



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**

Tribunal de Casación Penal

REGISTRO NRO AÑO 2020

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala IV del Tribunal de Casación Penal, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces, doctores Ricardo Borinsky, Daniel Carral y Víctor Violini, a fin de dictar sentencia en la causa N° 67.136, caratulada “Rodríguez Marisa Noemí s/ recurso de casación”, conforme al siguiente orden de votación: **BORINSKY – CARRAL – VIOLINI.**

ANTECEDENTES

I.- Esta Sala, con diversa integración y por mayoría de votos, rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Marisa Noemí Rodríguez contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 4 del Departamento Judicial Morón que la condenó a la pena de catorce años de prisión accesorias legales y costas, por considerarla autora responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por la condición de ascendiente –madre de la víctima- en concurso ideal con corrupción de menores agravada por su calidad de ascendiente, accesorias legales, sin costas en esa instancia –v. fs. 156/174-.

II.- Contra dicho pronunciamiento, el Defensor Adjunto ante este Tribunal interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (v. fs. 184/205), el que fue concedido (v. fs. 210/211).

III.- A fs. 251/265 la Suprema Corte, por mayoría, hizo lugar al remedio mencionado y revocó la sentencia impugnada, reenviando los autos para que esta instancia asuma la debida revisión de la sentencia de condena.

IV.- Radicado el recurso nuevamente en esta Sede, la Sala se encuentra en condiciones de dictar sentencia definitiva, por lo que se tratan y votan las siguientes,

CUESTIONES

Primera: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión, el señor juez doctor Borinsky dijo:

I.- Conforme lo ordenado por el Superior, corresponde abocarse a la revisión integral de la sentencia recurrida.

Inicio el análisis de autos indicando que el Tribunal tuvo por acreditado que durante el transcurso del año 2009 y en el interior de la casa ubicada en Blas Parera 396 de Castelar, Marisa Noemí Rodríguez, tras inducir a su hijo biológico M .A. G, de once años de edad, a bañarse con ella y practicarle tocamientos eróticos se hizo penetrar analmente con el pene de éste, y llevó adelante, además, en el tiempo señalado acciones autónomamente de significación intelectual de naturaleza sexual mediante la exposición de su cuerpo desnudo y actos masturbatorios con fin autosatisfactorio, incitándolo de este modo a una conducta sexual depravada y perversa.

II.- De la lectura de autos surge que el recurrente vuelve a insistir en esta instancia con parejos argumentos a los ya esgrimidos en el debate, persistiendo así en su posición, mas sin señalar error o arbitrariedad en la valoración de la prueba expuesta por el Tribunal, limitándose tan solo a exponer su criterio de cómo el Tribunal debió apreciarla.

Sostiene que los hechos imputados no fueron acreditados. Critica el tratamiento formulado por el Tribunal de las pruebas sobre las que fundó su decisión, indicando que mucho de los agravios efectuados no merecieron respuesta por parte del Tribunal.

Entre ellos expone que la víctima no fue escuchada en debate, circunstancia que menguó el derecho de defensa de su asistida. Apunta también respecto al poco valor probatorio que le debe caber a la declaración recibida por medio del sistema de Cámara Gesell, en tanto que la misma no fue sometida al control de las partes.

Sus agravios especialmente están dirigidos a cuestionar

la credibilidad de la testimonial del joven. Sostiene que el mismo se devela co-construido. Para ello señala que resultó llamativa toda la información recabada por la señora Pérez en tan poco tiempo respecto a todas las circunstancias relatadas por aquel, lo que daría cuenta de la construcción del relato. Basa esta apreciación en los dichos de la terapeuta de M. G. quien al declarar expuso que después de varias sesiones recién el mismo logró abrirse y hablar de las cosas que le sucedían vinculadas al hecho juzgado.

Siguiendo su análisis la defensa expone que previo a que declarara conforme el sistema de Cámara Gesell, había recibido mucha terapia, circunstancia que también contribuyó a la co-construcción del relato sobre el que alega. Además, indica que la terapeuta no pudo explicar las técnicas que empleó para determinar la credibilidad de los dichos de su paciente, M. G. Agrega que quienes le recibieron la declaración, lo indujeron en tanto lo colocaron en rol de víctima, papel que asumió sin dificultad.

Agrega que la juramentada de Juan Carlos Gallo –padre del menor-, es una declaración de oídas en tanto que reproduce los dichos del mismo. Indica además que el mismo careció de objetividad en tanto declaró que quería ver condenada a Ruiz.

Abunda en su exposición diciendo que ninguno de los testigos escuchados en debate refirió haber visto que su asistida desarrollara conductas sexuales inadecuadas circunstancia además que debió ser apreciada juntamente con las conclusiones de la pericia que se le practicara, la que no arrojó indicadores que permitan inferir que su asistida pudiera llevar adelante conductas como la juzgada.

También se queja de los argumentos expuestos por el Tribunal para restarle credibilidad a las declaraciones de su asistida y la de Alderete en cuanto ambas niegan haber asumido la conducta descrita por el joven. Puntualiza además los dichos de Alderete en cuanto dijo que el padre consumía pornografía, que solía hacerlo desde su computadora a la que el hijo tenía acceso irrestricto, apuntando con ello a que la alta erotización de G. podría deberse, además de su edad, a ese consumo

irrestringido de pornografía. Califica la defensa de altamente sugestivo y absurdo el relato del menor en cuanto expuso que en el transcurso de un año fue abusado sexualmente por su madre biológica y por la pareja de su padre, acotando además que ningún vínculo existía entre ellas.

En otro orden expone su objeción en torno a la incorporación y valoración de los informes y pericias realizadas en otro fuero, sin control de la defensa.

Discrepa con la calificación asignada al evento, en el entendimiento de que en todo caso se trata de un abuso sexual gravemente ultrajante agravado por la condición de ascendiente de Rodríguez, agregando que no fueron acreditados actos corruptores por parte de la nombrada.

Por último también se queja del monto de pena impuesto, sostiene que no se valoraron severizantes de la conducta por lo que corresponde reducir la sanción al mínimo de la escala previsto para el delito que en definitiva se le asigne a la encartada.

III.- Por cuestiones metodológicas primeramente habré de expedirme en torno a la incorporación por lectura de las pericias y el informe practicado en el fuero de Familia los que resultaron agregados por su lectura al debate (art. 366 del C.P.P.).

No asiste razón a la recurrente en cuanto expone que los referidos elementos de prueba no debieron ser valorados por el Tribunal para fundar el fallo en orden a que los mismos no pudieron ser controlados por las partes, conllevando ello la afectación del derecho de defensa de la encartada (artículo 18 de la Constitución Nacional).

En este punto cabe retrotraernos en el trámite de la causa, de la cual surge que al tiempo que se expusieron las cuestiones vinculadas con las pruebas que se librarían en el juicio, el Tribunal resolvió no hacer lugar –en lo que respecta a estas pruebas- a la oposición de la defensa, y ante esta decisión el letrado no formuló protesta, circunstancia que decantó en la firmeza de la resolución, perdiendo así –en este aspecto-

el derecho al recurso casatorio (artículo 338 y 366 sges. y concs. del Código Procesal Penal). A lo expuesto, además cabe indicar que la circunstancia de autos lejos está del precedente “Benítez” de la CSN como intenta dejar traslucir la recurrente, en tanto que la prueba objetada no resulta la base principal de la acusación como la del caso de mentas.

IV.- Tampoco corresponde hacer lugar al agravio en el que señala la afectación del derecho de defensa en juicio en orden a que el Tribunal decidió no hacer lugar a la petición para que comparezca el menor a prestar declaración testimonial en el marco de la audiencia oral.

Coincido en este aspecto con la decisión del “a quo” quien no hizo lugar a la petición de someter al menor a una nueva declaración en el marco de la audiencia en tanto fue desaconsejada por una profesional de la psicología, no vislumbrándose en ningún aspecto la afectación del derecho que reclama la parte.

Ello así en tanto la declaración del joven escuchado mediante el sistema de Cámara Gesell fue incorporada al debate por su lectura. Es en este punto relevante apuntar que dicha diligencia cumplió con las formalidades de ley en la cual también intervino la por entonces defensa (102 bis y 274 del Código Procesal Penal), resguardándose así tanto los derechos de la encartada, el interés superior del niño y la búsqueda de la verdad material.

Atado a ello, cabe aquí referenciar que coincido con lo expuesto por el Tribunal en cuando sostuvo que, frente al conflicto de intereses esbozado en el caso, prima el interés superior del menor por sobre la del adulto imputado, en línea con lo establecido en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

V.- Ahora bien, si bien suena repetido y trillado, no se pueden obviar las dificultades probatorias que traen ínsitas esta clase de delitos, ocurridos por lo general –y este supuesto no es la excepción-, en la intimidad y lejos de los ojos de testigos.

Por supuesto, ello no implica que se prescinda, en

perjuicio del imputado, de la búsqueda de certeza para arribar a un veredicto condenatorio, por las dificultades de prueba señaladas.

Sentado lo anterior, cabe señalar que la Sala a la cual naturalmente pertenezco tiene dicho que la declaración de la víctima puede integrar la prueba de cargo necesaria para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, pues de otra manera se crearían espacios de impunidad inaceptables (conc., STS 16 de mayo de 2007).

Mas ello no supone que baste la existencia de tal declaración; antes bien, será necesario un examen minucioso de la misma y de su credibilidad, y junto a ello, la existencia de otros datos o elementos que puedan robustecer dicha credibilidad (STS 25 de abril de 2007). Lo que importa es la razonabilidad de la convicción del Tribunal sobre la cual ha de argumentarse expresamente en la sentencia condenatoria (STS 28 de diciembre de 2006).

También ha declarado la Sala que naturalmente integro que la inmediación no constituye un blindaje del Tribunal sentenciador que lo exima de motivar la valoración probatoria, porque la inmediación no es, en sí misma, un método de convencimiento del Juez ante el que se ha practicado la prueba, sino la forma en la que la prueba se presenta ante el Juez.

La inmediación no excluye la motivación fáctica, la explicación de la credibilidad que se concede a la declaración de la persona concernida, en definitiva la fundamentación razonable y razonada del proceso de decisión, pues de otro modo no sería posible efectuar el control del razonamiento cuando de la causa conozca otro Tribunal vía recurso y la casación perdería el carácter de recurso efectivo en el sentido de los artículos 8.2.h. de la CADH., y 14.5. del PIDCyP (ídem ant.,SSTS 829/2006 de 20 de julio, 732/2006, 587/2010 ó 1041/2011 de 17 de octubre).

El hilo conductor de los agravios de la defensa radica en la falta de credibilidad de los dichos del joven.

El Tribunal tuvo por acreditada la conducta imputada a partir de los dichos del mismo quien describió varias de las circunstancias

vividas vinculadas con la conducta juzgada, entre ellos relató un puntual episodio que involucraba a su madre en la ducha y con quien hubo acceso carnal vía anal así como otras situaciones de contenido sexual ligadas con ella.

En primer lugar y luego de un par de años de ocurridos los sucesos juzgados, el menor G. se los contó a la nueva pareja de su padre, Sandra López. Ésta relató en el debate que el joven le contó que había mantenido relaciones sexuales con Carina –una ex pareja del padre-. En otro orden manifestó también que recibió por parte del niño propuestas de índole sexual en la que abiertamente le había preguntado cuándo iba a “estar” con ella. También expuso varias acciones del joven hacia ella a las que luego de conocidos los hechos le atribuyeron cierta connotación sexual. Entre ellas mencionó la forma en la que la abrazaba, narrando puntualmente una situación en la que el joven la abrazó desde atrás tomándola de los senos.

Luego de lo manifestado por el joven, Sandra López le comentó lo sucedido al padre del menor.

Juan Carlos Gallo, también prestó declaración en el debate y manifestó que a raíz de los dichos de López mantuvo varias conversaciones con su hijo quien le relató lo sucedido en similares términos a los que le transmitiera su pareja.

Ahora bien, el reclamo defensorista en cuanto expone que la declaración del padre del menor carece de objetividad porque tenía interés en que la imputada fuera condenada, resulta solo una afirmación dogmática ya que más allá de ello, Juan Carlos Gallo sostuvo que dicha circunstancia no le impediría decir la verdad –v. fs. 64 legajo casatorio-.

Atendiendo dichos aspectos, vale referenciar que mediante la deposición de Juan Carlos Gallo el Tribunal no solo valoró lo conteste de su relato con los datos por su actual pareja y por su hijo sino que también conoció las diversas acciones tomadas para que su hijo recibiera la asistencia y contención necesarias. En este derrotero fue que

hasta tanto dieran con algún terapeuta, el menor compartió varias charlas con una conocida de la familia, Claudia Pérez, a quien la describieron como una persona que tenía mucha llegada con los jóvenes en general-.

En el debate declaró Claudia Pérez manifestando las diversas circunstancias que el joven le reveló en sus charlas, entre ellas que había tenido una relación con la novia del padre así como también el pasaje vivido con su madre, puntualmente lo vinculado a la conducta juzgada.

Corresponde aquí destacar las apreciaciones formuladas por esta testigo, quien refirió que el *“chico tenía mucha culpa. Veía al papá como un amigo; se tenía que sacar de encima eso de ser el hombre de la casa”* –v. fs. 76 legajo casación- y recomendó a su padre que urgiera los trámites para que el joven iniciara tratamiento psicológico.

Contrariamente a lo expuesto por la recurrente, entiendo que la circunstancia de que una allegada a la familia – en el caso Claudia Pérez- haya logrado rápidamente la confianza del joven para que éste le revelara las situaciones vividas y que lo perturbaban, frente a la situación relatada por la terapeuta que sostuvo que recién después de varias sesiones logró que el joven se abriera y le relatara las vivencias vinculadas al hecho juzgado, claramente son pautas que dan cuenta y develan la falta de co-construcción del relato, idea sobre la que la defensa construye gran parte de su reclamo.

En la audiencia también fue escuchada la terapeuta de la víctima, quien dio cuenta de los diversos hechos relatados por M. G. en los que volvió a referir las acciones con connotación sexual en las que involucraba a la madre.

Cabe aquí detenerse en la crítica que realiza la defensa de este testimonio argumentando en orden al rol que les cabe a los terapeutas en general, dejando traslucir que la Licenciada Toundaian habría influido en el relato del joven y sumado a la co- construcción del relato.

Corresponde apuntar que la defensa no explica en el

remedio traído las probanzas sobre las que basa su afirmación, nada dice en torno a cómo fue que la terapeuta influyó en el relato del joven, limitándose nuevamente la agraviodicente en realizar una exposición de orden dogmático, afirmando que ello ocurrió mas sin señalar ninguna particularidad probatoria que acredite los términos del reclamo.

También critica la defensa los dichos de la Licenciada Toundaian, indicando que ésta no expuso las consideraciones sobre las que basó su conclusión para reputar creíble el testimonio del menor. Aquí solo cabe apuntar que la testigo de mención no declaró en carácter de perito sino que lo hizo -como bien lo señala la defensa- en su rol de terapeuta del joven, por ello siendo esa la relación que los enlaza se impone una valoración diferenciada de esta prueba con la brindada por los peritos, en nada equiparables. Claramente la intervención de cada uno de los profesionales es diferente –terapeuta y perito-; consecuentemente, la valoración de sus dichos merece también un tratamiento distinto, circunstancias ellas que surgen palmarias de la sentencia.

Ahora bien, siguiendo con el análisis de la credibilidad de la testimonial del menor G., digo que no encuentro absurdo ni arbitrariedad en la valoración formulada por el “*a quo*”, quien además de las declaraciones antes referidas que replican los dichos del joven, apreció también la declaración dada por el menor.

En este derrotero el Tribunal sostuvo que sus dichos eran creíbles, argumentando que para tal conclusión apreciaron las actitudes del menor al tiempo de declarar, tales como su nerviosismo, la manera en la que se movía y los quiebres en su descripción, no habiendo relevado circunstancia alguna que denotara su contaminación y/o mendacidad.

Junto a la prueba antes analizada, el Tribunal también valoró las conclusiones de la perito Licenciada en Psicología Do Curral, quien tampoco dudó acerca de la veracidad del relato del menor y la consistencia del mismo, dando cuenta en su declaración de las consideraciones apreciadas y sobre las que basó su conclusión.

En este mismo orden el “*a quo*” valoró las evaluaciones realizadas por los profesionales -Ricardo Castiarena, médico psiquiatra y María José Ferletic Vigiare, licenciada en psicología- que intervinieron en el marco de las actuaciones iniciadas en el fuero de Familia –actuaciones ingresadas por su lectura al debate- quienes luego de entrevistar a M. G. expusieron que el relato dado se figuraba veraz.

Por dichas razones coincido con la decisión del Tribunal en cuanto sostiene que no se advierte la contaminación ni la construcción del relato del menor, en tanto que los diferentes interlocutores que lo escucharon dieron cuenta de sus dichos, que en lo neurálgico siempre narra los mismos hechos.

Además de lo expuesto, vale señalar que el Tribunal analizó la hipótesis defensiva, la que se basó en los dichos de la encartada y la testigo Carina Vanesa Alderete, quienes si bien negaron las conductas de índole sexual que las vincularían con el joven G., confirmaron sí todas las cuestiones periféricas del relato –tales como la situación que involucra a su hermano menor y la de la hija de cinco años de la señora Alderete-.

En este punto, y respecto a los cuestionamientos apuntados por la defensa, claramente el joven expuso que las acciones desplegadas por su madre se llevaban a cabo en horas de la noche, cuando su padre no estaba, por ello resulta lógico que Gallo desconociera las situaciones a las que fuera sometido su hijo.

No resulta cierta la aseveración de la defensa en cuanto expone que el Tribunal nada dijo respecto al consumo de pornografía en la casa; véase que el “*a quo*” apuntó que conforme el relato de Carina Alderete, se acreditó que Juan Carlos Gallo consumía pornografía, mas ello no tiene vinculación con la conducta del joven en tanto que nada se estableció en torno a que la compartiera o se lo permitiera a su hijo.

Tampoco le asiste razón a la defensa en cuanto expone que al no tener control la víctima sobre lo que veía en la computadora, le era accesible el consumo de pornografía, siendo ello la causa directa de su alta

erotización. Vale aquí indicar que de las testimoniales recabadas nadie dio cuenta de que el mismo consumiera pornografía –no así su padre- por lo que sus argumentos no encuentran sustento probatorio que la acompañe. Además, cabe aquí traer a consideración los lapidarios dichos de la víctima que indicó que “empezó todo” a partir del episodio de la ducha vivido con su madre, refiriéndose con ello a su incontrolable actuar sexual.

Por lo demás, cabe indicar que de la lectura del fallo surgen contundentes los motivos por los cuales los sentenciantes descreyeron de los dichos de Rodríguez y Alderete, no vislumbrándose en los mismos arbitrariedad y absurdo.

Siguiendo con el análisis, vale señalar que resulta cierta la afirmación de la defensa en cuanto sostiene que dentro de las conclusiones de la pericia psicológica que se le practicara a su asistida no se informaron características en su personalidad que indiquen que pudo llevar a cabo la conducta reprochada. También son correctos los argumentos del Tribunal en cuanto exponen que no se pidió a los expertos que se expidan respecto a particularidades que involucran la esfera sexual. Por ello, apreciando el cuestionamiento, vale señalar que no se presenta inexorable la conclusión pretendida por la recurrente en tanto que la falta de información apuntada por la defensa pudo ser multifactorial.

Me explico, los referidos rasgos bien pudieron no haber surgido –como lo expone la defensa-, o pudieron haber surgido y no estar plasmado en el informe en tanto que no era un punto sobre el cual los peritos debían expedirse, o quizás ni siquiera fueron evaluados; por ello, tal como lo deja entrever el Tribunal, los términos del reclamo no tienen la contundencia que le otorga la recurrente revelándose apropiados los términos de lo expuesto por el “a quo”.

Tampoco acompaña a la defensa en cuanto expone que el relato del joven resulta singular y sugestivo, ello así en tanto que el resultado de una valoración conglobada de la prueba no amerita tal conclusión.

Véase que el tribunal dio cuenta de la conducta altamente erotizada del joven M. G., descripciones que no solo se desprendieron de su relato, sino que se vieron reportadas por otros de los testigos escuchados en el debate e incluso por la imputada. En ellas se narraron circunstancias de índole sexual que involucraron a su hermano Marcos, otras en la que se incluye a Carina Alderete y a su hija, así como los dichos de Sandra López en cuanto a los comportamientos de M. hacia ella, entre los que expuso la directa propuesta que le hiciera para “estar con ella” y otras actitudes que, si bien en un principio le llamaron la atención, luego de conocidas las vivencias del menor, les otorgó la connotación sexual que escondían.

Por lo expuesto, con base en el marco probatorio apreciado, no se vislumbra la sugestión ni singularidad alegada.

Sentado lo anterior, y a modo de conclusión, vale referenciar que el “a quo” expuso las razones que lo llevaron a decidir en la forma en que lo hizo, dando respuesta a todas las cuestiones invocadas por la defensa, sin que se advierta que haya incurrido en afirmaciones absurdas o arbitrarias al tener por acreditada tanto la reconstrucción histórica de los hechos en los términos propuestos, como la autoría de la imputada.

VI.- No acuerdo con la defensa en su agravio en cuanto a que no corresponde la calificación asignada en los términos del artículo 119 tercer párrafo en función del cuarto, incisos b y f del Código Penal.

Sus reclamos están dirigidos a cuestionar que una mujer no puede cometer “acceso carnal”, y en ese entendimiento sostiene que la conducta imputada debe calificarse en los términos del artículo 119 párrafo segundo, en función del cuarto incisos b y f del Código Penal –abuso sexual gravemente ultrajante agravado-.

No es acertado el razonamiento expuesto por la defensa; véase que la conducta imputada se ciñe perfectamente a la prevista por el artículo 119 inciso tercero del Código Penal.

En lo que respecta a la normativa que incumbe al acceso

carnal, cabe indicar que por vía hermenéutica no se vislumbran elementos que diferencien los sujetos activos –hombre y/o mujer- de esa conducta, no presentándose ninguna resistencia semántica en la referida fórmula legal.

Párrafo aparte, aquí resulta oportuno recordar que no es función de la jurisdicción diferenciar donde la norma no lo hace.

En su análisis la defensa pone el foco de su reclamo afirmando que la conducta típica contemplada es la de *acceder carnalmente*, cuando claramente se desprende de la norma que la conducta es la de abusar sexualmente existiendo o mediando acceso carnal por cualquier vía, tal como ocurrió en el caso.

También yerra la defensa en su análisis cuando expone que el delito imputado es de los llamados de propia mano, por lo que solo podría desarrollarla el sujeto que penetra en la vagina, ano o boca. Si bien válidamente puede sostenerse que la conducta de abusar sexualmente exige la ejecución por mano propia, ello no modifica en modo alguno la posibilidad de aplicar al caso la figura elegida, pues claramente para realizar la conducta la imputada usó su cuerpo.

Junto a lo dicho, corresponde traer a colación que la expresión “hubiere acceso carnal” no atiende a quien realiza activamente la función penetradora, sino que se entiende como aquel acto de haber accedido carnalmente a alguna de las cavidades señaladas por la norma –vagina, ano o boca-.

En razón de lo expuesto, no resulta relevante quién realiza activamente la penetración, sino que lo importante es que el pene se encuentre en alguna de las cavidades mencionadas.

Además, entiendo atinado remarcar que en general las conductas típicas adscriben responsabilidad por un determinado comportamiento, siendo ello más que una pura descripción. En consecuencia, la ley penal no castiga a quien desde una perspectiva puramente naturalística cause la actividad penetradora, sino que sanciona el comportamiento dirigido a la realización de la cópula, resultando irrelevante

por cierto si el sujeto activo es quien accede o el que es accedido carnalmente.

Por lo expuesto considero subestimada la mirada de que solo el varón puede “acceder carnalmente”, en tanto que ello no compatibiliza con la legislación penal, así como tampoco la normativa internacional vigente, en lo que respecta a la igualdad de las personas.

A modo de conclusión, insisto con que la calificación endilgada resulta correcta, en tanto que encaja perfectamente en el aspecto subjetivo como objetivo de la conducta atribuida a la encartada.

Discrepo también con los argumentos presentados por la recurrente en relación a la aplicación del artículo 125 del Código Penal.

Si bien cabe aceptar que no todos los actos de abuso sexual necesariamente reúnen los requisitos del tipo previsto en el artículo 125 del Código Penal, cierto es que lo contrario nos llevaría a aseverar que las diversas formas de abuso sexual inevitablemente llevarían incurso la corrupción.

Primeramente, se debe aclarar que la corrupción de menores es un delito formal de peligro, en el que el ilícito se consuma con la sola realización de los actos objetivamente idóneos para depravar.

A los fines de determinar la tipicidad del artículo 125 no importa que el sujeto pasivo no se corrompa, es suficiente el peligro de que ello suceda (Creus, Carlos - Buompadre, Jorge Eduardo, “Derecho Penal. Parte Especial”, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 227).

Ahora bien, atendiendo las conductas probadas, entiendo correctamente apreciadas por los sentenciantes que las acciones desplegadas por Rodríguez han sido objetivamente idóneas para corromper la sexualidad del menor; no debiendo olvidarse que el delito bajo análisis tiende a tutelar el sano crecimiento sexual y castigar como corrupción los actos que ponen en peligro dicho desarrollo.

Aparece acreditada la conducta de corrupción imputada la que no solo fue prematura sino también reiterada. Así lo entendió el

Tribunal cuando apreció la forma en que la madre efectuó los tocamientos a su hijo de once años, sumado ello a la incitación a que éste la acceda carnalmente –lo que en definitiva sucedió-, cumplen las condiciones precitadas. A lo que además cabe añadir las acciones de naturaleza sexual desplegada por la encartada al exponerse en otras ocasiones desnuda frente al niño, realizándole además actos masturbatorios por lo que la crítica traída carece de asidero.

Abundando sobre el punto vale señalar que la figura en cuestión reprime la influencia o interferencia negativa en el libre crecimiento sexual de las personas mediante la realización de prácticas sexuales que tengan capacidad para pervertir o depravar sexualmente a la víctima, conducta claramente asumida por Rodríguez si estamos a las acciones por ella desarrolladas al victimizar al niño, tal como aparece descrito y probado el Tribunal.

Es más, tanto afectó la salud sexual que el niño manifestó comportamientos sexuales con otra mujer del padre, además de haberle succionado el pene a su hermanito e intentar abusar sexualmente de la hija de una pareja de su padre.

VII.- Por último, y en lo que respecta a la medida de la pena, no encuentro, que la condena a catorce años de prisión, en función de la escala aplicable (artículos 40, 41, 119 párrafos 3º apartado b) y f); 125 párrafos segundo y tercero del Código Penal), con fundamento en las circunstancias del caso, constituya la imposición de una pena desproporcionada como pretende el impugnante.

La recurrente funda su agravio en el entendimiento de que el punto de partida para individualizar la sanción debe ser el mínimo legal posible, y en el caso al no haberse valorado circunstancias agravantes, el Tribunal debió fijar la pena en el mínimo del concurso establecido.

Al respecto resulta atinado recordar que los artículos 40 y 41 del Código Penal no establecen un sistema de sumas y restas de cantidades fijas de pena, ni determinan por dónde debe ingresarse a la

escala penal. Es más, en este sentido cabe traer a colación lo expuesto por la SCJBA cuando sostiene que ni siquiera la inexistencia de agravantes y la concurrencia de atenuantes -como en el caso la condición de primaria-, implica de por sí la necesidad legal de imponer el mínimo de la pena contemplada para el delito respectivo.

En consecuencia, la exposición de la opinión de la defensa solo aparece contraria a la del “a quo”, sin implicar ello violación legal alguna que pueda provocar el control en esta Sede (artículo 448 “a contrario” del Código Procesal Penal).

En razón de lo antes expuesto, entiendo que los sentenciantes no incurrieron en una valoración absurda o arbitraria de los elementos de juicio recabados, por el contrario realizaron una prolija reconstrucción de lo acontecido, estructurado en un razonamiento consistente y sin fisuras exhibiendo una motivación adecuada al temperamento adoptado, por lo que la decisión jurisdiccional permanece incólume, correspondiendo en consecuencia, rechazar el recurso interpuesto a favor de Marisa Noemí Rodríguez, con costas (artículos 18 y 75 inciso 22° de la Constitución Nacional, 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 12, 19, 29 inciso tercero, 40, 41, 54, 119, tercer párrafo, en función del cuarto inciso b) y f); y 125 apartados segundo y tercero del Código Penal; 210, 448, 451, 454, 456 y 459 del Código Procesal Penal).

En su mérito, a esta primera cuestión VOTO POR LA NEGATIVA.

A la primera cuestión el señor juez doctor Carral dijo:

Abro respetuosa disidencia parcial respecto del sufragio del distinguido colega que lidera el acuerdo, doctor Borinsky.

I.- En lo que interesa destacar, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires hizo lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la defensa, revocó la sentencia impugnada y remitió las actuaciones a este Tribunal de Casación para que

–integrado por jueces hábiles- asuma la debida revisión de la sentencia de condena.

Al justificar su decisión, observó que la sentencia intermedia no había agotado la capacidad de revisión de la condena, si se confrontaban los agravios que le fueron sometidos en el recurso de casación, con los efectivamente abordados.

En especial, cuestionó el abordaje que hicieron los jueces de la Sala IV sobre la declaración del menor, al aseverar que cumplía con las condiciones exigibles para formar convicción, a pesar de la singularidad del testimonio.

Consideró, en definitiva, que la revisión fue limitada y “no reparó en otras de las objeciones de la defensa (...) especialmente, no brindó respuesta alguna a la circunstancia en la que hizo hincapié el recurrente acerca de la peculiaridad de que el niño hubiera sido abusado en el curso de un año tanto por su madre como por la siguiente pareja de su padre, (Carina Alderete), lo que pondría en tela de juicio su credibilidad con relación a la imputación de su progenitora” (fs. 258).

II. La totalidad de los planteos de la defensa se encuentran reseñados en el voto que antecede.

En lo esencial, plantea que se afectó el derecho de defensa de su asistida, en tanto esa parte no pudo contra-examinar a M.A.G. en el juicio oral.

Por similares fundamentos, también cuestiona la incorporación por lectura y la valoración de los informes practicados por ante el fuero de familia.

Luego, controvierte el razonamiento seguido por el tribunal de la instancia al valorar el testimonio del niño y formar su convicción, frente a los argumentos que planteó esa parte y que –a su juicio- refutaban la hipótesis de la acusación.

Por último y en subsidio, cuestionó la calificación legal de los hechos imputados a Marisa Rodríguez, como la pena que se le

impuso.

III. A un lado las consideraciones que haré en el apartado que sigue, coincido con el parecer expuesto por mi colega preopinante en cuanto rechaza los agravios donde se denuncia transgresión de la defensa en juicio de la encartada, con sustento en la falta de contralor –en el juicio oral- de evidencia utilizada para condenar a Marisa Rodríguez.

IV. Sin embargo, disiento en la solución que propone mi distinguido colega al agravio principal que invoca la parte, donde cuestiona la acreditación del hecho material imputado a su asistida, señalando que se imponían múltiples razones para su absolución. En ese marco, alega:

Que su defendida negó rotundamente los hechos que se le imputaban, pero el tribunal de la instancia dio crédito a lo declarado por el progenitor de M.A.G., quien admitió que quería ver condenada a Marisa Rodríguez.

Agrega que el denunciante admitió que nunca presenció conductas abusivas como las que se le imputaron a Marisa Rodríguez. Que tampoco lo hicieron el resto de los testigos convocados al debate, en tanto ninguno dijo haber observado alguna conducta de contenido sexual inadecuado por parte de la mujer y, a pesar de ello, se tuvo por cierto que la madre se paseó desnuda frente a su hijo de once años, lo masturbó, le exhibió películas pornográficas y que se hizo acceder por él vía anal.

Que Carina Alderete –ex pareja del padre de M.A.G- declaró en el juicio que en el domicilio se consumía mucha pornografía y que el niño tenía libre acceso a la computadora en la que su progenitor miraba películas con ese contenido.

Que ese hecho fue introducido por esa parte como posible explicación de la alta erotización que presentaba el niño y no, como lo sostuvo el tribunal, que la atribuyó al acceso carnal que se imputó a su madre.

Que Carina Alderete no solo dio cuenta del consumo de pornografía por parte del niño, sino que encontró a M.A.G. masturbándose

frente a su hija de cuatro años de edad.

Que incluso el niño declaró en Cámara Gesell que había tenido una relación sexual con Carina Alderete, concluyendo el defensor que su relato no fue creíble al afirmar que en el término de un año calendario fue abusado por su madre biológica y por la novia de su padre, y que el tribunal de la instancia no dio ninguna respuesta a sus planteos en este punto.

Agregó que frente a preguntas que se le formularon a M.A.G. en la Cámara Gesell, aseguró que no existieron otros episodios con su madre, salvo el acceso vía anal y que él mismo manifestó que siempre contaba los hechos de “distinta forma”, circunstancia que relativiza la afirmación de la terapeuta Toundaian cuando dijo que le creyó al niño por la “persistencia en el relato”.

Alegó que tampoco tuvo adecuada respuesta el planteo que realizó sobre la posible contaminación del relato de M.A.G., quien previo a cualquier contacto con un profesional, estuvo sometido a múltiples conversaciones pautadas con Claudia Pérez, por el hecho de tener “buena llegada con los pibes” pero sin ningún conocimiento en psicología o preparación alguna para abordar el caso.

Agregó que la psicóloga Toundaian no es especialista en maltrato o abuso sexual infantil y no explicó las técnicas que utilizó para llegar a sus conclusiones y que el tribunal incurrió en arbitrariedad al valorar el testimonio de Toundaian y el de la psicóloga Do Curral para atribuir la alta erotización de M.A.G. a las conductas de su madre.

Recordó que el peritaje psicológico que se practicó a Marisa Rodríguez no arrojó ningún indicador que permita inferir que haya llevado a cabo conductas como la imputada y que ese aspecto no tuvo la atención que merecía en el razonamiento del tribunal.

En definitiva, afirma que la evidencia disponible en el caso era insuficiente para comprobar la hipótesis de la acusación y que el tribunal arribó a un veredicto condenatorio inobservando lo dispuesto en el art. 1 del CPP, por lo que solicita se case el fallo recurrido y se absuelva a su

asistida en orden al delito imputado.

V. Del análisis probatorio realizado por el tribunal se desprende que el relato de M.A.G. fue la pieza esencial de la prueba de cargo, pues desde allí se edificó la imputación que el a quo consideró respaldada en otros datos de carácter indirecto.

En efecto, el principal elemento de cargo sobre el que el tribunal hace descansar la autoría de Marisa Rodríguez, no es otro que la declaración de su hijo M.A.G. Su suficiencia como prueba incriminatoria estaría avalada, según los jueces de instancia, por elementos corroboradores. De una parte, los testimonios de referencia de Juan Carlos Gallo, Sandra López y Claudia Pérez. En segundo lugar, los testimonios de las psicólogas Do Curral y Toundarian, que declararon en la audiencia de juicio, corroborados a su vez por los informes periciales del fuero de familia.

VI. Del otro lado, observo que la defensa concurrió al juicio oral manteniendo una hipótesis alternativa a la de la acusación, donde brindó una posible explicación a la conducta sexualizada que presentó el niño, invocando que su desarrollo fue interferido por el consumo de películas pornográficas, a las que tenía acceso irrestricto en el hogar de su padre, cuando contaba con once años de edad.

También dio una explicación a las manifestaciones de M.A.G. y alegó que en el marco de aquella situación, de precoz y alta exacerbación erótica hacia la figura femenina, fue sometido a un abordaje inductivo y persistente por parte de Claudia Pérez -amiga de la pareja del progenitor de M.A.G.-, a quien acudieron por tener una “buena llegada con los chicos”, pero sin poseer ningún estudio vinculado a la psicología o al abuso sexual infantil, quien –en definitiva– condicionó su relato.

VII. En reiteradas ocasiones afirmé que la cuestión relativa a que la prueba de signo acusatorio se construya a partir de un único elemento de calidad no se traduce en un obstáculo para arribar a una condena, en tanto no disminuya la capacidad de alcanzar el grado de convicción necesario. En rigor, el sistema de valoración probatoria que rige

en nuestro ordenamiento lo permite (arts. 209 y 210, CPP).

Sin embargo, ello no significa que la libertad de valoración esté libre de reglas que la rigen, en tanto la sana crítica exige un razonamiento que ofrezca una explicación plausible, coherente, ausente de contradicciones y en línea con los postulados de la ciencia, la psicología y la experiencia general.

Desde este enfoque se han sostenido pautas necesarias que el testimonio debe reunir para dotarlo de credibilidad como prueba de cargo: 1) *ausencia de incredibilidad subjetiva, es decir, la ausencia de circunstancias que pongan de relieve un posible móvil espurio, de resentimiento o venganza que pueda enturbiar su sinceridad;* 2) *verosimilitud en el relato, es decir, constatación de corroboraciones periféricas de carácter objetivo;* 3) *persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones (Cfr. Doctrina del Superior Tribunal Español STS 1029/1997).*

VIII. Sin embargo, de la evidencia disponible en el caso surgen una serie de proposiciones fácticas que inciden en la integridad y verosimilitud del testimonio de M.A.G. que, debidamente apreciadas, debieron haber desembocado en la absolución de la acusada.

En ese sentido, la imposibilidad de confirmar los parámetros de credibilidad a los que aludiera, afecta, no a un elemento probatorio colateral, llamado a complementar o reforzar otros elementos de prueba, sino a la principal fuente de prueba sobre la que se ha justificado la responsabilidad de la imputada.

En efecto, la lectura detenida de la sentencia de la instancia impide, en el ejercicio de la función casacional que incumbe cuando se alega la vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, prescindir del alegato defensivo del recurrente.

Nótese cómo valora el propio tribunal la integridad del testimonio de M.A.G. por un lado, descarta las objeciones de la parte al

ponderar que haber contado sus padecimientos en varias ocasiones antes de declarar en el proceso, no era síntoma de una posible contaminación, sino de su veracidad, pues el relato del niño “fue siempre el mismo en lo central y neurálgico” (fs. 78).

Sin embargo, de la reiteración del testimonio a sus interlocutores se aprecian fisuras y contradicciones, que impiden confirmar la nota de persistencia en la inculpación que el tribunal dio por acreditada.

En efecto, Sandra López relató la revelación que le hizo M.A.G. cuando le contó que “tuvo relaciones sexuales con Carina [anterior novia de Juan Carlos Gallo] y que tenía miedo de contarlo por la reacción de su padre” (fs. 75/vta).

Conforme se destaca en la sentencia, Juan Carlos Gallo, progenitor de M.A.G., relató “una historia de abusos, cuya trama ventila la práctica de relaciones sexuales entre madre e hijo que transcurre a lo largo del tiempo y que van desde la frecuente exposición desnuda frente al menor, pasando por los manoseos genitales hasta la relación coital” (fs. 74vta).

En especial, Juan Carlos Gallo declaró que su hijo le relató tres episodios con su madre: “el primero en mi casa, en la ducha, cuando me había ido a trabajar lo invitó a ducharse con ella, le manoseo los genitales y así tuvieron la relación sexual; la segunda vez ocurrió en la casa de la calle Patagones y la tercera en la peluquería, una vez que se quedaron a pasar la noche allí, donde vieron películas pornográficas y lo masturbó” (fs. 74vta).

El episodio de la peluquería también fue relatado a la terapeuta Tourdaian (fs. 77).

Por su parte, al declarar en la Cámara Gesell, M.A.G. describió un episodio acontecido en la ducha de la casa donde vivía con sus padres, donde accedió carnalmente vía anal a su mamá, cuando tenía 11 años de edad.

El tribunal destacó que hubo “más referencias” en el testimonio del niño sobre la conducta de su madre, aunque, en este punto,

en el fallo solo destaca que M.A.G. agregó “lo que ella hacía era depilarse las partes íntimas en mi casa, a vista de todos” y que él se excitaba con su madre (fs. 76vta).

Insistiendo, frente al planteo de la parte, en que M.A.G. no relató un hecho aislado sino “una larga cadena de sucesos que se concatena[ron] unos a otros”, el *a quo* ponderó que, del informe del Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos del Niño de Morón, surgía que M.A.G. “había sido víctima de abuso sexual por parte de su madre. Relata diferentes escenas en las que habría sido violentado desde sus 5 años de edad” (fs. 76vta); agregando el tribunal que no era casual, en ese contexto, “la promiscuidad del cuarto de baño”, según el relato del niño “abierto, sin puerta, que se podía ver para adentro mientras se bañaba” (fs. 76vta).

Observo en el análisis de los jueces de la instancia anterior un esfuerzo argumental para acreditar “una historia de abusos” que no se corresponde con lo declarado por el niño, pues las consideraciones habitacionales que realiza el *a quo* no permitan construir un indicio de cargo en contra de la imputada, menos aun cuando en el domicilio también habitaba el progenitor de M.A.G y nada inapropiado observó al respecto.

Luego, la información que refleja el informe del Servicio Local -que cita el tribunal- ciertamente no coincide con lo declarado por M.A.G. en la Cámara Gesell, ni a ninguno de sus interlocutores que fueron convocados al juicio oral.

En definitiva, el examen de la prueba analizada en el fallo permite verificar que M.A.G. describió conductas de contenido sexual cualitativamente diferentes a cada interlocutor y también abarcó distintos periodos temporales, lo que evidencia la falta de solidez de la línea argumental del tribunal cuando, para valorar su credibilidad, afirmó que mantuvo su relato “en lo central y neurálgico” (fs. 78).

Es cierto que un testigo podría reflejar una firmeza absoluta en la narración de elementos nucleares sobre los que se asienta el

juicio de tipicidad y no producirse con verdad en otros aspectos periféricos o accidentales, pues la credibilidad admite grados. La existencia de contradicciones en la narración del testigo, por sí sola, no neutraliza en todos los casos su valor como prueba de cargo.

Sin embargo, lo decisivo es que, si está cuestionada su credibilidad, la duda no se extienda y afecte a la prueba misma de la acción típica que está siendo imputada y ese caso debe alertar al órgano decisorio, frente al riesgo de encontrarse en el terreno de la insuficiencia probatoria.

En efecto, dijimos que para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima se han establecido ciertas notas o parámetros que coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre.

IX. Considero pertinente destacar en este punto las condiciones en que se hallaba el niño al iniciar el tratamiento psicológico, según lo recordó la terapeuta Tourdaian: dijo que M.A.G. tenía dificultades para elaborar pensamientos ordenados “lleg[ó] con invasión de pensamientos eróticos, loco”, y sobre el rol de sus progenitores afirmó que “había en él una gran confusión” (fs. 77).

Lo anterior cobra relevancia frente a la hipótesis alternativa de la defensa, cuando expuso que en la época en que Carina Alderete era novia de Juan Carlos Gallo, M.A.G. tenía acceso irrestricto a material pornográfico, circunstancia que sumada a la corta edad del niño –por entonces de once años-, podría haber incidido en el normal desarrollo de su sexualidad.

En efecto, es sabido que el sano crecimiento sexual de una persona en formación –como es el caso de los menores-, puede verse influenciado o interferido negativamente mediante la exposición prematura y excesiva a actos de contenido sexual –como el exhibido en las películas pornográficas-, en tanto pueden despertar en el niño instintos sexuales

precoces y desmesurados.

Observo que la premisa de la que parte el razonamiento del defensor fue acreditada por el tribunal, cuando expuso “supimos que el menor miraba pornografía desde una computadora a la que tenía acceso irrestringido conforme el testimonio de Carina Alderete” (fs. 79vta/80), y no viene controvertido que cuando Alderete convivió con Gallo, M.A.G. tenía once años de edad.

También se conoció en el debate que, cuando tenía once años, M.A.G. intentó acceder carnalmente vía vaginal a la hija de Carina Alderete, de cuatro años, circunstancia que no logró, por lo que se masturbó sobre ella; y que el niño, en una oportunidad, le succionó el pene a su hermano menor.

Sin embargo, frente a la posición de la parte, los jueces de la instancia anterior concluyeron que la imputada sometió a M.A.G. a “prácticas sexuales perversas” y que fue la relación sexual que tuvo con su madre la que “sin lugar a dudas exacerbó su sexualidad [y] lo llevó con distinto éxito a abordar a la pareja de su padre, a la hija de ésta de cuatro años y sodomizar a su hermano menor...” (fs. 78vta).

A tales fines, el *a quo* consideró especialmente los testimonios de las psicólogas Tourdaian y Do Corral, cuando otorgaron veracidad al relato de M.A.G. y destacaron las consecuencias del incesto.

Ya vimos la descripción que hizo Tourdaian sobre el estado del niño cuando comenzó el tratamiento terapéutico. También destacó que los tratamientos que atendía en el Centro, por lo general, demandaban entre tres y cuatro meses, mientras el de M.A.G. fue superior a tres años y le permitió “develar la distorsión del vínculo entre madre-hijo que primaba en el menor” (fs. 77), agregando “los pensamientos que lo trastornaban eran claramente prohibidos para él”, explicando que se excitaba con su madre y se masturbaba en forma recurrente (fs. 77vta).

Sobre los abusos sexuales que M.A.G. le contó, Tourdaian declaró “creo en su relato, me parece que es verídico, cuenta

detalles, distintas situaciones, no hay inconsistencias, lo sostuvo a lo largo de tres años; en fin, no tengo por qué desconfiar” (fs. 77).

Cabe destacar las diferencias existentes entre un peritaje y un tratamiento terapéutico, pues el psicólogo en su función terapéutica da por sentada la existencia del trauma narrado por quien asiste a la consulta, lo cual resulta propio del tratamiento a otorgar. Esa circunstancia no invalida su declaración en el juicio.

Sin embargo, la crítica efectuada por el recurrente sobre las conclusiones de Toundaian merece ser considerada, pues la profesional no describió ningún procedimiento de análisis o método de validación del testimonio de M.A.G., sino que insistió en la persistencia de su relato, pauta que –como vimos-, confrontada con el resto del cuadro probatorio disponible, puede ser refutada.

Similar señalamiento cabe efectuar sobre las conclusiones de la perito Do Curral, que intervino en la Cámara Gesell donde M.A.G. declaró, pues -según lo describió el *a quo*- para la profesional “tampoco hubo dudas acerca de la veracidad del relato del menor y la consistencia del mismo fue, para ella también, su característica principal” (fs. 77/vta). Luego, la perito agregó que el niño sentía ganas de tener sexo todo el día y que la erotización no lo dejaba ni dormir.

Los testimonios de Toundaian y Do Curral ciertamente dan cuenta del alto nivel de erotización que presentaba M.A.G.-extremo no controvertido-, pero no permiten establecer, con la certeza que lo hace el tribunal y frente al resto del cuadro probatorio disponible, que la causa de aquel estado haya radicado en uno de los accesos carnales que relató el niño, más específicamente el que atribuyó a su madre.

X. En este punto también cobra importancia otra de las circunstancias que invocó la parte -pues se vincula con la anterior-, cuando afirmó que el niño, en el marco de la exacerbación sexual de la que hablaron los testigos, fue sometido a un abordaje inductivo y persistente por una persona que no contaba con preparación alguna, lo que podría haber

incidido en la fiabilidad de la información así obtenida, más aún cuando el abuso sexual que imputó a su madre surgió, por primera vez, en el marco de esas entrevistas.

En efecto, conforme se destaca en el fallo, Sandra López (actual pareja del padre de M.A.G.) solicitó ayuda a una amiga, Claudia Pérez, una vez que el niño le reveló que había mantenido una relación sexual con Carina Alderete, antigua novia de Juan Carlos Gallo. Fundó su decisión en que “estaba segura que algo más estaba pasando” (fs. 75vta) y sabiendo que su amiga Pérez “tenía una excelente llegada con los chicos”.

Claudia Pérez corroboró las razones por las cuáles pensaron en ella para charlar con M.A.G., destacando “su afinidad con los chicos”. Recordó que comenzaron una serie de encuentros donde veía a M.A.G. “una vez por semana”. En lo que importa destacar, dijo que la primera semana le contó que tuvo una relación con la ex novia del padre y en el segundo encuentro que la madre lo había invitado a tener relaciones sexuales a los once años, a que “se lo haga por la cola” y agregó que hablaban de “eso” aproximadamente una hora o una hora y media cada vez que se juntaban y que “era un episodio diferente cada semana” (fs. 75vta).

Es sabida la importancia de que sea un profesional en psicología, con preparación y experiencia en la evaluación de casos de abuso sexual infantil, el que tome el primer contacto con el relato del niño que se sospecha víctima de aquella clase de delitos, no solo para reducir al mínimo los efectos negativos a los que podría verse sometido el menor frente a un incorrecto abordaje, sino para garantizar la obtención de la mayor cantidad de información posible, sin sesgar sus respuestas.

En ese sentido se orientan las reglas establecidas en el Protocolo de recepción de testimonio de víctimas/testigos niños, niñas y adolescentes en Cámara Gesell (aprobado por la SCJBA) y, en lo que aquí importa destacar, la que impone que no se le recibirá testimonio a un niño o niña sin evaluar previamente sus condiciones psico-afectivas y, especialmente, las que establecen que el niño o niña no debe ser sometido a

preguntas directas, incisivas, reiteradas o sesgadas, por el riesgo que encierran de llevar a respuestas inciertas; a la vez que imponen al evaluador “ser paciente, respetar pausas, silencios, evitar demostrar reacciones emocionales o proyección de significado” ante las descripciones del menor.

Es claro que “la afinidad o la buena llegada con los chicos” que acaso tenía Claudia Pérez no abastecía las exigencias necesarias para abordar una situación como la que se le planteó y, además, es razonable confirmar que sometió al niño a preguntas directas y reiteradas durante la multiplicidad de encuentros que tuvieron –violando todas las recomendaciones antes aludidas-, en atención a la gran cantidad de hechos que el menor contó en su presencia, si se contraponen con los resultados de la terapia de Tourdaian, circunstancia que –en definitiva- gravita en la validación posterior de su testimonio.

En efecto, Tourdaian declaró que “después de unas cuantas entrevistas [M.A.G.] logró hablar de su mamá, es decir, cuando armó un lazo transferencial” (fs. 76), lo que refuerza que Claudia Pérez interrogó al niño respecto de temas de contenido sexual.

Reitero en este punto las condiciones en que el niño llegó al tratamiento de Tourdaian, luego de transitar por las “charlas” con Pérez: con dificultades para elaborar pensamientos ordenados e invasión de pensamientos eróticos; por lo que no podría descartarse que el incorrecto abordaje al que fue sometido por Claudia Pérez terminara por generar o acentuar la marcada confusión que la psicóloga advirtió en M.A.G.

Como un dato más en contra de la hipótesis acusatoria, la defensa invocó los resultados de la pericia psicológica que se le practicó a la imputada –incorporada por lectura al debate-, donde no se describió ningún rasgo de su personalidad compatible con las conductas desadaptadas que se le imputaron. El tribunal rechazó la relevancia de aquel dato argumentando que aquella diligencia se practicó en el marco del incidente de excarcelación de Marisa Rodríguez y no se indicaron puntos de

pericia relativos a su esfera sexual.

Sin embargo, no cabe quitar toda relevancia a aquella información, en orden a los argumentos que invoca la parte, pues aún con la limitación del objeto de aquel peritaje, se observa que la evaluadora aplicó una multiplicidad de técnicas y tests (entrevista semi-dirigida, test de Bender, H.T.P., de Lüscher, entre otros), a la vez que tomó conocimiento del delito imputado a Rodríguez, como de la posición de la entrevistada al respecto y, en definitiva, sacó conclusiones sobre los rasgos de su personalidad (fs. 1/2vta); lo que demuestra que su labor no se desarrolló en un marco tan acotado que le haya impedido evidenciar cualquier indicador compatible con la imputación que se le hizo.

XI. Dicho esto, entiendo que la explicación de los jueces de la instancia anterior sobre el contenido del relato de M.A.G. habría exigido un razonamiento más detallado, en especial, al haber manifestado que fue víctima, en el lapso de un año y cuando contaba con once años de edad, de dos abusos sexuales con acceso carnal cometidos por mujeres distintas, que no tenían vinculación entre sí.

En efecto, la singularidad de ese dato, por lo inhabitual e infrecuente, debió llevar al tribunal a extremar el análisis de la eficacia probatoria del testimonio de M.A.G. Sin embargo, no mereció mayor atención.

Así, el tribunal dio por acreditada la hipótesis acusatoria con base en la declaración del niño, pero no reparó en la justificación externa de su razonamiento, pues frente a la inverosimilitud que planteó la defensa –con atendibles fundamentos-, no proporcionó buenas razones para seguir sosteniendo sus premisas.

Ya dije que si se cuestiona la credibilidad del testigo, lo decisivo es que la duda no se extienda y afecte a la prueba misma de la acción típica que está siendo imputada.

En el caso concreto, a las inconsistencias y singularidad del relato de M.A.G., se suman -como vimos- una serie de circunstancias

relevantes que afectan la fiabilidad de su relato como fuente de información y que impiden asignarle el rendimiento que el tribunal le otorgó como prueba de cargo.

En este sentido, no basta con que el juez se convenza de la efectiva realización de un hecho, sino que, además, debe justificar racionalmente esa convicción, de modo que excluya cualquier duda razonable acerca de su existencia. La convicción del juez debe ser un convencimiento justificado, con fundamentos que lo hagan aceptable para un tercero, lo cual presupone una cuidadosa explicación de los hechos que incluya la eliminación de las hipótesis alternativas invocadas.

En efecto, la seguridad de la convicción judicial, esto es, la eliminación de la duda razonable, está subordinada a que la hipótesis acusatoria –siendo internamente coherente- resulte del todo confirmada por las pruebas de la acusación y no sea desmentida por ninguna de las de la defensa (tomando en consideración las pertinentes al caso). Así prevalecerá la hipótesis que acoja armónicamente el mayor número de confirmaciones, que explique de manera satisfactoria el mayor número de datos probatorios relevantes sin dejar fuera ninguno fundamental y, al mismo tiempo, resista las contrapruebas que se le hayan opuesto (cfr. Andrés Ibañez, Perfecto, Prueba y convicción judicial en el proceso penal, Bs.As., Hammurabi 2009, pág. 93).

En el caso concreto, la hipótesis acusatoria no logra refutar -como plausible- la hipótesis explicativa que sobre los mismos datos dio la defensa y que aparecen compatibles con la inocencia de la imputada. En definitiva, el caso de la fiscalía no queda indemne frente a la evidencia que invoca la contraparte.

Recuerdo que, en términos de suficiencia de la prueba, la comprobación de la hipótesis acusatoria cuenta con un estándar de exigencia mayor que el de la hipótesis alternativa de la defensa –si se presenta en el juicio oral-, pues la acusación debe comprobar la culpabilidad más allá de toda duda razonable y solo así será adecuada para derribar la

presunción de inocencia que protege al imputado.

Por su parte, el principio *in dubio pro reo* no obliga a dudar, sino a absolver cuando valorada toda la evidencia persistan dudas de cierto peso cualitativo sobre la culpabilidad. Si, pese a ello, se condena, la decisión debe ser anulada.

Por ello, corresponde dejar sin efecto la sentencia recurrida y absolver a Marisa Rodríguez por los hechos imputados, pues el examen de la prueba valorada por el tribunal revela que ella es insuficiente para fundar una condena.

XII. En orden a las consideraciones formuladas, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto, casar la sentencia recurrida y, consecuentemente, absolver a Marisa Noemí Rodríguez en el presente proceso, sin costas (arts. 18 y 75 inc. 22 Const. nac, 8.2.h CADH; 14.5 PIDCP; arts. 54, 119 tercer párr. en función del cuarto párr., incisos b y f y 125 segundo y tercer párr. *a contrario sensu*, Cód. Penal; 106, 209, 210, 448, 451, 454, 456, 459, 460, 530 y 531 CPP) y a esta cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la primera cuestión el señor juez doctor Violini dijo:

Que adhiero al voto del doctor Carral, por sus fundamentos. ASÍ LO VOTO.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Borinsky dijo:

En atención al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente, por mayoría, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto, casar la sentencia recurrida y absolver a Marisa Noemí Rodríguez por el hecho de abuso sexual con acceso carnal agravado por la condición de ascendiente y corrupción de menores agravada por su calidad de ascendiente en concurso ideal por el que llegara condenada, sin costas y disponer su inmediata libertad, medida que hará efectiva el Tribunal a quo de no mediar impedimento legal alguno (artículos 18 y 75 inciso 22° de la

Constitución Nacional, 8.2.h CADH; 14.5 PIDCP; 54, 119 tercer párrafo en función del cuarto párrafo, incisos b y f y 125 tercer párrafo *a contrario sensu*, del Código Penal; 106, 209, 210, 448, 451, 454, 456, 459, 460, 463, 530 y 531 del Código Procesal Penal). ASÍ LO VOTO.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Carral dijo:

Que vota en igual sentido que el doctor Borinsky.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Violini dijo:

Que vota en igual sentido que el doctor Borinsky.

Con lo que no siendo para más se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente

SENTENCIA

I. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto.

II. CASAR la sentencia recurrida y ABSOLVER A MARISA NOEMÍ RODRÍGUEZ por el hecho de abuso sexual con acceso carnal agravado por la condición de ascendiente y corrupción de menores agravada por su calidad de ascendiente en concurso ideal por el que llegara condenada, sin costas.

Rigen los artículos 18 y 75 inciso 22° de la Constitución Nacional, 8.2.h CADH; 14.5 PIDCP; 54, 119 tercer párrafo en función del cuarto párrafo, incisos b y f y 125 tercer párrafo *a contrario sensu*, del Código Penal; 106, 209, 210, 448, 451, 454, 456, 459, 460, 530 y 531 del Código Procesal Penal.

III.- Disponer su inmediata libertad, medida que hará efectiva el Tribunal a quo de no mediar impedimento legal alguno (art. 463 del CPP).

Regístrese, notifíquese y remítase a origen.

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 28/07/2020 10:56:55 - BORINSKY Ricardo -

Funcionario Firmante: 28/07/2020 11:05:59 - VIOLINI Víctor Horacio -

Funcionario Firmante: 28/07/2020 11:14:00 - CARRAL Daniel Alfredo -

Funcionario Firmante: 28/07/2020 11:15:04 - OTHARÁN Olivia -

TRIBUNAL DE CASACION PENAL SALA IV - LA PLATA

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS