumplimiento del régimen de visitas, problemas de bienes, presencia policial en varias ocasiones y la temeraria denuncia de esta causa. Objeta el argumento jurisdiccional para rechazar la contaminación del discurso de los niños por la madre, pues sólo S. habló con otros interlocutores y dentro de un brevísimo período temporal en abril 2006. Menciona las consideraciones de la

perito psicóloga Alegre, la asistente social del Tribunal de Familia, el informe confeccionado por Di Giacomo e Isla Vieyra, en torno de las actitudes de la madre y su hijo S., agregando que este último en el debate no dijo nada de lo que dijera en el mes de abril 2006, no mencionó cremas, ni anestésicos, ni nada. Y el informe del referido equipo técnico a N. menciona que la crema anestésica está en casa de su madre, que la usaba cuando se les pasaba la colita. Añade la falta de comprobación en los niños de algún cambio de comportamiento como indicador del abuso. Solicita se case la sentencia condenatoria, invocando violación del principio de inocencia, debido proceso e imparcialidad y como consecuencia se absuelva a su defendido. Considero que la influencia que pudo haber operado desde la madre hacia sus hijos convivientes no conforma en principio un argumento que per se permita invalidar los relatos coherentes y concordantes de los niños S. y N., toda vez que a la temprana edad en que iniciaron los actos lesivos acusados, la dependencia materno filiar determinará lógicamente un discurso alineado, que conforme la experiencia y el sentido común, de haber configurado una construcción e inducción sin duda no habría podido pasar satisfactoriamente los filtros y exámenes de peritos psicólogos y médicos, que en abundancia examinaron y entrevistaron a los perjudicados en estos hechos. Asimismo, debe destacarse que estos relatos coincidieron con los testimonios brindados por V.C., A.P.G. y V.G., primas de S.G., quienes corroboraron la versión de S., por él relatada a sus primas. En cuanto a la fuerza de verdad asignada al testimonio de la Sra.C., si bien no puede afirmarse que haya presenciado de modo directo la ejecución de las acciones lesivas acusadas, la concordancia de sus dichos con los de sus hijos y su compatibilidad con las constancias médicas producidas, justifica su consideración a los fines de fundar la responsabilidad penal aquí juzgada. El conflicto familiar y judicial que entabló con el imputado son datos de contexto que delimitan los contornos del caso, y de ninguna de esas notas derivan indicadores de manipulación o mendacidad con implicancia directa para desechar la acusación. Que un testigo se encuentre enemistado con el imputado, caso frecuente en los testigos víctima de delitos no invalida per se el contenido de su declaración. El sentenciante ha valorado de manera legal el relato de la testigo y las conclusiones de peritos psicólogos intervinientes que no fueron consideradas positivamente en la sentencia en nada invalidan esa convicción jurisdiccional, desplazada por la valoración de otras pruebas periciales a las que fundamentalmente le otorgaron preeminencia. Incluso las conclusiones psiquiátricas de las peritos del Tribunal de Familia, si bien delimitan un perfil psicológico de la Sra. C., se refieren en particular al perfil psicológico de la testigo, y su particular situación personal, mas no brindan motivos ni indicios sólidos para descalificar o excluir la información por ella aportada. El juicio valorativo de la defensa sobre la Sra.C. si bien colabora para sopesar su testimonio, carece de fundamentos firmes para sostener la tesis del recurrente. En virtud de todo lo antedicho propicio el rechazo del recurso de casación intentado, con costas. Arts. 40, 41, 45, 55, 119 segundo y tercer párrafos en función del cuarto párrafo letra "b" del C.P., 210, 373, 448 inc. 1º, 454 inc. 1º y 530 del C.P.P. A la misma cuestión planteada, el Juez Borinsky dijo: Primero. El tribunal de primera instancia hace descansar la prueba alrededor de las testimoniales de la madre denunciante (V.C.), y los menores S. y N.G., erigiéndolas como eje central tanto para la acreditación de los hechos como en la atribución de autoría al acusado. Coincidió en que, enmarcada en la prueba testifical, su ponderación corresponde al tribunal de audiencia que con vigencia de los principios que rigen la realización del juicio y la práctica de la prueba oye lo que los testigos deponen sobre los hechos percibidos sensorialmente. Convengo además que, elemento esencial para esa valoración es la inmediación a través de la cual el tribunal de instancia forma su convicción no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, reacciones que sus afirmaciones provocan en otros, seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial (cfr. en detalle STS 6131, recurso 10321, sentencia del 15/10/2009. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre). Si bien la credibilidad del testigo es un apartado difícil de estimar en Sala, pues no la presenció, en la función revisora puede y debe considerar su suficiencia demostrativa, así como la racionalidad de la convicción manifestada en el veredicto. Sobre la garantía de presunción de inocencia dice el TSE en su sentencia núm. 1272/09 de 16 de diciembre y reiterando lo dicho en las números 1254/09 de 14 de diciembre, 1201/09 de 18 de noviembre, 1169/09 de 12 de noviembre, 1133/09 de 29 de octubre. 1088/09 y 1032/09 26 de octubre, 998/09 de 20 octubre, 978/09 de 15 de octubre, 995/09 de 7 de octubre, 969/09 de 28 de septiembre, 891/09 y 892/09 de 18 de septiembre 850/09 de 28 de julio, 849/09 de 27 de julio, 776/09 de 7 de julio, 714/09 de 17 de junio, 690/09 de 25 de junio, 622/09 de 10 de junio, 489/09 de 14 de mayo, 449/09 de 6 de mayo, 440/09 de 30 de abril, 225/2009 de 2 de marzo, 248/2009 de 11 de marzo y 242/2009 de 12 de marzo, 65/2009 de 5 de febrero, 331/2008 de 9 de junio, 625/2008 de 21 de octubre, 797/2008, de 27 de noviembre, 900/2008 de 10 de diciembre, que para determinar si ha sido desconocida, ha de constatarse en primer lugar las condiciones en que se obtuvo el convencimiento que condujo a la condena. Esto exige examinar si la aportación de los elementos de la discusión sobre la procedencia de la imputación se efectúa desde el respeto al método legalmente impuesto, de suerte que los medios de prueba sean considerados válidos y el debate se someta a las condiciones de contradicción y publicidad. En segundo lugar, como también lo indica, y como contenido específico de este derecho fundamental a la presunción de inocencia, deberá analizarse si, prescindiendo del grado de seguridad que el tribunal de audiencia tenga sobre el acierto de su convicción, ese método ha llevado a una certeza

objetiva sobre la hipótesis acusatoria. No porque se demuestre una verdad indiscutible de las afirmaciones que funda la imputación. Sino porque, desde la coherencia lógica, se justifique esa conclusión, partiendo de proposiciones tenidas indiscutidamente por ciertas. Para constatar el cumplimiento de este específico presupuesto de enervación de la presunción constitucionalmente garantizada han de verificarse dos exclusiones: La primera que la sentencia condenatoria -única respecto de la cual adquiere sentido discutir la garantía de presunción de inocencia- no parte del vacío probatorio, o ausencia de medios de prueba, que aporten proposiciones de contenido incriminador y sean válidamente obtenidas y producidas en el debate oral y público.

El vacío será cubierto cuando al valorar los medios de prueba, el tribunal del juicio adquiera convencimiento sobre la veracidad de la acusación, y pueda estimarse, en trance de revisión (argumento del artículo 8.2.h. de la CADH. y 14.5. del PIDCyP.); no de sustitución, de la valoración sobre las pruebas recibidas en inmediación intransferible, que las mismas autorizan a tener por objetivamente veraces los hechos endilgados. La segunda pasa y aquí principia mi diferencia con el primer voto por la inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables y justas. Además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren yacarentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluyen, para la generalidad, dudas que puedan considerarse, valga la repetición, razonables. Bastará, eso sí, que tal justificación de la duda se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva sobre la culpabilidad, para que la garantía deje sin legitimidad una decisión de condena. Segundo. Más allá del acierto o no de la defensa al considerar parcial y hostil al tribunal, el derecho al juicio razonablemente rápido impone, en el caso, ingresar al fondo pues, en este control, la corroboración no es tal. Por otras palabras, no corresponde atribuir a los testigos la credibilidad que les asigna el tribunal del juicio con homologación de quien lleva la primera voz en este Acuerdo. En efecto. El tribunal realiza un análisis parcial que prescinde de pruebas decisivas y divide las computadas afirmando la existencia de certeza donde sólo existe, a mi ver, verosimilitud, que es cosa diversa. Si la progenitora denunciante repite los dichos de su hijo S. respecto a haber sido agredido sexualmente por su padre en la forma relatada en el veredicto, haciendo lo propio N. quien, no obstante sumarse a la atribución de autoría, reconoce que lo hace a partir de lo expresado por su hermano, aduciendo no haber visto nada por encontrarse dormido; va de suyo que sólo podría otorgarse entidad incriminatoria a los dichos del primero, resultando periféricos los demás elementos. Cabe recordar al respecto, que la declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil, en principio, para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Partiendo del hecho de que el testigo-víctima no es exactamente un tercero ajeno, en el proceso es válida su testifical, que estará sujeta a la apreciación controlada del tribunal de primera instancia con revisión efectiva en casación (arg. del artículo 8.2.h de la CADH). Dicha peculiaridad ha determinado que la jurisprudencia del TSE que sigue en parte la Sala que naturalmente integro venga sentando determinados criterios o cautelas que debe tener en cuenta el tribunal de audiencia a la hora de valorar dichas declaraciones. Siendo conocidos los tres requisitos tradicionalmente exigidos para valorar la prueba testifical de la víctima -ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud por corroboración a través de elementos periféricos y persistencia en la incriminación. Su análisis debe agudizarse en el caso de los delitos contra la integridad sexual pues, dado el ámbito de clandestinidad en el que suelen producirse, en muchas ocasiones convierte a dicha declaración en prueba dirimente. Si bien S.G. fue persistente, tal circunstancia aparece en el caso relativizada por la falla en los restantes requisitos. Indicios de incredibilidad subjetiva. La credibilidad que se asigna a la declaración del menor víctima, aparece resentida por las conclusiones del abordaje familiar practicado por la psicóloga Vieyra y la psiquiatra Di Giácomo pertenecientes al Cuerpo Técnico del Tribunal de Familia -fs. 217-220 de los principales-, que el tribunal cercena arbitrariamente, restándole valor probatorio a pesar de resultar la única oportunidad en que los niños fueron evaluados sin presencia materna, al hacer referencia a los dichos ampliatorios de las peritos en la audiencia, sólo respecto a uno de los dibujos que el niño realizara, pero omitiendo considerar que en la evaluación de N. y S. las expertas (resumidamente) detectaron: -?S.? se encuentra inquieto, desinhibido, y por momentos con enojo, como temiendo decir algo que no le está permitido (especialmente en relación al colecho con su mamá), mientras N. se mantiene quieto, en actitud corporal rígida, mostrándose tenso, coartado y atento a las actitudes y verbalizaciones de su hermano menor. -Gran pregnancia del discurso materno, predominante en S. quien se ha quitado el apellido paterno diciendo llamarse S.C. ?porque me dijo mamá?. N. confirma ese dato y se opone: ?a mí también me dijo, pero yo no quiero?. -Colecho de ambos menores con su madre, quien duerme en un colchón en el piso, una noche con cada hijo, relatando N. que se disputan ese lugar generándose peleas entre ellos. -Ante la mención de la situación abusiva investigada S. dijo estar muy enojado con su papá porque le hizo cosas malas, mientras que N. depositó el saber en su hermano al decir ?él se acuerda más porque yo cuando me lo hizo estaba dormido? y si bien ambos niños mantuvieron el relato respecto al ?pilín y dedo en la cola?, emocionalmente no pudieron sostener esta enunciación que comenzó a desdibujarse, diciendo ambos que fue una sola vez y reiterando N. su ausencia de recuerdo porque estaba dormido por una pastilla que el padre le había dado. Al preguntársele cómo supo que la pastilla era para dormir, respondió ?porque me dormí?. -Mientras N. hacía su relato, S. evidenció gran inquietud queriendo ir al encuentro de su mamá

que permanecía en sala de espera, renunciando a la salida ante el pedido de las peritos y refugiándose en la falda de una de las entrevistadoras. -Posteriormente N. mencionó ¿me ponía crema con anestesia? y preguntado acerca de su conocimiento sobre esa propiedad de la crema dijo que lo sabía porque era la crema que había en su casa, agregando, al preguntarle en qué casa: ¿en la de mamá, es la misma que nos ponía cuando se nos pasaba la colita?. -En la producción gráfica S. deposita el conflicto en la entrepierna de su hermano mayor, a la par que en sus dibujos aparecen manos enormes, que darían cuenta de un uso inadecuado de las mismas; realizando en particular una mano gigante en la figura de la madre (dirigida a él) que inmediatamente borra. En conclusiones de su informe las peritos (entre otras consideraciones) destacaron: -Los niños han establecido una relación peculiar con la madre, pretendiendo ser objetos de satisfacción para ésta, y pueden cambiar sus versiones y comportamientos, condicionando sus manifestaciones sintomáticas. -También se observa que se ven comprometidos a dar a cada uno de sus padres lo que ellos creen que estos esperan. -Existen índices de problemas sexuales derivados de conductas ajenas, evidenciándose inconsistencias en las descripciones que realizan de tal situación. -Los niños están metidos en un laberinto que sospechan importante para la madre, pero que no acaban de entender y añaden cada vez lo que creen que ella espera oír (el subrayado es propio). -El comportamiento de la madre para con sus hijos (cambio de pañales, contacto piel a piel durante el colecho y la higiene) podría agudizar por sobreexcitación manifestaciones sexuales entre los hermanos. -En el padre no se detectaron indicadores de perversión, poniéndose en duda la existencia de conductas paidofílicas practicadas por él. -Respecto de la madre, abren interrogantes los indicadores de conductas no apropiadas para con sus hijos que superaron hace tiempo la etapa de lactancia, que se empeña en justificar. -Borramiento del nombre del padre antecedido por numerosas obstrucciones maternas del vínculo paterno-filial. -Psiquismo de los hijos atravesado por el discurso materno. La influencia de la progenitora sobre la conducta del menor se ve igualmente reflejada en el informe de la perito psicóloga del Tribunal de Menores licenciada Alegre -obrante a fs. 26/28 del expediente de ese fuero incorporado por lectura al juicio-, en el que la profesional, luego de consignar que presentaba una actitud peculiar, mostrándose verborrágica y ansiosa, no observándose angustia en la descripción de los hechos, destacó que, no obstante considerar no conveniente requerir entrevistas con los menores, accedió a ello con S. ante la insistencia materna de que el niño era quien deseaba ser escuchado, resaltando la forma espontánea y desinhibida con la que el niño se comportó ante la presencia de un extraño, a la que llamó su atención la decisión de narrar los hechos denunciados. En este contexto, el hecho de que el niño relata una y otra vez lo que su padre le habría hecho a interlocutores diversos, no posee el carácter unívoco que el tribunal le atribuye toda vez que ninguna de esas manifestaciones se produjo al tiempo de comisión de los pretendidas agresiones sexuales sino que fueron realizadas, como destaca el recurrente, en un breve lapso temporal posterior a la denuncia que su madre radicara, esto es, cuando ya se encontraba instalada la versión de los hechos y su autor. Por otra parte, si conforme repiten insistentemente testigos y peritos -y recoge el veredicto- S.G. habría afirmado que a él se lo hacían cinco veces porque tenía cinco años y que a su hermano seis por igual razón, las conductas atribuidas no pudieron comenzar a inicios de 2005 puesto que N. llegó a tal edad el 23 de noviembre de ese año y S. cumplió años el 1° de diciembre siguiente; circunstancia que para este control no resulta un dato menor pues, en tal caso los hechos habrían ocurrido en el lapso de aproximadamente cuatro meses y medio transcurrido entre la última de las fechas mencionadas y la de la denuncia; lo que resulta incompatible con la suposición de los peritos respecto a que los signos encontrados en S. serían consecuencia de reiterados abusos sexuales de antigua data. Dicho de otro modo el indicador de incredibilidad se mantiene. La extensión en el tiempo de los pretendidos abusos se da de bruces, igualmente, con el hecho de que el padre recién pudo pernoctar con ellos a partir del régimen de visitas iniciado a mediados de 2005. Insuficiencia de elementos corroborantes. A los mencionados indicios de incredibilidad subjetiva respecto de la declaración del único testigo presencial, debe adunarse que, contrariamente a lo sostenido en el veredicto, las restantes pruebas, aún analizadas en su conjunto, tampoco conducen inequívocamente a la conclusión incriminadora que el veredicto asienta en tal relato. Así, al evaluar la testifical de V.C. quien, reitero, no resulta testigo presencial de los hechos sino comunicadora de lo que habría escuchado de boca de su hijo S., el tribunal se limitó a afirmar que la encontraba creíble por la resonancia afectiva de sus palabras, pero omitió considerar en su análisis no sólo la particular relación con sus hijos menores sobre los que ejercía la influencia detectada en el abordaje psicológico-psiquiátrico y el informe ya analizados, sino también la circunstancia -de la que dan cuenta las numerosas diligencias practicadas ante el Tribunal de Familia Nro. 2 glosadas a los principales y el expediente del fuero minoril ingresado por lectura- de encontrarse claramente enfrentada con su ex-marido luego de una contienda judicial que había comenzado con un conflictivo divorcio en 2001, y se había extendido por casi cuatro años, al cabo de los cuales el padre recién había logrado un régimen de visitas con sus hijos. Del informe de mención del fuero de familia, surge que en la entrevista mantenida con V.C., las peritos encontraron: -Respecto a la situación abusiva denunciada, hace un relato pormenorizado de las circunstancias en que se enteró, mostrándose inquieta pero no vulnerada por la situación. -Da cuenta de numerosos cambios en la vida de los niños en los últimos meses (mudanza, cambio de escuela y niñera, inicio de convivencia con su nueva pareja) mostrando escaso registro, tanto del

impacto en ellos como acerca de los trastornos tempranos (de alimentación y sueño) y del futuro de sus hijos, estigmatizados por lo ocurrido. Su actitud denunciatoria ocupa todo el espacio, dificultando su conexión con temáticas tan relevantes como las mencionadas y con otras, como la continua presencia de un custodio uniformado instalado en su cotidianeidad. -El discurso materno, plagado de certezas, impresiona como uno que puede adquirir gran pregnancia en el psiquismo de los hijos (como ya mencionaran al analizar su encuentro con los menores). -Se detectaron conductas maternas inadecuadas que comprometen el armónico desarrollo emocional de los hijos: colecho, uso de pañales en S. a sus 5 años y medio y la existencia ?según los niños- de una crema con anestesia para la cola paspada en casa de mamá. La abogada que asistiera a la madre en la denuncia y los primeros trámites de esta causa, doctora Graciela Ercilia De La Loza desmintió los dichos de la primera al declarar en la audiencia señaló ?dejándose constancia en el acta a pedido del defensor- que no recordaba haberle comentado a V.C. ningún caso de abuso, que no tenía ninguno en su estudio, pudiendo haberle hecho, en todo caso, una mención general, pero nunca un caso particular (fs. 19 vta.).

Por su parte la Asesora de Incapaces, doctora Ida Ariana Scherman dijo haber observado mucha mediatización por parte de la madre (fs. 20 vta.). ?V.C. le dijo que los chicos habían sido revisados en el hospital y había indicios de abuso? La declaración de N.G., quien durante el trámite de la investigación mantuvo una actitud opuesta a la de S., negándose a colaborar con médicos y psicólogos, lejos de contribuir a la base surtidora de convicción, como sostiene el tribunal, nada puede aportar acerca de la ocurrencia de los hechos o el autor de los mismos toda vez que nada vio, afirmando en todo momento hablar por boca de su hermano, aduciendo no recordar por encontrarse dormido como consecuencia de un medicamento que el padre le habría suministrado; aclarando en la audiencia que el progenitor le daba pastillas cuando se sentía mal o le dolía algo. Por su parte, la perito oficial Andrea Hernández Mason declaró en el juicio ?según consta en el acta de debate- que en la entrevista practicada con los menores en los términos del artículo 102 bis del ceremonial, junto a las profesionales Laura Rosa Mariani por la particular damnificada y Karina Ester Levchuk por la defensa, N. dijo que quería contar para terminar con esta historia, lo sentía como una obligación, coincidiendo todas en que el menor esta tensionado, angustiado, que se expresaba en el cuerpo ?por ejemplo, poniéndosele la cara roja- y no podía enunciarlo con palabras. La prueba pericial tampoco arroja la certeza afirmada. En efecto, del análisis de las pericias médicas producidas y las testificales de los profesionales intervinientes en las mismas se advierte que sólo los doctores D. del Hospital de Niños y Maffei y De Souza e Sa de la Asesoría Pericial de La Plata realizaron un examen rectal de las víctimas. El primero, más allá de su escasa memoria y reticencia a declarar en el debate que resalta el tribunal, aunque terminó ratificando la declaración que prestara ante el fiscal de investigación -ampliando el informe médico manuscrito agregado en copia a fs. 45 de los principales-, de ésta sólo surge que consideró anormal la facilidad con que se dilataban los esfínteres de los menores, aunque no halló lesiones en los mismos; manteniendo en el debate su posición respecto a que sólo realizó el examen por pedido de la doctora S., pero no consideró en ese momento la posibilidad de abuso sexual pues de haber sido así, hubiese indicado que se siguiera el protocolo correspondiente para tal supuesto, y no lo hizo. Según el informe de fs. 578/581 vta. ?ingresado al juicio por lecturales doctores Maffei y De Souza e Sa encontraron en S. ?...ano de aspecto circular, de contorno irregular, entreabierto, con tendencia a la apertura espontánea... infundibuliforme, con borramiento de pliegues en casi toda la circunferencia, esfínter hipotónico...?. Tales hallazgos, sin embargo, no los condujeron a confirmar la existencia de agresión sexual, sino simplemente a clasificar el caso como ?sugestivo de penetración anal? (clase IV en la escala utilizada por la Asesoría Pericial); no obstante lo cual, y continuando con la hipótesis de que los abusos efectivamente existieron, concluyeron que la ausencia de otros signos lesiológicos pudo estar ocasionada por el uso de una preparación previa a los actos de contacto sexual anal con elementos que actuaron a modo de lubricante, resultando los signos descriptos compatibles con penetraciones anales de vieja data, por objeto duro y romo, como un pene erecto o maniobras digitales. Ampliando el informe, el perito Maffei sostuvo en la audiencia que los signos encontrados en S. permitían arribar a una muy fuerte sospecha de abuso sexual con penetración (el resaltado me pertenece) pero tampoco afirmó en tal oportunidad que ello efectivamente hubiese ocurrido. Respecto de N.G., aunque en el examen anal no encontraron rasgo alguno de violencia, por lo que lo que consideraron el caso como normal (clase I), estimaron -siguiendo otra vez la hipótesis sobre la existencia efectiva de hechos ilícitos- que ello no invalidaba los dichos del menor acerca de un supuesto abuso sexual ya que, de haber existido contactos simples (digitales, orales y/o peneanos) los mismos no dejaban signos clínicamente evidenciables. El tribunal, no obstante este resultado, si bien descartó la imputación fiscal por acceso carnal, la mantuvo por abusos sexuales simples reiterados, con base en los dichos de S. Sin embargo, aún pasando por alto que el acusado desde los inicios de la investigación hasta el debate, negó la posibilidad de que S. viera lo que dijo que vio ?desde el picaporte? por la disposición de la puerta y sanitarios -circunstancia que parecerían corroborar las fotografías de fs. 892 de los principales, la falta de hallazgo de signos de agresión sexual en N. debió conducir o bien a la absolución del acusado o, en todo caso, a limitar la imputación al único hecho que el menor de los hermanos dijo haber visto. Nada pone ni quita a la cuestión el informe de la perito Creimer que se limita a afirmar la existencia de abusos sexuales de antigua data a partir de una análisis de las constancias

obrantes en el expediente, pero sin haber realizado examen alguno sobre las supuestas víctimas. Tampoco debió descartarse del análisis la testifical de quien conocía bien a los menores por resultar su pediatra de cabecera, doctor C., facultativo que, si bien no practicó tacto rectal ni evaluó la tonicidad de los esfínteres, junto a una enfermera fue el primero en examinar a los niños, observando márgenes anales sin detectar dilatación o algún tipo de lesión. No pasa igualmente desapercibida, en el análisis de compatibilidad de los síntomas hallados en el menor S. con la existencia de agresión sexual, la conclusión del perito de parte, doctor Brolese respecto a que es difícil imaginar, frente a la ausencia de lesiones y aun considerando la utilización de mecanismos preparatorios, una penetración peneana dada la desproporción entre el pene erecto de un adulto y el ano infantil. Pasando de largo sobre la realidad que se dice existente (sin certeza) tampoco hay prueba de autoría. Conforme el análisis que trae la segunda cuestión del veredicto que, luego de dar por reproducidas las cuestionadas testificales de la madre y los niños, se dedica a calificar la intervención en el juicio de psicólogos que se expidieran sobre una cuestión ajena al objeto del presente como es la personalidad de los progenitores; a cuestionar la actitud de G. de preocuparse más por destacar los conflictos con su ex esposa que por defenderse de la grave imputación que pesa sobre él, cuando ello no lo hace culpable; y a realizar una indebida inversión de la carga probatoria que corresponde a la fiscalía (argumento del artículo 367 del Código Procesal Penal) al cuestionarle al acusado que no haya dicho qué medidas concretas aportó durante la investigación para dilucidar la verdad o no de la denuncia y que, no obstante alegar en todo momento su inocencia, nunca procurara averiguar por sus propios medios si efectivamente sus hijos habían sido objeto de un abuso.

Finalmente no puede otorgarse al reconocimiento de F.G. de que efectivamente sus hijos lo visitaban los días indicados, y que en algunas oportunidades no querían ir, el carácter incriminante que le atribuye el veredicto bajo el título de indicio de oportunidad, pues tal circunstancia posee carácter equívoco, y no resulta una atribuible a su voluntad. De igual manera, la actitud que el tribunal encontró en G. es desmentida por las conclusiones del ya mencionado informe de las perito del Tribunal de Familia Di Giacomo y Vieyra quienes, al entrevistar al acusado encontraron: -Evidencia de angustia franca desde el lugar de padre frente a la denuncia de abuso, con preocupación genuina por los hijos, poniendo el acento sobre la penosa situación que atraviesan N. y S. sobre sí mismo. -No muestra tendencia a negar el trauma atravesado por sus hijos, pero se interroga ¿quién les ha hecho y qué? -Muestra una resonancia afectiva acorde con la situación, manifestando sentir bronca y asco, y aunque no culpa a nadie en particular, teme que sus hijos continúen en riesgo de ser abusados en el entorno en que viven. Aparece la necesidad de verlos y saber cómo están. -Sintiéndose un padre presente y cercano, se cuestiona no haber advertido que algo les pasaba, si bien recuerda algunos datos que lo inquietaban como padre antes de la denuncia: lenguaje añinado y bajo peso en S., junto al uso de pañales con más de cinco años; pedido de compañía a la hora de dormir por parte de N., argumentando sentir miedo; prolongación del uso de mamaderas y asistencia de la madre en el baño y aseo como cuando eran bebés; algo que no ocurre en el hogar paterno pues los niños no requieren de la misma en la etapa evolutiva que atraviesan. -Se dispone a toda intervención tendiente a develar la verdad de los hechos, aceptando ser sometido a pericias sin restricciones y cuando se le hace saber que serán entrevistados sus hijos, se aviene con la confianza de que no se los someterá a ninguna situación traumática. Luego, guardándome de las coincidencias por las que suele formarse convicción, llamado a declarar lo que es justo objetivamente, y no lo que acerca de ello pueda pensarse; a fin de reconocer, por efecto de las pruebas, lo realmente acaecido, no encuentro en este análisis la certeza afirmada en el veredicto acerca de la existencia de los hechos que se dicen cometidos por el acusado. En un tiempo, dentro del procedimiento civil alemán, comenzó a ganar terreno la teoría de la verosimilitud preponderante sostenida por Bolding y Ekelóf, que parte de la base de que la verdad es sólo un valor límite idéntico al sumo grado de verosimilitud. Conforme a la misma, la función de la libre apreciación de la prueba no consistiría en llevar a un convencimiento de la verdad, y debería ser considerada como un cálculo de probabilidades mediante el cual se juzga la existencia de hechos relevantes. Se agrega, que resulta preferible al sistema de la convicción, porque daría posibilidad de que al juez siempre se le vuelva a preguntar acerca del riesgo de error o, en su caso, porque torna discutible el resultado o la conclusión (ver en detalle Gerhard Walter ¿Libre Apreciación De La Prueba?.- Temis. Bogotá. 1985 pág. 159). Ya Jeremías Bentham (¿Tratado De Las Pruebas Judiciales?. Ejea.Bs. As. 1971 pág.79 y sgtes.) expresó el deseo de que existiera un patrón o medida de probabilidad que sirviera para calibrar la verosimilitud a la cual uno pudiera referirse para poder afirmar de una testifical que se encuentra por debajo o por encima de esa medida, y hasta creyó encontrarla en una persona sacada, sin escogerla, de entre la clase media, de escaso entendimiento y probidad inobjetable, que diga lo que haya que decir sobre todas las circunstancias del caso y observe las formas procesales. Para Karl Mittermaier (¿Tratado De La Prueba En Materia Criminal?.Reus. Madrid. 1929 pag. 61 y sgtes.) conviene distinguir la probabilidad de la certeza, agregando que existe la primera, cuando la razón, apoyándose en motivos graves, tiene por verdadero un hecho, pero sólo en el caso de que los motivos poderosos en contrario no hayan desaparecido por completo, o de que la convicción no descansa sino en ciertos datos, como pueden ser simples indicios, que a pesar de su reunión no son todavía bastante poderosos para producir la certeza. Expresa entonces, que en ninguno de estos casos puede tomarse la probabilidad por base de una condena, porque siempre queda lugar para la duda, y la conciencia no

puede quedar satisfecha de tal modo que parezca haberse desvanecido la posibilidad de lo contrario. En el parecer de Nicolás Frammarino (?La Lógica de las Pruebas en Materia Criminal?. Torino. 1895) la noción de verosimilitud es superficial, insuficiente y peligrosa, y reducir la certeza a ella en materia penal, es una afirmación que hace las veces de narcótico sobre la conciencia del magistrado, por adormecer en él ese sentimiento de inquietud que constituye la salvaguardia de la justicia al hacerle sentir al hombre la necesidad de averiguaciones para llegar a la verdad de la certeza. François Gorphe (?Las Resoluciones Judiciales?. Ejea. Bs. As. 1953, Pág. 54 y ssgtes.) recuerda a Voltaire que llegaba a considerar el cálculo y la evaluación de las probabilidades como la ciencia de los jueces y el fundamento de sus resoluciones, excepto en lo criminal, donde la gravedad del caso exigía la certidumbre.

Schreiber parte de una definición según la cual el valor probatorio de un medio de prueba está en la verosimilitud (o probabilidad) de la verdad de lo que el medio de prueba manifiesta en coincidencia con la realidad; y en el derecho angloamericano, la vigencia de la teoría como módulo de prueba responde a una tradición de casi ciento veinte años, pero con ella no alcanza para concluir el juicio, o cuanto menos para fundamentar una condena. En otras palabras, se debió castigar a quien ha hecho lo que se dice que ha hecho, y no a quien probablemente lo haya hecho. Insisto, en las condiciones analizadas por el tribunal de primera instancia existe probabilidad de que los hechos hayan existido pero ello no es certeza y sin la misma no corresponde la condena y por estricta aplicación del principio de la duda, propongo casar el veredicto y sentencia, absolviendo sin costas al imputado (artículos 8.2.h. de la CADH.; 1, 210, 448, 451, 456, 459, 530 y 531 del Código Procesal Penal). En su mérito, con la propuesta de regular los honorarios de la representante de la particular damnificada en un ...% y de cada uno de los tres defensores en un ...% de las respectivas sumas fijadas en la sentencia de primera instancia (artículo 28, parte final del Decreto 8904/77), a la presente cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA. A la misma cuestión, el Juez Domínguez, dijo: Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Borinsky con los siguientes agregados complementarios. Entiendo que el planteo resulta procedente en tanto, como se demostrará a continuación, la sentencia recurrida es arbitraria por contradictoria, avasallando así el principio de inocencia establecido en los artículos 1 y 367 C.P.P., 10 C.P.B.A., 18 C.N. y 8.2 C.A.D.H. Ello porque los elementos de juicio resultan insuficientes para determinar la autoría por parte del imputado más allá de toda duda razonable. Hay además vulneración de los principios del debido proceso. Explica Alvarado Velloso que por principio procesal debe entenderse sencillamente un punto de partida. Ello así porque así como nadie puede caminar hacia ninguna parte, el punto de partida del proceso debe ser visto en función de aquello que se pretende hallar o lograr. "Si lo que se desea es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad (para descartar el uso de la fuerza) ante un tercero (que, como tal, es imparcial, imparcial e independiente) que hetero compondrá el litigio si es que no se disuelve por alguna de las vías posibles de autocomposición, formular los principios necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser imprescindiblemente respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema." (cfr. Alvarado Velloso, Adolfo, Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Rubunzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 259). El citado autor reduce los principios a los siguientes cinco: 1. Igualdad de las partes: en tanto las partes son dos sujetos antagónicos, este principio importa un paridad de oportunidades y audiencia en forma tal que no se genere ninguna ventaja o privilegio en favor de una de las partes. La neutralidad del juez es la función que garantiza la vigencia de este principio. 2. Imparcialidad del juzgador: explica Alvarado Velloso que este principio importa en el juzgador la cualidad de "imparcial", o sea, no colocarse en el lugar de la parte. Ello porque sería un contrasentido ser a la vez actor, acusador y juez. 3. Transitoriedad del proceso: la pretensión principal de la ley es lograr lo antes posible la finalización del proceso. De ahí que este principio implique un equilibrio entre el desarrollo eficaz y exhaustivo y la pronta determinación de la sanción jurídica que corresponda. 4. Eficacia de la serie procedimental: para que el proceso sea un medio adecuado de debate, la serie secuencial a través de la cual se desarrolla debe posibilitar el diálogo armónico pretendido por el legislador. 5. Moralidad procesal: por moralidad se entiende aquí la racionalidad del proceso, sus instancias y definición. Racionalidad que se opone a arbitrariedad o ilegítimo uso de la fuerza. Como se demostrará a continuación, la sentencia recurrida ha vulnerado los principios expuestos. Por razones de orden metodológico seguiremos, en parte, la secuencia propuesta en el recurso. 1. El segundo párrafo del art. 371 C.P.P. dice textualmente que la resolución "contendrá una exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados..." El tercer párrafo del artículo citado establece que el Tribunal procederá a plantear y votar las cuestiones esenciales referidas a: y en cinco incisos distingue con claridad las cuestiones esenciales a determinar entre las que se indican 1) la existencia del hecho en su exteriorización, 2) la participación de los procesados en el mismo. De la estructura del artículo surge como exigencia metodológica la concreta determinación del hecho y sus circunstancias. Esta determinación es supuesto indispensable para luego proceder a la operación de imputación, ya que no es posible referirse a la autoría sin la existencia de un hecho previamente acreditado. Se trata de dos procesos lógicos distintos en los que además diferirán los elementos indicativos de cada extremo. Así, esta confusión importa una violación al principio de eficacia de la serie procedimental. Mezclar sin discriminación suficiente hecho y autoría puede conducir a la imposibilidad de determinar uno y otro o de incorporar subjetivamente

al hecho circunstancias que no se dieron en la realidad. La ley indica con perfecta lógica la necesidad no solo de determinar el hecho, sino también y principalmente sus circunstancias. Yerra entonces la decisión objeto de recurso cuando el veredicto inicia el análisis yuxtaponiendo hecho y autoría, en forma contradictoria a la estructura del mismo veredicto. Ello así porque, conforme a derecho el acto procesal de marras plantea las siguientes cuestiones: "Primera: ¿Está probada la existencia de los hechos en su exteriorización material y en qué términos"... y luego, "Segunda: Es probada la participación del procesado F.N.G. en el hecho acreditado?". Esta estructura es en un todo conforme al derecho y la lógica, por eso resulta contradictorio cuando al tratar la primera cuestión el veredicto dice: "Que mediante la prueba incorporada, producida y debatida en la audiencia oral y pública celebrada, doy por legalmente acreditado que durante el período comprendido entre los años 2005 y abril del año 2006 en la vivienda de la calle S. nro. ... de C.B., una persona de sexo masculino -en reiteradas oportunidades- accedió carnalmente vía anal a su hijo (el destacado me pertenece) S.G. de por entonces cinco años de edad ejercitando en el mismo período maniobras lascivas consistentes en tocamientos con dedos y pene sobre la zona anal de su hijo N.G. de por entonces seis años y mientras ambos menores se encontraban bajo su guarda." El veredicto continúa con la evaluación de los elementos que acreditarían la existencia del hecho, e invoca al efecto las declaraciones de la madre, y de los niños presuntamente abusados. En todos estos testimonios, -reitero, acreditantes de los hechos- se imputa al padre como autor de los mismos. La indicación del autor en la descripción del hecho se opone a la estructura misma del veredicto, pero en el caso incorpora prematuramente elementos que obstaculizan la recta determinación de lo acontecido. En efecto esta "indicación" inicial cercena la posibilidad de indicar a alguien más como posible autor de los hechos descriptos. Y esta modalidad, al impedir ese ulterior análisis importa una afectación de la garantía legal y constitucional de la presunción de inocencia y por ende del principio de eficacia ya mencionado. También es cierta, e invalida por ilógica la decisión, la incongruencia en la determinación temporal del abuso. En efecto en la transcripción referida supra se indica que los menores habrían padecido abuso durante el año 2005 y principios del 2006. En respuesta a la primera cuestión sobre la existencia del hecho se invocó la declaración de la madre de los menores, señora V.C. quien refirió que su hijo menor le había relatado los ultrajes padecidos por él y su hermano a manos de su padre. Así dijo que su hijo menor contó que "a él se lo hacía cinco veces porque tenía cinco años y a N. seis por igual motivo." Más adelante, el veredicto vuelve sobre esta cuestión en los siguientes términos: "La determinación temporal está dada al precisar las víctimas la edad en que comenzaron a ser sometidas sexualmente (cuando tenían cinco y seis años, dijeron a mi me metía el dedo cinco veces porque tenía 5 años y a N. seis porque tenía 6 años contó S. a la licenciada A. y a su mamá), situación que no cesó hasta que se realizara la denuncia." Está acreditado en el expediente que N. cumplió seis años el 23 de Noviembre de 2005 y S. cumplió cinco el 1 de Diciembre de 2005. Luego es evidente que durante el año 2005 no tenían cinco y seis años respectivamente, por lo que la determinación temporal indicada en el veredicto es por demás precaria y cae por su propio peso. Esta incongruencia es violatoria de la racionalidad de las conclusiones, afectando así el principio de moralidad procesal. 2. A la vista de las filmaciones del debate se advierte que el Presidente del Tribunal no tuvo la dirección y moderación del debate en los términos de los arts. 355 y siguientes del C.P.P., tolerando interrupciones y exabruptos ajenos a las pautas del debido proceso propias del debate. Estas irregularidades son contrarias al principio de imparcialidad y a la cualidad de "imparcial", como la llama Alvarado Velloso, exigida a todo tribunal. Resultan además violatorias del principio de igualdad de las partes y del de eficacia en la serie procedimental. En reiteradas oportunidades los miembros del Tribunal excedieron las facultades establecidas por el art. 364 del C.P.P. Las preguntas y comentarios dirigidos a los testigos no fueron aclaratorias en los términos de ley, por el contrario fueron asertivas e indicativas de las respuestas esperadas. La perito de parte Licenciada G.C.A. describió el perfil psicológico de la Sra. V.C. La declaración es interrumpida por la Presidente del Tribunal que pregunta "¿Podríamos decir que no tienen capacidad propia?"; luego el Juez Bernard vuelve a interrumpir la declaración preguntando "¿Cómo es que se recibió de su carrera?", para luego acotar "Acá no estamos frente a un psicótico". La declaración continúa con diversas acotaciones interruptivas del Juez Bernard que claramente exceden el concepto de preguntas aclaratorias. Se detallan a continuación los mencionados excesos, según surge de las declaraciones consignadas en la filmación del debate conforme al video de 7: 34 hs.: Minuto 11'25'' a 12'52'': La perito declara que V.C. se presentó a la Asesoría Pericial para el informe psicológico sobre su persona y cuando le informaron que intervendría un perito de parte del Sr. G., solicitó salir para consultar con sus abogadas. Luego de una hora y media de espera dijo que no iba participar, que la respetaran porque no sabía qué había venido a hacer y que en todo caso iba a venir a la próxima entrevista. Se fijó nueva entrevista a la que se presentó. Minuto 12'50'' a 15': La psicóloga de parte se expide sobre el resultado de su análisis de V.C., madre de los niños. La describe como distante y refiere que intentó en varias oportunidades que pudiera comprender y aceptar las consignas. Indica que el discurso de la Sra. Como parece vacío de contenido, no refleja afectividad, es monocorde en su relato y usa frases ya organizadas. En varias oportunidades las peritos oficiales hicieron a ésta preguntas directas sobre lo que pensaba acerca de lo que le estaban preguntando y no pudo responder. El discurso de V.C. pasaba por ?mi papá dice, mi mamá me dice, me dijeron??. Recurría en forma permanente a

la situación parental o familiar. La psicóloga destaca como dato característico de la historia de vida de la Sra. C., que siempre hizo las cosas a instancia de sus padres o de otros. Minuto 15'00'' a 16'19'': Refiere la declarante que la Sra. C. tiene un nivel intelectual muy bueno lo que no puede hacer es desarrollarlo. No ha logrado la constitución del yo. Está adherida a un tercero al que necesita como apoyo para subsistir en la vida. La psicóloga ejemplifica con un caso sucedido en la vida de la declarante (estudió música a instancia de los padres aunque ella no tenía interés en hacerlo, quería estudiar medicina pero terminó estudiando odontología porque una vecina iba a estudiar esa carrera). Minuto 16'23'': Interviene la Presidente preguntando: ¿Podríamos decir que no tiene capacidad de decisión propia?? Minuto 16'49'': Nueva pregunta del Juez a la psicóloga: ¿Cómo es que se recibió de su carrera? (Se refiere a C.). La psicóloga contesta: porque es muy inteligente. Y ejemplifica con el caso de la personalidad psicótica. Minuto 16'59'': el Juez vuelve a interrumpir diciéndole que acá no estamos frente a un psicótico. La psicóloga contesta que no se trata de un psicótico pero sí de un caso de personalidad border. Minuto 17'37'': Interviene la Presidente del Tribunal preguntando por qué no se puede manifestar. Minuto 18'02'': La Presidente interrumpe a la declarante. Minuto: 18'20'': Interviene el Juez haciendo preguntas y apreciaciones. Minuto 19'10 y 19'32: interrupciones del juez. Minuto 21'50'': Juez hace una pregunta y luego hace una apreciación. Minuto 22'05'': La Presidente pregunta cuántas veces vio la psicóloga a la Sra. C. Esa misma pregunta se le repite el juez a la perito. Otro tanto sucedió en la declaración del Dr. V.R.D. Esta testimonial fue totalmente anárquica apartándose de las disposiciones del código respecto al modo de preguntar y responder. Se trajo a colación la declaración tomada al Dr. D. durante la IPP, incorporada al debate por lectura, confrontándose aquella declaración con lo que decía en el debate. Las preguntas de la fiscalía y particular damnificado fueron asertivas y muchas veces retóricas, en procura de una respuesta determinada. Pero en un momento, y ante la imposibilidad de suscitar la respuesta que se esperaba de parte del declarante, la Presidente del tribunal acota "en la Fiscalía cuando le tomó declaración le tomó en particular sobre lo que Ud. había visto en los chicos." Minutos más tarde el juez Bernard interrumpe alegando que lo que dice en la declaración de la IPP es contradictorio con lo que el testigo está declarando y pide al testigo que lea el párrafo que le indica. A estas irregularidades se suma la violación a la norma del art. 366 del C.P.P., que prohíbe el uso de las actuaciones de la investigación penal para fundar la condena del imputado, indicando en forma restrictiva en qué circunstancias se admite la incorporación por lectura. Se utilizó en el debate el legajo fiscal y se incorporó por lectura la declaración de la IPP del Dr. D. quién además declaró durante el debate, ocasión en que surgió la confrontación entre ambas declaraciones. La doctrina tiene dicho al respecto: "Ello obedece a que existe la posibilidad de incorporar por lectura ciertas piezas, previo acuerdo de partes. Por supuesto que esto no debiera suceder con los testigos porque sabemos que tienen que ser propuestos en la etapa preliminar del juicio, y una vez que están aceptados, e incluso establecido sobre los hechos respecto a los cuales se van a expedir, los testigos deben venir a declarar. Es decir, la introducción por lectura sería excepcional y quedaría completada con la posibilidad de la incorporación también por lectura de toda una serie de documentos o de actas que han sido incluidas en la etapa instructoria y que fueron ya ofrecidas por las partes en la fase preliminar."(cfr. Chiara Díaz y otros, "Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, Comentado", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 27). Veamos los detalles de la declaración: Minutos 3'53'' a 5'07'': la defensa pide se dejen dos constancias en el Acta que no fueron consignadas (Acta de debate fs. 941 vta.) En cambio los pedidos de constancia del particular damnificado sí fueron consignados (ver Acta de debate fs. 941 vta.). El Tribunal ordena a la Defensa no interrumpir, pero a los pocos segundos el Fiscal interrumpe la declaración del testigo y el Tribunal lo permite. Minutos 4'56'' a 5'07'': El Fiscal pregunta por primera vez si los años de los niños son normales. El testigo D. responde que tenían funcionamiento normal. Minuto 5'26'' a 5'44'': El Fiscal reitera la pregunta ya contestada. Pasividad del Tribunal. Minuto 6'05'' a 6'20'': El Testigo declara que ni siquiera entendió necesario iniciar una investigación al respecto. El Juez interviene poniendo en duda la afirmación del testigo. Minuto 6'40'' a 7'07'': El Testigo afirma que cuando está seguro de un abuso procede a la internación del menor (no lo hizo con relación a los menores N. y S. G.). Minuto 7'14'' a 8'16'': El Fiscal, ante la pasividad del Tribunal, hostiga al testigo preguntando por tercera y cuarta vez sobre la normalidad de los años, lo cual ya había sido contestado con contundencia por el testigo D. quien tenía a la vista los certificados que emitió el día en que revisó a los niños. Minuto 8'17'' a 8'37'': El Fiscal afirma que no va a preguntar más y pide que se le lea al testigo una declaración de la IPP afirmando que a las mismas preguntas el Dr. D. había respondido de manera diferente (la afirmación es controvertible ya que en la declaración que evoca no constan qué preguntas se hicieron y el Fiscal del Juicio no había intervenido en ese acto). Minuto 14'20'' a 15'35'': El testigo alega que en la declaración de la IPP estaba dando una explicación general. Ante esa afirmación comienza a ser interrumpido de modo insistente y reiterado por el fiscal y el particular damnificado, ante la pasividad del Tribunal. Minuto 15'36'' a 15'42'': El presidente del Tribunal acompaña al acusador en la interrupción del testigo y dice: ¿Que en Fiscalía cuando le tomó (declaración) le tomó en particular sobre lo que Ud. había visto en los chicos?. Minuto 15'42'' a 16'27'': El Fiscal continúa controvirtiendo la declaración oral de D. y la Presidente del Tribunal lo acompaña preguntando a D. si la firma de la supuesta ¿declaración? tomada durante la IPP le pertenece. Segundos después,

interviene el Juez Bernard mencionando que lo que dice un párrafo de la supuesta declaración de la IPP es contradictorio con lo declarado en el juicio oral y le pide al testigo que lea el párrafo. BERNARD afirma que en aquella ?declaración? se refirió a un chico en particular. Minuto 15'15'' a 17'35'': El testigo D. dice respecto de la declaración de la IPP que evidentemente se ha equivocado. El particular damnificado interrumpe y pide que se le de lectura de las penalidades del falso testimonio. La presidente del Tribunal acompaña el pedido. El testigo dice que ya se lo leyeron. Minuto 23'43'' a 24'20'': El testigo teniendo a la vista los certificados que emitió el día que revisó a los niños dice que la idea que él tiene del informe que escribió es que no hizo indicación alguna para hacer más estudios. El particular damnificado interrumpe al testigo pero éste sigue hablando. Pasividad del Tribunal. Segundos después cotejando lo que certificó al momento de revisar a los niños y la ?declaración? de la IPP que se le exhibía, reafirma que ??evidentemente yo no he dado ninguna indicación como que esto para mi tenga sospecha de abuso?? Minuto 24'22'' a 27'27'': El particular damnificado formula pregunta que es respondida por D. diciendo que la Dra. S. se involucró en el asunto desde un primer momento (médica que integra junto a él el Comité de Abuso Sexual). En cambio, él no se involucra pues revisa a los chicos sin entrevistarse ni con los padres, abuelos, ni con ningún familiar. Mientras estaba diciendo que sólo preguntó a uno de los chicos ?si se hacía caca encima? respondiendo el niño que si y explicando D. que ello responde a un trastorno de la personalidad, es interrumpido por el particular damnificado y tolerado esto por el Tribunal. D. responde diciendo que no surge patología agregada, reitera que uno de los chicos tiene un trastorno de la personalidad severo. El particular damnificado interviene. El testigo responde. Interviene la Presidente del Tribunal poniendo en tela de juicio los dichos del testigo. Hay nuevas interrupciones del particular damnificado. Comienza a intervenir el Juez BERNARD haciendo valoraciones sobre la prueba. Se establece un diálogo entre Fiscal y Juez. Nuevamente (por segunda vez) BERNARD le hace leer su ?declaración? tomada durante la IPP. Minuto 27'30'' a 29'55'': D. lee un párrafo de la ?testimonial? de la IPP. El particular damnificado quiere interrumpir pero el testigo frena a ese sujeto procesal por sí mismo y continúa. Leyendo la declaración precisa que lo que dijo en el certificado es que el ano de S. es tónico y continente, con funcionalidad normal. Interviene el particular damnificado. D. comienza a dar una explicación y es interrumpido con afirmaciones y apreciaciones y poniendo en boca del testigo conclusiones de un lego en medicina (particular damnificado). Pasividad del Tribunal con relación a las molestias al testigo. De ahí en más se da una serie de interrupciones por parte del acusador privado y el Tribunal. D. reconoce que hay una contradicción entre lo que hay en el certificado que hizo al revisar los niños y su ?declaración? en la IPP. El particular damnificado hace valoraciones y dice que no hay contradicción entre el certificado y la testimonial de la IPP y que sólo hay contradicción con lo declarado en el debate. Minuto 31'31'' a 33'03'': D. declaró que lo que está diciendo en el juicio oral es lo que está escrito (en los certificados) y aclara (con relación a la ?testimonial? de IPP) que mezcló lo que veía con una explicación que no venía al caso. D. continúa con su declaración y es interrumpido por el particular damnificado más de una vez porque el testigo se mantenía firme en su posición. Pasividad del Tribunal. Esto culmina en la denuncia del particular damnificado por falso testimonio. Minuto 33'05'' a 33'45'': D. quiere dar explicaciones y la Presidente del Tribunal no le deja diciendo que el interrogatorio terminó. El Defensor dice que quiere preguntar, la Presidente del Tribunal dice que se terminó. La Defensa valora la actitud coactiva del particular damnificado. La presidente dice que lo deje para los alegatos. La Defensa formula protesta. La Defensa señala la permisividad del Tribunal hacia el acusador privado. Finalmente la defensa pudo preguntar. Minuto 35'42'' a 37'22'': D. dice que sigue opinando lo mismo que al momento de la confección de los certificados. La defensa le pregunta cuántos niños atiende por día. Al responder, D. dice que varios por semana y menciona que según el caso: o no hace nada o consulta al grupo o interna. El Juez BERNARD interroga al testigo quien asiente que en este caso no hizo nada. Luego dice que hizo un informe sin recomendación. Minuto 37'22'' a 37'25'': La Defensa pide otra constancia en Acta que no fue consignada (ver acta de debate). En la declaración de los menores, y más allá de las consideraciones que luego se harán sobre su contenido, hubo preguntas y afirmaciones indicativas de parte de la fiscalía y particular damnificado, con pleno consentimiento por parte del Tribunal. Efectivamente tal como lo señala el recurrente el fiscal introdujo en el testimonio de S. la expresión "cosas feas" y el particular damnificado, preguntó si esas cosas feas se relacionaban con la cola. El testimonio era vago y lacónico y fueron esas "sugerencias" las que posibilitaron circunscribir algo más la declaración para conducirla a la descripción del presunto abuso. Veamos algunos detalles: Declaración de S.G.: Minuto 1'59'' a 3'29'': El Fiscal interroga introduciendo en su pregunta la expresión ?cosas feas?. El Fiscal le refiere al niño que mencionó ?cosas feas? y pide si puede decir algo más ya que eso resulta insuficiente. Minuto 12'10'' a 12'28'': Frente a la imprecisión de ?cosas feas? (introducida por el Fiscal) el particular damnificado pregunta si las cosas feas tienen algo que ver con "la cola". Declaración de Ida Adriana Sherman: Asesora de Incapaces que intervino en el expediente del régimen de visitas por ante el Tribunal de Familia N° 2. Minuto 9'13'' a 9'43'': El particular damnificado pregunta a la Asesora sobre su postura en el proceso (régimen de visitas de G.) y mientras está contestando es interrumpida por el acusador particular. Pasividad del Tribunal. Minuto 10'04'' a 10'26'': El particular damnificado pregunta si el régimen de visitas de la abuela era una estrategia para obtener información en la causa penal. La defensa se opone. El Tribunal

no hace lugar a la oposición y la Presidente interroga directamente al testigo. La Asesora de Menores contesta negando la hipótesis planteada. Minuto 11'17'' a 12'10'': Depone que los chicos no tenían un lugar donde expresarse, propuso un tratamiento para ellos a fin de que pudieran tener la palabra ya que la única palabra era la de los adultos. La Presidente del Tribunal interroga si ella no había escuchado a los chicos y ella responde que los vio pero lo que necesitaban era un marco apropiado que diera cuenta de cómo se sentían los chicos. Había una fuerte mediatización por parte de la madre. De ahí en su momento el pedido del tutor ad litem. Veamos ahora el contexto de la declaración de los menores G. Se transcribe a continuación la parte pertinente del acta de debate: "Siendo las 09:30 horas del día 9 de Septiembre del año 2010 se deja constancia que en la sede del tribunal se practica entrevista en los términos del artículo 102 bis del C.P.P. respecto de los menores S.G. y N.G., con la perito oficial designada Andrea Hernández Mason, perteneciente al Cuerpo Técnico de Responsabilidad Juvenil ... Se deja constancia que la perito manifestó que ambos menores se encontraban en condiciones de declarar, que solicitaron la presencia de su mamá durante la misma y que no estuviera su papá aconsejando la perito que se tome la declaración con esos recaudos..." Ahora, no puede obviarse el hecho que la madre de los menores, presente en las declaraciones, es además particular damnificado. La opinión de la perito vertida en el acta de debate no disminuye el atropello a la imparcialidad debida a las partes. No hay razón alguna para justificar la presencia en la declaración del particular damnificado e impedir la del acusado, resultando esto una violación flagrante al debido proceso. Por último cabe destacar que del cotejo entre las filmaciones y el acta de debate surge, tal como se detallara supra, que hay objeciones y solicitudes de constancia de la defensa que no han quedado plasmadas en el acta. Esta carencia torna al acta una pieza irregular que no refleja adecuadamente lo sucedido durante el debate constituyendo así un registro del que parece posible predicar falsedad ideológica.

2.1. Corresponde ahora referirse a la falta de motivación suficiente en la valoración de la prueba producida durante el debate. No sólo porque la prueba en la que se funda la condena no ha sido analizada exhaustivamente, y porque no se justifica en forma racional la falta de consideración de algunos elementos, sino también y principalmente porque se omitió considerar una serie de contradicciones que invalidan la decisión. El recurrente alude a las declaraciones de V.C. y de los menores. Veamos: La madre declara que según el relato de su hijo S. ambos niños habrían sido abusados. S. declara en sentido similar aclarando que respecto de su hermano conoce el hecho por haber espiado por el "picaporte" del baño, así como la cantidad de veces en función de la edad ya relatado. N. reproduce esa versión de los hechos manifestando que a él le sucedía cuando estaba dormido, ya que su padre lo medicaba al efecto, pero indica que sabe todo esto porque se lo contó su hermano. Estos testimonios son valorados como creíbles por el Tribunal sin cuestionamiento alguno. El otro elemento vinculante sobre el que se apoya la decisión condenatoria es el testimonio de los peritos Maffei y De Souza e Sa coincidentes con los informes de esos profesionales, incorporados por lectura. Esta prueba indica que S. presenta lesiones a las que los profesionales calificaron como sugestivas de penetración anal, clase IV conforme baremo utilizado por la Asesoría Pericial a la que pertenecen. N. no presenta lesión alguna, pero el veredicto, basado en el mencionado informe de la Asesoría Pericial afirma que "la negatividad en los hallazgos no invalidan los dichos del menor, ya que de haber habido contactos simples (digitales, orales y/o peneanos) los mismos no dejan habitualmente sinología." Ahora bien estos elementos de prueba resultan controvertidos por otras declaraciones, sin que se haya intentado un desarrollo argumental que permitiera superar esas contradicciones. Por ejemplo, de las constancias de autos se advierte la intención de borrar de la vida de los menores, todo vestigio de contacto con su padre y la familia paterna. El régimen de visitas logrado por G. fue fruto de pleitos que tomaron más de tres años. En las declaraciones del debate ambos menores manifiestan que no quieren ver a su padre por lo que éste les habría hecho. Sin embargo eso resulta poco convincente a la luz del testimonio de S.R.L. Esta testigo se desempeñó como directora del jardín de infantes al que asistía S.G. y declaró que en el año 2006 el imputado concurrió al jardín para colgar un aro de basket en el patio. Cuando los niños bajaron al recreo, percibido F.G. por su hijo S., éste corrió a abrazar a su padre. La directora declara que no advirtió ningún cambio en la conducta de S. durante el período 2005 - 2006. Este episodio rompe la sensación generada por las declaraciones de V.C. y los menores en lo relativo al trato para con el imputado, sin embargo no fue considerado por el veredicto. Los menores declaran que cuando eran abusados, la conviviente de su padre, Sra. L.M. y su hija L.U. no se encontraban en el domicilio. Las dos últimas testigos mencionadas declaran que los fines de semana que los menores pasaban con su padre (ocasión en la que se habrían consumado los abusos) ellas se encontraban presentes ya que programaban un fin de semana en familia. La menor L.U. vive con su madre y F.G. En función del régimen de visitas, fin de semana de por medio concurre a casa de su padre. En atención a ello y dado el vínculo afectivo que dijo tener con los menores G., se quedaba en casa de su madre los fines de semana en que concurrían N. y S. Estos testimonios, que no están refutados, tampoco fueron considerados, ni impactaron como creíbles en el veredicto. Huelga decir que no se da explicación alguna por la que la declaración no impacta como veraz, fuera de la afirmación dogmática y sin justificación suficiente de que impresiona como favorable al imputado. Por último recordemos que según las pericias, quedó acreditado que uno solo de los niños presentaba lesiones sugestivas de penetración anal, el otro no presentaba lesión de ningún tipo. La madre sin embargo denuncia y declara que ambos fueron víctimas de abuso con acceso carnal.

Si los informes de la IPP incorporados por lectura y la declaración de los peritos daban cuenta de las lesiones en uno solo de los niños, ¿por qué impacta como creíble la versión de la madre? Tampoco se evaluó a este efecto el informe realizado por el cuerpo técnico del Tribunal de Familia N° 2, reproducido vía testimonial en el debate. Allí se dejó claro, también a modo científico y objetivo, la posible pregnancia del discurso materno en los menores. Y resulta paradójica la interpretación que hace el Tribunal del dibujo al que se refieren los peritos en que S. dibujó a su madre con una mano muy grande, de dimensiones desproporcionadas, para luego, inmediatamente, borrar. El Tribunal saca de esto una conclusión distinta a la interpretación técnica brindada por los peritos. Nuevamente esta conclusión no está precedida de justificación racional suficiente. 3. Por último corresponde analizar dos aspectos probatorios destacados en el recurso. El primero de ellos es la valoración del informe de la Asesoría Pericial Departamental reproducido y explicado por los peritos firmantes durante el debate. Como se manifestara supra este medio probatorio indica que S. presenta lesiones clasificadas como sugestivas de penetración anal, clase IV conforme baremo utilizado por la Asesoría Pericial Departamental, y N. no presenta lesión alguna. Esta conclusión presenta problemas evidentes. El primero de ellos, sin siquiera entrar a discutir la clasificación, es que la conclusión "sugestiva de penetración", en este contexto no aparece como prueba terminante de abuso sexual con acceso carnal. La prueba indica solamente una lesión, pero resulta insuficiente para acreditar fehacientemente el acceso carnal peneano. Y ello no sólo por la conclusión insuficiente de esta prueba, sino además por la debilidad del plexo probatorio expuesto supra. Sin otra prueba indiciaria de las causas de la lesión, el dictamen de los peritos no alcanza a probar el extremo pretendido. Por su parte, la otra conclusión del informe, de que la ausencia de lesiones en N. no invalidan sus dichos respecto a la existencia de contactos "digitales, orales y/o peneanos", es decididamente arbitraria, infundada y contraria al rigor técnico que se espera de un informe de estas características. Ello así porque no hay modo de determinar a través de un examen físico en el que no hay rastros, la veracidad de una afirmación. Esta pretendida conclusión es ajena al objeto del informe. Por último, este medio probatorio sólo acredita la existencia de una lesión pero carece de idoneidad para determinar la autoría. El segundo aspecto a considerar es el contraste entre este informe y las declaraciones de los Dres. D. y C. Más allá de la presunta contradicción en la que se acusa de haber incurrido al Dr. D., queda en pie que cuándo revisó por primera vez a los menores no advirtió anomalías que ameritaran seguir el protocolo habitual para casos de abuso. Así surge de la documental incorporada por lectura y de su declaración en el debate. Otro tanto sucede con la declaración del Dr. C. Se trata nada menos que del pediatra de los menores, quien declaró no haber detectado cambios de conducta ni signo alguno de abuso. No obstante el veredicto dice que el pediatra no revisó a los menores, la afirmación es refutada mediante las constancias del debate dónde el Dr. C. dice que salió de su consultorio en busca de un lugar idóneo para llevar a cabo el control que se le pedía, y que revisó a los niños y vio "anos normales". Es cierto que no hizo un examen más profundo y que no practicó un tacto rectal, pero tal como declaró, no encontró hematomas, desgarros, sangrado ni ninguna señal que llamara su atención. Una vez más, el veredicto no explica por qué descarta este testimonio e incurre en un juicio abusivo cuándo se limita a afirmar que el médico no revisó a los menores. Por último es imperioso destacar que en su declaración F.G. afirmó su inocencia. Según los principios del sistema acusatorio el imputado no puede ser llamado a declarar. Esto es así ya que en el fondo, el acusado es un testigo de su propio hecho, testigo sospechoso, se convendrá en ello, pero testigo al fin. Así lo establece la V enmienda a la constitución de los Estados Unidos cuando dice: ??Tampoco podrá obligársele a testificar contra si mismo en una causa penal??. Idéntico espíritu consagra el art. 18 de la Constitución Nacional. La consecuencia de esta estructura acusatoria, conforme la constitución de Filadelfia, lleva a que si el acusado no pide declarar él mismo, no podrá ser interrogado por nadie. Claro está que si pide declarar deberá hacerlo bajo juramento, lo que habilita a la parte acusadora a interrogarlo. Explica Carrió que ?La Enmienda V a la Constitución de los Estados Unidos establece que nadie será obligado en un caso criminal a ser un testigo en contra de sí mismo?Ver además Brooks v. Tennessee, 406 US 605 (1972), donde la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de una ley local que establecía la obligatoriedad para el acusado que quisiera declarar en su favor, de hacerlo en forma previa a los restantes testigos de descargo.?(cfr. Carrió, Alejandro D., El Enjuiciamiento Penal en la Argentina y en los Estados Unidos, EUDEBA, Buenos Aires 1990, p. 108). Es importante tener en cuenta que precisamente eso es lo que se protegió mediante el famoso caso Miranda vs. Arizona, 384 US 436 (1966). Allí quedó claro que la policía tiene el deber bajo pena de nulidad de hacerle saber que después del arresto o en el momento del mismo debe advertírsele ?todo lo que diga a partir de este momento podrá ser usado en su contra durante el juicio? y así mismo el derecho a contar con un abogado defensor. Va de suyo que nuestro sistema que sigue el sistema monárquico francés (?la revolución sólo cambió la voluntad del rey por la voluntad de la ley?, cfr. Montero Aroca, conferencia dictada en la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires en 2002) busca obtener la confesión y de ahí la expresión declaración indagatoria, que aunque se le prevenga que negarse a declarar no le causa perjuicio, lo cierto es que se trata de obtener una confesión. En cambio los principios del sistema acusatorio son los utilizados actualmente en las cortes internacionales. Así se hizo, tal como se desarrollará más adelante, en una causa ante la Corte Penal Internacional, donde ese tribunal señaló que los dos

acusados que optaron por declarar, lo harían en calidad de testigos y bajo juramento. (cfr. Corte Penal Internacional, causa ?Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo? Caso N° ICC-01/04-01/07). Ante la declaración del imputado, bajo juramento y sujeto en su caso a falso testimonio, es función del fiscal desvirtuar la afirmación de inocencia, caso contrario el testimonio debe ser evaluado favorablemente. En este caso, sea cual fuere el sistema desde donde se mire el proceso, surge que no fue posible extraer de su relato ningún indicio incriminatorio. 4. De los análisis precedentes surge que nos encontramos frente a un plexo probatorio con elementos que se contradicen, sin que se adviertan elementos que posibiliten inclinarse razonablemente por uno u otro elemento. Podría decirse que las pruebas se anulan entre sí provocando algo más que una falta de certeza sobre el hecho y su autoría y dando lugar a serias dudas que imposibilitan en buena lógica y conforme a derecho sostener la imputación y decisión del veredicto que aquí se casa. Este mecanismo es violatorio de pautas hermenéuticas de raigambre constitucional, como por ejemplo el principio pro homine. Principio, que entiendo, se encuentra también comprendido en las disposiciones del artículo 3 del Código Procesal Penal e implica que toda disposición legal deba interpretarse de la manera que más beneficie a la persona humana, razón por la cual, toda normativa que coarte la libertad personal o restrinja los derechos de la persona deberá ser interpretada restrictivamente (Cfr. arts. 30 C.A.D.H., 29.2 y 30 Declaración Universal de Derechos Humanos, 5.1 Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos). El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (Cfr. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. Mónica Pinto. La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Cels. Editores del Puerto S.R.L. impreso 2004 pag.163). Desde la reforma de 1994 y la vigencia de los instrumentos internacionales (artículo 75 inc. 22 C.N.) todo opera para que en cada caso se sepa buscar y encontrar la norma que otorgue una solución más favorable a la persona y garantice el respeto al sistema de derechos. Luigi Ferrajoli, presentó la problemática de la "verdad" y de la misión de los jueces a la hora de sentenciar, que deriva necesariamente en la alternativa epistemológica entre cognoscitismo o decisionismo, entre garantismo o autoritarismo. La solución -para el citado autor- se encuentra en que la verdad procesal esta dada por la correspondencia entre el juicio del juzgador y los elementos de la causa, una verdad metajurídica es ajena al garantismo. Así en las garantías legales y procesales también se encuentran las garantías de la verdad, fundiendo su idea en el denominado cognoscitismo judicial. "Las garantías procesales que circundan a la averiguación de la verdad procesal en el proceso cognoscitivo aseguran la obtención de una verdad mínima en orden a los presupuestos de la sanción, pero también garantizada, gracias al carácter empírico y determinado de las hipótesis acusatorias, por cánones de conocimiento como la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación, el principio in dubio pro reo, la publicidad del procedimiento probatorio, el principio de contradicción y el derecho de defensa mediante la refutación de la acusación. Por contra, el proceso decisionista, y típicamente el inquisitivo, apunta en todo caso a la búsqueda de la verdad sustancial, que por eso se configura como verdad máxima, perseguida sin ningún límite normativo en cuanto a los medios de adquisición de las pruebas y al mismo tiempo no vinculada, sino discrecional, aunque sólo fuera porque la indeterminación y el carácter valorativo de las hipótesis acusatorias reclaman más que pruebas, juicios de valor no refutables por la defensa." (Cfr. Autor citado, Derecho y Razón, Ed. Trotta, año 1997, pág. 540 y 541). La no aplicación de estos principios hace incurrir a los tribunales en las conductas deplorables que denunciaba el célebre fiscal norteamericano Robert Jackson cuando en ocasión de los juicios de Nuremberg decía: ?No se debe poner ninguna persona en juicio si uno no está decidido a dejarla en libertad si no se prueba su culpabilidad. Si uno está dispuesto a ejecutar a esa persona en cualquier caso ?agregó-, no debiera organizarse ningún proceso penal, porque el mundo no respeta a aquellos tribunales que han sido simplemente organizados para condenar.? (Llorens Borrás, José A., Crímenes de Guerra, Acervo, Barcelona 1962). Hay que advertir que desde entonces la comunidad internacional ha evolucionado mucho y bien en materia de regulación de los crímenes de lesa humanidad y ha adoptado un principio, hoy reconocido universalmente, que es el de la necesidad de que los fiscales procedan a probar siempre los cargos que formulan, más allá de toda duda razonable. Una vez más se confirmó el conocido principio de actori incumbit probatio. Si este requisito, que es una exigencia del Estado de Derecho y del debido proceso legal, así como de la necesidad de respetar las garantías judiciales esenciales, no se alcanza, debe absolverse al acusado. En la actualidad esto constituye el estándar penal universalmente aceptado por la comunidad internacional y que ha sido adoptado expresamente en los instrumentos y normas que regulan la actividad de los tribunales penales internacionales. Estos principios han sido receptados bajo diversas manifestaciones en la jurisprudencia internacional. Muy recientemente el 28 de Febrero de 2013, en una causa resuelta por el Tribunal Internacional para el juzgamiento de personas responsables de violaciones severas al Derecho Humanitario Internacional, perpetrados en el territorio de la otrora Yugoslavia, desde 1991, Caso N° IT-04-81-A, se acusaba al

imputado de haber prestado colaboración y adoctrinamiento militar que facilitaron el bombardeo de Zagreb. Ante estos hechos, el mencionado tribunal dijo: "No hay evidencia que acredite fuera de toda duda razonable, que Perisic haya dado órdenes a un soldado VJ en servicio bajo el SVK en miras a concretar el bombardeo a Zagreb. Del mismo modo, no hay evidencia concluyente de que Perisic no haya sancionado a soldados de VJ pertenecientes al 40 PC por su participación en la caída del RSK... En consecuencia se encuentra que el ejercicio de control efectivo de Perisic sobre los perpetradores de Zagreb al momento de los crímenes de Zagreb no se infiere razonablemente de la totalidad de las evidencias provistas en el caso. Por lo tanto, el control efectivo no ha sido establecido más allá de toda duda razonable" (traducción a cargo del suscripto)(1). En similar sentido, en un caso en que se acusaba la participación en fuerzas militares organizadas con la finalidad, entre otras, de combatir diversos grupos étnicos, la Corte Penal Internacional se expidió en la causa ?Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo? Caso N° ICC-01/04-01/07, dijo: 9. También hay que señalar que una vez oídas sus deposiciones, los dos acusados han optado también por declarar, en calidad de testigos y bajo juramento, y M.N., en lo que le concierne, declaró durante siete audiencias realizadas entre el 27 de octubre y 11 de noviembre de 2011. 36. Pero esos efectos de prueba, todos posteriores al ataque Bogoro, no le permitió inferir, más allá de toda duda razonable, que el acusado era en realidad el líder de los combatientes Lendu de Bedu-Ezekere presentes en Bogoro, el 24 de febrero de 2003. 41. A la luz de todas las pruebas obrantes en la causa, la Cámara no ha podido concluir, más allá de toda duda razonable, que el acusado era el líder de los combatientes Lendu que participaron en el ataque a Bogoro el 24 de febrero de 2003.? (Traducción a cargo del suscripto)(2). Conforme lo dicho hasta aquí bastaría con poner de manifiesto que las contradicciones señaladas en el presente proceso tornan imposible determinar los hechos que se imputan a delito y, en su caso señalar un autor, más allá de toda duda razonable. Pero este proceso no es lo que debería ser. Nos encontramos ante una especie de ?no proceso? (no case en el derecho anglosajón o proceso llevado ilegalmente). Ello así porque las contradicciones puestas de manifiesto se parecen a lo que el maestro Oderigo denominó un ?no se cómo se llama? que produce un ?no se qué?, tal como lo expusiera con sátira pluma en el ya clásico ?Don Venancio Luna?. ?RECORDANDO LOS TIEMPOS VIEJOS. En un lejano pueblito de una lejana provincia se produjo -creo que fue a mediados del pasado siglo- inusitado revuelo. Se trataba de juzgar a un sujeto que desde meses atrás se encontraba detenido en la comisaría el lugar -por supuesto que tomando mate con el comisario-, a disposición de la máxima autoridad judicial del lugar: el juez de paz; y había llegado el momento solemne de acusar. Según parece, fue esta palabrita -acusación- la que levantó polvareda en el pacífico vecindario, dónde ya se habían extinguido los ecos de la Revolución de Mayo, en la que se la utilizó para apostrofar al rey. Los tiempos habían cambiado mucho y ya solo se la utilizaba en el truco, para cantar las treinta y tres de mano. Con todo, el formalismo se cumplió: se designó un fiscal ad hoc, expresión ésta que se le ocurrió al secretario -único que sabía leer y escribir correctamente-, sorprendiendo a todos con su dominio del latín, indudablemente el adecuado a la materia jurídica, según consenso. La elección había recaído en don Venancio Luna, cuarentón bien afamado. Había ganado las dos últimas carreras de sortija corridas en el pueblo y hecho algunos "dentros" en los juegos florales. Su familia estaba afincada en el lugar desde tiempo inmemorial y, aunque él no había "tomado estado" no se le conocían chiniteos ni otros vicios, propios de los hombres cuando comienzan a peinar canas. A lo más una grapita los domingos al mediodía, y después "meta" asado y mate toda la semana. La elección no podía ser más acertada, nadie tenía nada que decir; pero cuando recibió el cedulón con el nombramiento el hombre quedó perplejo, y entonces optó por el único camino que tenía a su alcance: calzó sus botas "juertes" y con su mejor chiripá encaminó su flete para el lado del juzgado. Sensatamente, quería saber lo que pensaba el juez sobre el asunto. En una cosa estuvieron de acuerdo: había que acusar, porque el hombre había hecho una fulería; pero ¿por qué delito? El juez dijo que a los delitos había que clasificarlos o algo por el estilo, más apenas esbozada esta idea se le levantó don Venancio: "Vea, compadre -le dijo-, a mí hábleme de clasificar reses, que por las guampas ya las conozco; pero eso de clasificar delitos debe ser cosa de gringos; yo soy criollo y no me gustan esos entreveros?. Entonces, con buen acuerdo, decidieron publicar un edicto en ?Los Ecos del Pago?, convocando a todos los derecho-habientes; que no eran ?como pudiera creerse- los que tuvieran algún derecho sobre algo, sino los que tuvieran algún libro sobre derecho. A esa convocatoria acudieron dos parroquianos: el boticario, que guardaba entre sus frascos un libro del Marqués de Beccaria, y otro vecino que había encontrado entre la leña el libro de un inglés que se llamaba don Jeremías y que hablaba de las penas. Inútil; no consiguieron salir del brete en el que se encontraban. Don Venancio, que ya había perdido la paciencia, dio un talerazo sobre la mesa y gritó iracundo: ?Las penas son pa'l Purgatorio?. Y ahí nomás amagó irse. Pero de nuevo surgió la voz del secretario, que hasta ese momento había estado cavilando, y le dijo: ?Vea, mi amigo, no se me caliente que no vale la pena; no se comprometa y acuse por el delito que resulte de autos. Sabio consejo que, por supuesto, fue seguido al pie de la letra.? (cfr. Mario A. Oderigo, Don Venancio Luna, en Yo defendí a mi novia, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 263, causa seguida contra Alejandro Carlos Gorostiaga, por supuesta infracción al artículo 260 del Código Penal). La transcripción es pertinente ya que nos encontramos ante esta sentencia en la misma indefensión que el personaje del cuento, con la diferencia que en el caso, la aplicación estricta de las garantías constitucionales tornan imposible una conclusión condenatoria.

El entramado de contradicciones, insuficiencias e irregularidades que han infestado el juicio cuya sentencia es objeto de este recurso, es constitutivamente inepto para conmovir la presunción de inocencia consagrada en la Constitución Nacional. Así las cosas, se vuelve innecesaria la aplicación del principio de la duda razonable. En la medida en que en el caso de autos el juicio no ha sido idóneo para acreditar los hechos y su autoría, no hay modo racional ni circunstancia fáctica que permita dudar de la inocencia del acusado, pero insisto, a fin de dotar a esta sentencia de la mayoría correspondiente (art.168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires), adhiero por sus fundamentos al segundo voto. Por ello ?insisto- con estos agregados complementarios adhiero a lo demás expresado por el Dr. Borinsky. Así lo voto. A la segunda cuestión, el Juez Celesia dijo: Visto el resultado de la votación precedente, corresponde: a) Denegar la incorporación de las filmaciones presentadas por la defensa en la audiencia del art. 458 del C.P.P. b) Casar, por mayoría, la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal en lo Criminal n° 2 del Departamento Judicial La Plata y absolver, sin costas, a F.N.G., por los hechos calificados como de abuso sexual con acceso carnal calificado por el vínculo y abuso sexual gravemente ultrajante calificado por el vínculo en concurso real entre sí, ambos bajo la modalidad de delito continuado, por los que viniera condenado. c) Encontrándose el imputado cumpliendo arresto domiciliario, corresponde disponer su INMEDIATA LIBERTAD, la que deberá hacerse efectiva a través del tribunal de primera instancia en el día de la fecha, previo labrar el acta de rigor y constatar que sobre el nombrado no exista impedimento legal alguno (captura, detención, etc.), en cuyo caso deberá quedar anotado a exclusiva disposición del Magistrado/s requirente/s con inmediata noticia a éste, al Tribunal en lo Criminal n° 2 del Departamento Judicial La Plata y a esta Sala. d) Regular los honorarios de la Dra. Sara Irma Cánepa en un ...%, y de los Dres. Ramiro Pérez Duhalde, Emanuel Rives y María Florencia Condomí Alcorta en un ...% para cada uno de las respectivas sumas fijadas en la sentencia de primera instancia. Arts. 18 y 75 inc. 22 C.N., 8.2.h C.A.D.H., 14.5 P.I.D.C.P.; 1, 106, 210, 367, 373, 448 inc. 1°, 451, 454 inc. 1, 456, 458, 459, 463, 530 y concordantes C.P.P.; 28, parte final, del Decreto 8904/77. A la misma cuestión segunda, el Juez Borinsky dijo: Adhiero al voto del Dr. Celesia por los mismos fundamentos. Así lo voto. A la misma cuestión, el Juez Domínguez dijo: Voto en igual sentido que mis colegas precedentes, por los mismos fundamentos. Así lo voto. Vista la forma como ha quedado resuelta la cuestión votada en el acuerdo que antecede, corresponde que este Tribunal por mayoría dicte la siguiente SENTENCIA I. RECHAZAR la incorporación de las filmaciones presentadas por la defensa en la audiencia del art. 458 del C.P.P., por haber fenecido la oportunidad procesal. II. CASAR, por mayoría, la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 2 del Departamento Judicial La Plata y ABSOLVER, SIN COSTAS, a F.N.G., de los hechos calificados como abuso sexual con acceso carnal agravado por el vínculo y abuso sexual gravemente ultrajante calificado por el vínculo en concurso real entre sí, ambos bajo la modalidad de delito continuado, por los que viniera condenado. III. Disponer la INMEDIATA LIBERTAD de F.N.G., quien actualmente se encuentra cumpliendo arresto domiciliario, libertad que deberá hacerse efectiva en el día de la fecha a través del tribunal de primera instancia, previo labrarse el acta de rigor y constatar que sobre el nombrado no exista impedimento legal alguno (captura, detención, etc.), en cuyo caso deberá quedar anotado a exclusiva disposición del Magistrado/s requirente/s con inmediata noticia a éste, al Tribunal en lo Criminal n° 2 del Departamento Judicial La Plata y a este Tribunal. IV. Regular los honorarios de la Dra. Sara Irma Cánepa en un ...%, y de los Dres. Ramiro Pérez Duhalde, Emanuel Rives y María Florencia Condomí Alcorta en un ...% de las respectivas sumas fijadas en la sentencia de primera instancia. Arts. 18 y 75 inc. 22 C.N., 8.2.h C.A.D.H., 14.5 P.I.D.C.P.; 1, 210, 367, 373, 448 inc. 1°, 451, 454 inc. 1, 456, 458, 459, 460, 463, 530 y concordantes C.P.P.; 28, parte final, del Decreto 8904/77. Regístrese, notifíquese a la defensa, al Ministerio Público Fiscal y al representante del particular damnificado y devuélvase para el cumplimiento de las notificaciones pendientes. FDO.: JORGE HUGO CELESIA ? RICARDO BORINSKY ? FEDERICO GUILLERMO JOSÉ DOMÍNGUEZ Ante mí: Gonzalo Santillán

Notas: [1:] International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law, Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. ?Yet no evidence proves beyond reasonable doubt that Perisic ever issued a command order to a VJ soldier serving in the SVK prior to the shelling of Zagreb. Similarly, there is no conclusive evidence that Perisic ever disciplined a VJ soldier seconded through the 40th PC prior to the fall of the RSK? Accordingly, a finding that Perisic exercised effective control over the Zagreb Perpetrators at the time of the Zagreb Crimes, is not the sole reasonable inference from the totality of the circumstantial evidence in this case. Thus, Perisic's effective control has not been established beyond reasonable doubt.?(cfr. United Nations, página web oficial de la Corte Internacional). [2:] Cour Pénale Internationale: Résumé du jugement rendu en application de l'article 74 du Statut dans l'affaire Le Procureur c. Mathieu Ngujolo le 18 décembre 2012 par la Chambre de première instance II: ?9. Il convient également de souligner qu'une fois ces dépositions entendues, les deux accusés ont fait le choix de déposer eux aussi, en qualité de témoins et sous serment, et Mathieu Ngujolo, en ce qui le concerne, a déposé durant sept audiences tenues entre le 27 octobre et le 11 novembre 2011. 36. Mais ces éléments de preuve, tous postérieurs à l'attaque de Bogoro, ne lui ont pas permis d'inférer, au-delà de tout doute raisonnable, que cet accusé était effectivement le commandant en chef des combattants Lendu de Bedu-Ezekere présents à Bogoro le 24 février 2003. 41. Au vu

de l'ensemble des éléments de preuve figurant au dossier, la Chambre n'a dès lors pas pu conclure, au-delà de tout doute raisonnable, que l'accusé était le chef des combattants lendu ayant participé à l'attaque de Bogoro le 24 février 2003.

Correlaciones: [D., C. L. s/recurso de casación](#) - Tribunal Cám. Nac. Casación Penal - Sala IV - 21/05/2012

U., P. O. -

Cám. Crim. 1ª Nom. Catamarca - 02/06/2009

Cita digital: