



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-136232-1

"Bersi, Daniela -Fiscal ante el Tribunal de Casación Penal- s/ Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley en causa N° 104.718 del Tribunal de Casación Penal, Sala I, seguida a C., E. M."

Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala I del Tribunal de Casación resolvió hacer lugar al recurso de su especialidad articulado por la defensa oficial de E. M. C., contra la sentencia dictada el 11 de marzo de 2020 por el Tribunal en lo Criminal n° 3 de Tres Arroyos, Departamento Judicial Bahía Blanca, a través de la cual se condenó a la nombrada a la pena de ocho (8) años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autora responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la condición de ministro de un culto reconocido o no, encargada de la guarda y por la convivencia preexistente (arts. 119 párr. 3 y 4 inciso "b" y "f" del Cód. Penal) y en ese sentido absolvió a la imputada (v. sent. de fecha 11/8/2021).

Frente a ello, la Fiscal Adjunta ante Casación dedujo recurso de inaplicabilidad de ley, que fue declarado admisible por la Sala mencionada (v. reso. de fecha 30/11/2021).

II. La recurrente denuncia arbitrariedad por apartamiento de las constancias de la causa, por falta de motivación y por apartamiento de la doctrina legal de esa Suprema Corte y de la Corte federal

en materia de valoración de la prueba en casos de abuso sexual infantil.

Ello así en tanto sostiene que la sentencia, mediando afirmaciones dogmáticas, resuelve absolver a la imputada a partir de un análisis parcializado y sesgado de las constancias de la causa.

Afirma que no se está ante una mirada divergente del material probatorio sino ante un defectuoso pronunciamiento absolutorio que compromete el debido proceso legal pues se concluyó la falta de acreditación del ilícito a partir de parcializar y fragmentar la prueba.

Postula que el tipo de delito involucrado requiere de un tratamiento con mayor flexibilidad en la apreciación de los elementos generadores de convicción puesto que de otro modo, se incumple con los estándares probatorios que recomienda la normativa convencional (Recomendación General N° 33 CEDAW y art. 7 inc. b de la Convención Belem do Pará).

Reitera que la sentencia realiza un recorte de los elementos probatorios, extrayendo solo pasajes que confirman su tesis absolutoria.

Con ese norte menciona el testimonio de la progenitora de la menor víctima, en tanto el Tribunal revisor desatiende aspectos mencionados en dicho relato, tales como el comportamiento que tenía la niña quien buscaba verla desnuda y se masturbaba, entre otras actitudes fuera de lo común.

Entonces, aduce que el revisor no tuvo en consideración las conductas sexualizadas de la menor, que sí fueron analizadas por el juzgador de mérito y que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-136232-1

fueron consideradas claramente impropias para la edad de la niña, y que además resultaban espontáneas y no surgían de ningún interrogatorio.

Suma a ello que la madre dijo que los restantes problemas de conducta y salud (desmayos, sollozos, problemas en la piel, dificultades para dormir, etc.) dejaron de suceder cuando se interrumpió el contacto con la denunciada.

Agrega que también resultó arbitrario el apartamiento -y análisis fragmentado- del testimonio y la labor de la Lic. M., testigo muy atacado por la defensa que le atribuyó poca experiencia, formación y subjetividad.

En relación a ello dice que resultó una afirmación dogmática y aventurada del casacionaista la mención de que el discurso de la víctima estaba contaminado, puesto que lo que efectivamente sucedió es que los familiares y profesionales procuraron la obtención de datos a fin de no precipitar una denuncia penal.

Critica las afirmaciones del *a quo* en torno a la actividad llevada a cabo por la psicóloga, pues no surge abiertamente que haya influido o inducido en el testimonio de la menor.

A continuación recuerda el testimonio de la Lic. Moreno (psicóloga del CTA departamental) quién manifestó que había indicadores compatibles con el abuso sexual y que fue una prueba legalmente incorporada a la causa y no fue impugnada.

Señala que las dos psicólogas actuantes en la causa advirtieron la posibilidad cierta de abuso y

que además otras constancias de la causa permiten alejarse del relato construido que sugiere el revisor, como por ejemplo que la menor hablaba espontáneamente del tema y que además apretaba las cosas cuando lo recordaba, a la vez que tampoco es cierto que las amigas de la madre hablaran de ello adelante de la niña pues ello no surge del acta de debate.

Menciona la valoración que dedica el Dr. Carral al testimonio de la amiga de la madre de la menor, T. A. D. l. C., el cual fue considerado valioso por el juzgador porque alertó a la madre de la niña acerca de lo que estaba pasando pero no más que eso, sin darle una preponderancia especial.

En otro orden y por último señala que se realizó un análisis fragmentado de las pruebas médicas pues el Dr. Ebbens siempre señaló que había signos de defloración del himen y que fue quién tuvo contacto en primer lugar con la menor, luego el informe del Dr. Di Rocco quien intervino como médico de la Asesoría Pericial puso en duda si la perforación era de origen cicatrizal o congénito pero no pudo concurrir al debate y en su lugar fue el Dr. Iraola quién no pudo dar conclusiones del caso particular por no haber tenido contacto con la menor.

Entonces la recurrente aduce que resulta arbitrario desconsiderar las conclusiones del Dr. Ebbens quién vio a la niña en primer lugar, fue al debate y es el único especialista en ginecología entre los mencionados.

Finalmente recuerda jurisprudencia y doctrina vinculada a la temática y hace reserva del caso federal.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-136232-1

III. Sostendré el recurso interpuesto por la Fiscal Adjunta de Casación (arts. 21 inc. 8, ley 14.442 y 487, CPP).

A los argumentos desarrollados por la impugnante, -que comparto y hago propios en este acto-, añadiré simplemente lo siguiente.

Estimo que acierta la recurrente cuando denuncia la existencia de arbitrariedad por apartamiento de las constancias de la causa, pues obran en autos elementos de prueba relevantes que han sido desconsiderados, fragmentados y desoidos incurriendo así el revisor en el vicio reprochado.

Como demostraré, resulta evidente que la sentencia del revisor adquiere rasgos de arbitrariedad pues realiza afirmaciones que no se condicen con las características que una sentencia debe contar conforme los estándares ventilados en el presente hecho.

Me explico.

El órgano casatorio centró su decisión en los argumentos dados por la defensa en su recurso de casación para lograr así la absolucón de la imputada que venía condenada en primera instancia.

En ese sentido cuestionó, en primer lugar, lo manifestado por la progenitora de la menor víctima, testimonio naturalmente importante para la sentencia de origen, pues si bien dijo que no encuentra en dicha declaración una actitud dolosa orientada a pre constituir prueba lo cierto es que luego adujo que las preguntas que realizó la madre a la menor no van en el sentido de las buenas prácticas que establecen los protocolos de actuación en este tipo de hechos, por lo

que consideró que las preguntas iniciales pudieron ser sugestivas (v. punto 3.1 de la sentencia).

A continuación el revisor también puso en duda la labor desarrollada por la psicóloga actuante Cecilia M. y que por caso esta hubiera influido en la madre para que continuara haciendo preguntas sugestivas a la menor, a la vez puso de resaltó que el actuar de la profesional no era el de una perito por lo que las dimensiones de su relato eran subjetivas.

Con ese razonamiento puso en duda el abordaje metodológico realizado por la profesional, entre otras cosas, por el desconocimiento de algunos conceptos como el de "contaminación del discurso".

El tribunal intermedio dedicó varios pasajes a la labor de la profesional M. pero, más allá de la tarea desarrollada por quién oficiaba de psicóloga particular de la menor, lo cierto es que también en el caso participó otra profesional, la Lic. Moreno (psicóloga del CTA departamental) que si bien el revisor mencionó en la sentencia no le dio la importancia complementaria que requiere en un caso como el presente al encontrarse, a esta altura, tan cuestionado el trabajo de la profesional M.

Vale recordar que la profesional, ahora si perito oficial y con vasta experiencia, tuvo tres entrevistas con la menor, en su relato en el debate dejó en claro que la primera entrevista la menor fue evasiva pero que ya en la segunda pudo contar que "M. me tocó acá" y recordó que la menor señaló la zona genital, diciendo "chucha" y que luego cambio de tema y que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-136232-1

finalmente en la tercera entrevista, ya no quiso hablar del tema y dijo que si no iba a tener "miedo".

De la sentencia de origen se advierte que a preguntas de la Fiscal sobre la existencia de indicadores compatibles con abuso sexual, la perito expresó que sí, que había indicios de abuso sexual. La afirmación de la perito se asentó en:

1) El relato de la menor al que catalogó como un indicador específico.

2) El relato de la mamá, quien le mencionara sobre conductas sexualizadas de la menor.

3) El diagnóstico del médico de Tandil respecto de los "sollozos".

En consecuencia, cabe señalar que la afirmación de la perito se asienta, en primer lugar, en el relato de la menor a la que vio en tres oportunidades y luego en otros aspectos -tampoco discutidos- como las conductas sexualizadas y el diagnóstico del médico respecto de los sollozos.

También advierto que fue ésta misma perito la que no recomendó la Cámara Gesell por el estado emocional de la menor, dado que no quería hablar más del tema y que además en niños tan pequeños -4 años- por lo general no se recomendaba dicha exposición.

Sentado ello advierto que el Tribunal revisor fragmenta la prueba en este aspecto pues en su sentencia sólo advirtió que "*[...] Observo que el relato de la niña, prestado ante la perita, incorporó datos que se ajustan tanto a la hipótesis de la acusación como a la de la defensa, pero que no poseen la connotación sexual que, en este punto, les atribuye el tribunal. Ciertamente desde el aspecto objetivo*

la niña corrobora que la acusada le tocó la vagina, pero ese es un dato que no se encuentra en discusión. Recordemos que la manifestación original de la pequeña fue que M. le hizo cosquillas en la vagina mientras la bañaba"

Y a continuación agregó que "[...] En rigor, la perita no desestimó la hipótesis que le formuló la defensa, pero señaló que en el caso concreto debía repararse en el temor de la niña, que le impedía hablar del tema; mientras que el tribunal contó, como dato disponible, con el testimonio de varias de las amigas de I.M. cuando declararon que para la misma época (al menos O. y M. así pudieron precisarlo), la niña contaba lo que le había pasado con M., sin manifestar o evidenciar temor alguno. Al contrario, coincidieron en señalar que lo decía espontáneamente y continuaba con su actividad" (v. punto 11.2 de la sentencia).

Resulta patente que el tribunal intermedio soslayó la opinión de la perito Moreno pues dejó de lado que la profesional fue determinante en decir que había indicadores de abuso y las explicaciones que dio para ello, a la vez que puso en duda las manifestaciones de la menor que tuvo tres encuentros distintos con la psicóloga.

Por lo demás, no veo por que el revisor puso énfasis en la declaración de la amiga de la madre -T. A. D. l. C.- pues más allá de las notas particulares que menciona la sentencia de mérito respecto de su historia de vida, por lo demás, no deja de ser una testigo más en el caso, que dio cuenta de lo que le había contado su amiga y de lo que ella percibía en la actitud



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-136232-1

de la menor, sin lograr ser una "experta" sino contando su historia de vida.

Entonces, más allá de la actitud de la profesional M. -tan cuestionada en el presente hecho- y de las diferentes testimoniales que se logró en la investigación, lo cierto es que el caso cuenta con la opinión de una perito oficial, con larga trayectoria y que diagramó su conclusión bajo tres pilares: su percepción en las entrevistas con la menor, el testimonio de la madre en cuanto le manifestó las conductas sexualizadas de su hija y el diagnóstico de otro médico respecto de los sollozos.

Respecto de este tópico, es bueno recordar que esa Corte sostuvo que *"...siendo los peritos quienes elaboran sus informes mediante los soportes técnicos propios de su especialidad, describiendo las técnicas que utilizaron para arribar a determinada conclusión, el sentenciante debe dar adecuada explicación para justificar la prescindencia de esas experticias, siendo estos -muy particularmente en los casos de abuso sexual de víctimas menores de edad- los que se encuentran en mejores condiciones, como especialistas en la materia, para ayudar al niño o niña víctima a expresar lo sucedido, escrutar la verosimilitud de sus dichos, las eventuales secuelas en la psiquis y especiales actitudes psico-físicas y sociales que pudieran revelar signos propios de situaciones de abuso infantil, todo ello con el menor impacto posible respecto de su revictimización"* (SCBA causas P. 121.248, sent. de 22-2-2017 y P. 131.457, sent. de 29-12-2020).

Con ese norte entiendo que resulta elemental tener presente el testimonio de la Lic. M.

que, como queda claro, fue desconsiderado por el Tribunal intermedio.

Me restar abordar los agravios vinculados a la valoración del informe médico, respecto a ello quiero poner énfasis en dos cuestiones. En primer lugar que el revisor pone en duda las conclusiones a las que abordó el Dr. Ebbens, ginecólogo con más de 50 años de experiencia, quién revisó a la menor en primer lugar y concluyó que existía un desgarró relativamente amplio en hora siete en el himen de la víctima y que más allá de si recordaba o no recordaba con precisión lo cierto es que el Tribunal de mérito mencionó que la conclusión se ve refrendada en la historia clínica (v. página 25 de la sentencia).

En segundo lugar lo informado por los otros médicos actuantes -Dres. Di Rocco e Iraola- tampoco descartan lo manifestado por el Dr. Ebbens, pues en rigor de verdad el único de estos dos profesionales que expresó sobre los pormenores del caso fue el Dr. Di Rocco, quién no estuvo en el juicio, y que constató himen perforado, aunque no pudo decir si era de carácter cicatrizal o congénito. Por su parte el Dr. Iraola, que fue en lugar de Di Rocco al debate, solo atinó a diferenciar entre los distintos casos de himen perforado, desflorado, conservado, sin aludir en palabras expresas lo que percibía del caso.

Vale recordar que el mismo Dr. Iraola afirmó la enorme dificultad que le provocaba tener que interpretar o emitir opinión de una pericia que le era ajena, atento no haber revisado personalmente a la niña, siendo además médico pediatra y legista (v. página 27 y siguientes de la sentencia de mérito).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-136232-1

De todo ello advierto -sin mayor esfuerzo- que se ha fragmentado la prueba pues el revisor se centró en supuestas discordancias de los médicos, pero lo cierto es que ninguno excluyó de manera categórica lo que afirmó el Dr. Ebbens en su primigenio informe y de lo manifestado por el Dr. Iraola se puede advertir -como remarcó el tribunal de origen- que el informe del Dr. Di Rocco fue en cuanto mínimo resulta confuso porque si el himen perforado es cicatrizal, a criterio de quién fue en su lugar al juicio, es muy distinto a que este perforado en forma congénita, lo cual debió ser advertido y aclarado.

Como se vislumbra a esta altura, los argumentos del revisor para confirmar la absolución lucen arbitrarios, pues su afirmación de que *"...el examen de la prueba valorada por el tribunal revela que ella es insuficiente para fundar una condena..."* choca contra una revisión incompleta y fragmentada que realiza del material probatorio, en especial de la opinión de los profesionales actuantes.

Por otro lado, si bien la menor no declaró en Cámara Gessell -por estricta recomendación de la perito oficial-, lo cierto es que logró manifestar en la entrevista que la imputada la había tocado en la zona genital. El revisor pretende darle a esa declaración -indirecta- que recrea la perito psicóloga una connotación natural de quién es higienizado por un tercero y debe abordar esa zona para cumplir dicha labor, pero lo cierto es que soslaya todas las actitudes de la menor que indican que esa actitud implicaba algo más, recordemos una vez más las conductas sexualizadas,

manifestaciones médicas que demostraban el alto nivel de ansiedad con el que vivía como los sollozos nocturnos, el temor hacia la persona aquí imputada, entre otros.

Bajo ese norte y como también remarcara la Fiscal recurrente, el revisor desconoció y desinterpretó la normativa internacional vinculada a la temática (arts. 1, 19 y 34 de la Convención de Derechos del Niño); en ese sentido quiero agregar a la jurisprudencia ya citada en la pieza recursiva que esa Suprema Corte señaló respecto de la valoración probatoria que "*[...] la prueba indiciaria debe valorarse en forma conjunta y no aisladamente, pues cada indicio considerado por separado puede dejar margen para la incertidumbre, lo que no sucede si se lo evalúa de modo general, a través de un análisis conjunto...*" (SCBA causas P. 121.046, sent. de 13/6/2018; P. 128.928, sent. de 17/4/2019 y P. 131.457, sent. de 29/12/2020).

A ello cabe sumar la doctrina de esa Suprema Corte referida a la forma en que deben valorarse este tipo de declaraciones (con víctimas que presentan una doble condición de vulnerabilidad, en tanto niña, en tanto mujer), dejando asentado -asimismo- la importancia de la opinión de los profesionales intervinientes. Sobre el punto señaló que "*[...] medió un infundado apartamiento de los dichos del testimonio de quien se encuentra especialmente capacitada para detectar si las declaraciones de los niños y las niñas han sido inducidas y quien además puede mostrar cómo la violencia, aunque se cometa sin testigos, tiene efectos reales sobre la integridad física y el bienestar mental y social de las víctimas (Recomendación General n° 33, CEDAW, párr. 51. 'i'). Además, se desconoce el carácter de testimonio*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

P-136232-1

que reviste la percepción directa de la manifestación propia del dicho de una niña que afirma ser víctima de abuso." (SCBA causa P. 132.751, sent. de 14/12/2020, y en similar sentido causas P. 131.457, sent. de 29/12/2020 y P. 129.409, sent. de 7/9/2020).

A riesgo de ser reiterativo y por último, agrego que para legitimarse una absolución se requiere la duda que dicte una inteligencia esclarecida, tras un examen reflexivo de todo el cuadro probatorio y no puede ser el resultado de un examen superficial que fraccione la prueba y deje de considerar prueba decisiva y contundente, sin dar razones del mismo y apoyándose en las conjeturas que hiciera una de las partes.

Por último quiero agregar que esa SCBA tiene dicho que *"Corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por [la] fiscal si el fallo del Tribunal de Casación penal no constituye una derivación razonada del derecho vigente con referencia a las circunstancias comprobadas de la causa, pues ... el revisor no procedió a la consideración íntegra y armónica de todos los elementos en juego en una totalidad hermenéutica probatoria, sino que fundó su convicción en un análisis superficial y fragmentado de las probanzas valoradas en el proceso."* (Causa P. 131.457, sent. de 29/12/2020, entre otras).

Recapitulando, estimo que la recurrente ha demostrado que los elementos convictivos obrantes en autos resultaban suficientes para mantener el dictado de una sentencia condenatoria; entonces la sentencia recurrida configura una hipótesis de sentencia arbitraria, lo que solicito así se declare.

IV. Por lo expuesto estimo que esa Suprema Corte debería acoger favorablemente el recurso interpuesto por la Fiscal Adjunta ante el Tribunal de Casación.

La Plata, 4 de octubre de 2022.

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND,JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

04/10/2022 13:39:15