En la ciudad de La Plata, a los 5 días del mes de diciembre del año dos mil diecinueve, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Carlos Ángel Natiello y Mario Eduardo Kohan, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en la causa **Nº 97.112**de este Tribunal caratulada: **“BAZTERRICA, Alejandro Martín Eduardo y ROBSAHM, Edith María s/ Recurso de Casación interpuesto por Agente Fiscal” y ac. causa N° 97.138 “BAZTERRICA, Alejandro Martín Eduardo y ROBSAHM, Edith María s/ Recurso de Casación interpuesto por Particular Damnificada”.**Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden: **KOHAN – NATIELLO**procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

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

I- El Tribunal en lo Criminal Nº 1 del Departamento Judicial Necochea, con fecha 25 de marzo de 2019 absolvió a Alejandro Martín Eduardo Bazterrica y a Edith María Robsahm del delito de abuso sexual simple agravado, por insuficiencia probatoria, por hechos acusados como cometidos por lo menos en una oportunidad –sin precisar fecha exacta- previo al día 13/07/2013 en la localidad de Necochea en perjuicio de Gael Bazterrica.

II- Contra dicho pronunciamiento interpusieron recursos de casación el representate del Ministerio Público Fiscal y la Particular Damnificada, señora María Virginia Jensen.

II.a El señor Agente Fiscal, doctor Eduardo Jorge Nuñez, se agravió al sostener que el Tribunal efectuó un análisis parcial del prueba, se centró en el relato de la madre y especialistas que se pronunciaron respecto a aspectos psicológicos y psiquiátricos de la misma, obviando considerar el relato del niño prestado bajo la modalidad de Cámara Gesell y los dictámenes de psicólogos que se pronunciaron respecto a la víctima.

En ese sentido se queja al sostener que el relato del niño presenta ausencia de incredibilidad subjetiva, siendo su discurso claro, con estructura y lo que se aprecia de incompleto se debe a la edad del mismo. Señala que la Licenciada Catera sostuvo que Gael presentaba indicadores compatibles con victimización sexual, habiendo causado en él daño psíquico, al igual que la Lic Soave quien sostuvo también la presencia de estos indicadores.

Sostiene que existe verosimilitud del relato de Gael por corroboración a través de elementos periféricos tales como las lesiones en la zona genital, que si bien los profesionales de la salud intervinientes no pudieron aseverar que sean compatibles con abuso sexual infantil, no menos cierto es que tampoco lo descartaron.

Destacó lo testimoniado por Claudia Jensen y Otte Capelle, respecto a lo que el niño les habría relatado a ellas y la persistencia en la incriminación, dado que la investigación se inició en julio del año 2013 y finalizó en octubre de 2017, en ese lapso se han llevado varias intervenciones con el niño, manteniendo el mismo su discurso, sin alteraciones por más de cuatro años.

Solicita se revoque el veredicto absolutorio, por último, hizo reserva del caso federal.

II.b.Por su lado, el letrado que representa a la particular damnificada, doctor Juan Pablo Rosello (T°I F°262 CAN), sostiene que se agravia por los motivos alegados por el Tribunal para absolver a los dos imputados, que ello fue asi dado que evaluó situaciones periféricas omitiendo el tratamiento correcto de la prueba esencial, como por ejemplo el testimonio de Gael Bazterrica.

En ese sentido destaca la declaración del niño prestada en Cámara Gesell donde sindica al padre y abuela paterna como quienes le introducían el dedo en la cola, la declaración prestada por la licenciada Laura Brisighelli, incorporada por lectura, la cual manifiesta que la narración resulta fiable y consistente en relación a los eventos fundamentales, no surgiendo elementos de los cuales se pueda inferir que Gael pueda haber sido inducido por la madre.

Destaca la declaración incorporada por lectura prestada en instrucción por la Lic. Suave, psicóloga de Gael, quien dijo que el niño demuestra una necesidad de exponer su relato, con dichos espontáneos y sin incoherencias, sindica al padre como quien le hizo cosas feas, se siente dañado y amenazado por él y por su abuela, y no desea vincularse con ellos.

La pericia de la Lic. Silvia Catera de la Policía Judicial de la Procuración de la SCJBA quien destacó dichos de Gael que imputaban a su padre, dijo que la narración tenía sentido global, presentaba lógica y coherencia.

Destaca el informe médico policial suscripto por la Dra. Ibarguren, que constata las lesiones y la declaración del médico pediatra del niño, el Dr. Fadael Hendriksen quie recibió en consulta a Gael acompañado de su mamá y una tía, contó que la señora Jensen le relató que su hijo había sido abusado por su abuela paterna, por lo que decidió institucionalizarlo derivándolo al Hospital Emilio Ferreyra de Necochea.

Alega que en el mismo sentido incriminador deben analizarse los testimonios de Victor Napolitano, médico pediatra que recibió consultas de la señora Jensen con anterioridad al hecho, las testimonios prestados por la madre de Gael, su tía y abuela materna.

Señala que el *a quo*se centró en una contradicción obrante entre los testimoniado por la señora Jensen y el médico padiatra Hendriksen cuando la misma resulta irrelevante, ya que lo importante es que el médico no descartó que el niño haya sido abusado, y que si bien ninguno de los profesionales médicos aseveró que se trataba de un abuso sexual, sí lo hicieron ante la señora Jensen.

Se agravió también por la valoración efectuada respecto al testimonio prestado por Federcio Bazterrica, y critica que el magistrado votante en primer término haya volcado su atención en lo dicho por la señora Jensen y no en el testimonio de la víctima, infiriendo en forma errada que el niño fue inducido por la madre quien padece de una personaldiad mitómana, en contradicción con los informes psicológicos citados anteriormente.

Hizo reserva del caso federal.

III.- Concedidos los recursos de casación a fs. 76/vta. –causa N° 97.112- y a fs. 35/vta. –causa n° 97.138, se los radicó en la Sala con las consiguientes notificaciones a las partes.

IV.- A fs. 90/vta. –causa n° 97.112-, el Fiscal Adjunto ante esta instancia, doctor Jorge Armando Roldán, se pronunció a favor de la procedencia del recurso interpuesto por el Agente Fiscal en todos sus términos.

V- Cumplidos los trámites de rigor y encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

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

1ra.)¿Son admisibles los recursos de casación interpuestos?

2da.)¿Son procedentes los mismos?

3ra.)¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

**A la primera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:**

Ambos recursos fueron interpuestos tempestivamente contra una sentencia definitiva, mediante escritos fundados en los cuales se ha dado cumplimiento a los requisitos formales establecidos en los artículos 450 y 451 del Código Procesal Penal.

Asimismo, y conforme lo dispuesto en los artículos 452 inciso 1° y 453 del CPP, los impugnantes se encuentran subjetivamente legitimados para recurrir.

Por ello, corresponde declarar formalmente admisibles los recursos de casación interpuestos en la presente causa.

Rigen los artículos 421, 433 3ro. y 4to párr., 452 inc. 1, 453, 456, 458 y ccdtes. del Código Procesal Penal.

Voto por la afirmativa.

**A la misma primera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:**

Adhiero al voto de mi colega preopinante, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

**A la segunda cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:**

El juez que lideró el acuerdo inició su voto asintiendo que luego de analizar toda la prueba que integra el plexo probatorio, tanto la vertida en el debate como la incorporada por lectura, la misma generó en él una gran incertidumbre acerca de lo ocurrido que lo condujo en forma inexorable a absolver a los dos imputados de las imputaciones que los llevaron a juicio.

Analizó en primer término la prueba de cargo: el testimonio de María Virginia Jensen (v. fs. 31vta./33), denunciante y madre de Gael Bazterrica; la declaración de Claudia Jensen (v. fs. 33vta./34), hermana de Virginia y tía de Gael; la licenciada Silvana Soave, psicóloga que en forma particular atendió a Gael (v. fs. 34/vta.); la licenciada Silvina Catera (v. fs. 34vta./35), psicóloga de la Procuración de la SCJBA; y el contenido de la Cámara Gesell realizada por la licenciada Brisighelli (v. fs. 35/36).

A continuación citó lo que para el magistrado constituyó la prueba de descargo: analizó el informe del Dr. Edgardo Daniel Polizzi (v. fs. 36/vta.), perito médico del Cuerpo Técnico Auxiliar departamental; la declaración de la Dra. Karina Mazeris (v. fs. 36vta.), médica que recibió a Gael en la guardia pediátrica del Hospital Ferreyra; la declaración de la Dra. Laura Ibarguren (v. fs. 36vta./37), quien presta funciones en Policía Científica y revisó al niño en el año 2013; lo dictaminado por el Dr. Fabio Gabriele (v. fs. 37), médico de la policía local que a partir de informes practicados por otros médicos realizó uno propio y concluyente; dos declaraciones prestadas en instrucción por el Dr. Fadael Hendriksen (v. fs 37vta.), pediatra de Gael, testigo que por otro lado fue desistido por la acusación; declaración prestada en la etapa investigativa por el Dr. Víctor Napolitano (v. fs. 37vta./38); y las declaraciones prestadas por la licenciada Balsategui y el doctor Kurz, psicólogo y psiquiatra pertenecientes ambos a la Asesoría Pericial Departamental, quienes depusieron de manera conjunta ante el Tribunal, ya que de ese modo entrevistaron a los dos imputados y a María Virginia Jensen (v. fs. 38/39); el testimonio de Federico Bazterrica (v. fs. 39/vta.), sobrino de Alejandro Bazterrica y nieto de Edith Robsahm; la declaración de Miriam Dominicis (v. fs. 39vta.), quien por entonces se desempeñaba como Directora del jardín al que concurría Gael; y el testimonio prestado en instrucción por Myriam Alejandra Constantino (v. vs. 40), maestra del niño.

A Alejandro Bazterrica y Edith Robsahm se les reprochaba el siguiente hecho: *“que en por lo menos una ocasión –sin poder precisar fecha exacta-previamente al día 13/07/2013, en el interior del domicilio sito en calle 88 Nro. 3524 de la ciudad de Necochea, finca donde se encontraba la víctima al cuidado de su padre y su abuela, en circunstancias en que María Edith Robsahm y Alejandro Bazterrica abusaron sexualmente del menor Gael Bazterrica –quien en ese momento contaba con cinco años de edad-, mediante tocamientos inverecundos sobre las partes pudendas del menor siendo las mimas cola (ano) provocándole una excoriación lineal en hora 6 de 0.5 cm de longitud y pene ocasionándole un edema prepucial uretral eritematoso; mientras este se encontraba en el interior del domicilio, aprovechándose del desequilibrio de poder existente entre los adultos respecto del menor y del grado de intimidad y sometimiento alcanzado por ser los imputados padre y abuela del niño”* (v. fs. 28).

Dentro de este marco -como ya lo he sostenido en numerosos precedentes (causas nro. 54.780, 55.341, 55.510 entre muchos otros)-, corresponde a esta instancia casatoria el control de legalidad y logicidad de la prueba utilizada por el sentenciante, como resultado del equilibrio entre una revisión eficaz e integral de la sentencia de condena, entendido como el más amplio derecho al recurso del imputado, sin desnaturalizar el recurso de casación convirtiendo a éste último, llegado el caso, en un segundo y nuevo juicio (Conf. Arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN en función de lo normado por los arts. 1.1, 8 inc. 2 letra h), 25 de la C.A.D.H., y 14 inc. 5 del P.I.D.C.P.; Comisión I.D.H. informes 30/97, en caso 10.087: Argentina; informe 17/94, caso: 11.086, Argentina (caso “Maqueda”) e informe 55/97, caso: 11.137, Argentina (caso “Abella”); Corte Interamericana de Derechos Humanos “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” del 2/7/2004; Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., in re: “Cesario Gómez Vázquez c. España” (701/1996), dictamen del 20/07/2000 y “M. Sineiro Fernández c. España” (1007/2001), del 07/08/2003).

Pero, para que el tribunal revisor pueda abarcar dichas cuestiones, ello dependerá de la actividad misma de la parte interesada. A tal efecto resulta necesario que el recurrente sea preciso al momento de denunciar este tipo de agravios, puesto que resulta imprescindible acotar el trabajo de revisión judicial exclusivamente a las partes esenciales de las sentencias impugnadas.

En este sentido es carga de la parte agraviada fijar con claridad cuál es la afirmación del tribunal que resulta de un error de apreciación y cómo habrá de refutarse dicha aseveración. Los agravios deben recaer sobre algún elemento que aporte un sustento esencial al fallo, del mismo modo que la prueba ofrecida debe ser pertinente y suficiente para demostrar el error en el que han incurrido los jueces, y dicha situación no sucede cuando los impugnantes hacen uso de categorías genéricas o abstractas, no logrando demostrar que la valoración de la prueba practicada presente espacios carentes de explicación.

Sentado ello, y frente a lo que sostiene el impugnante, el Tribunal de Juicio expresó las razones que lo llevaron a decidir como lo hizo, sin que se advierta que haya incurrido en afirmaciones absurdas o arbitrarias.

De la lectura del veredicto surge que el *a quo* realizó un pormenorizado análisis total del plexo cargoso, no evidenciándose vicios lógicos que logren conmover la conclusión a la que llegó.

Así las cosas, entiendo que la conclusión de los jueces que arribaron al temperamento absolutorio obedece a un razonamiento lógico que se compadece con el plexo probatorio aunado al juicio.

En efecto, no puede prescindirse de los elementos de convicción que colaboran a la construcción de una hipótesis, sin dar explicación cierta de por qué se hace ello, mucho más si los mismos han sido invocados por las partes en la elaboración de sus asertos.

La valoración de la prueba debe realizarse en forma conglobada, éste fue el modo en el que analizaron la prueba los magistrados que me precedieron, valorando la totalidad de los elementos de convicción **en conjunto** y no en forma aislada.

En contraposición, advierto que las partes recurrentes reclaman la aplicación de un análisis parcializado al análisis del plexo probatorio, tomando solamente los elementos de cargo que asisten a confirmar su hipótesis.

Tanto el acusador público como el particular damnificado se agravian por la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de juicio, alegan que el mismo centró su análisis en el relato de la madre, y en especialistas que se pronunciaron sobre aspectos psicológicos y psiquiátricos de ella, obviando valorar el testimonio del niño prestado en Cámara Gesell, y lo dictaminado por las licenciadas Catera y Soave, quienes sostuvieron que Gael presentaba indicadores de victimización sexual.

No comparto lo alegado por los recurrentes, toda vez que lo primero que fue analizado, como señalé en párrafos precedentes, fue el testimonio de la madre del pequeño, los informes de las licenciadas Catera y Soave, y el contenido de la Cámara Gesell.

Pero a ello se contrapuso la restante y cuantiosa prueba, que concurrió al debate analizada por el Tribunal como elementos de descargo, toda vez que los mismos echaban por tierra el testimonio dado por la madre, denunciante de autos, siendo esencial su relato, ya que el niño contaba con tan solo 5 años de edad, vivía principalmente con ella, presentándose en este caso la progenitora como la persona indicada para ilustrar y aportar con veracidad al Tribunal acerca de las circunstancias y motivos que la condujeron a denunciar al padre y abuela de su hijo, lo que el niño le contó al respecto, lo que pudo observar y las consultas evacuadas con profesionales.

El Tribunal no desconoció que el niño sindicó a su papá y abuela paterna como quienes le metían el dedo en la cola, no obstante de la transcripción de la declaración prestada en Cámara Gesell surgen también otros elementos, como que Gael también sindicó a la actual pareja de Federico Bazterrica como otra de las personas que le introducía los dedos en la cola, a ella la nombró como *“la loca”*, a los abuelos paternos como *“los abuelos malos”*, diferenciándolos de los abuelos maternos como *“los abuelos buenos”*, habló en forma reiterada de hongos en la zona genital por lo que estuvo internado, que tenía el *“pitulín*” como si fuera *“una cebolla”*, que la abuela mala le ponía pocas sábanas para que pase frío, entre otras cuestiones.

Considero que la singularidad del testimonio cargoso no es obstáculo para sustentar convicción suficiente en el juzgador, no obstante, la impresión subjetiva reposa también en elementos objetivos.

Ocurrió en el caso, que junto al testimonio dado por el niño en Cámara Gesell, los dichos de la madre se presentaban como principal prueba de cargo, al no poder acreditarse muchos extremos alegados por ella y otros ser directamente desmentidos por los profesionales que atendieron al pequeño, la orfandad probatoria para confirmar la acusación fue lo que condujo al Tribunal a pronunciarse por la absolución de los imputados.

En el *sub judice*, lo testimoniado por el niño reclamaba que fuera conteste con el restante plexo cargoso, no necesaria y exclusivamente con el relato de la madre.

La regla *"testis unus, testis nullus"* no tiene acogida en nuestro actual derecho procesal, por lo que el testimonio de un único testigo es perfectamente válido si se compadece con el resto de las probanzas arrimadas a la causa, máxime en los casos de delitos que se llevan a cabo en situaciones de soledad, donde resultaría ilógico pretender un número mayor de testigos. Este criterio ha sido sostenido en forma constante por la jurisprudencia de nuestros Tribunales, siendo que el criterio de cita fue puesto de manifiesto por la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala V en causa N° 32.017 “OLIVERA, Oscar A”. resuelta el 18/3/94.

Asimismo, el tema que nos ocupa ha sido motivo de análisis en el derecho de otras latitudes. Así, puedo citar lo resuelto por el Tribunal Supremo de España, en Sentencia Nº 618/2003 del 05/05/2003, el cual ha dicho, en postura igual a la aquí sostenida, que *“3.- El testimonio de la víctima, aunque no hubiese otro más que el suyo, cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el Juzgador impidiéndole formar su convicción en consecuencia, es considerado apto para destruir la presunción de inocencia. 4.- La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido. 5.- La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima”.*

En lo que respecta al testimonio de la licenciada Silvana Soave, la misma atendió a Gael como psicóloga particular, a pedido de la madre del pequeño y su tía, quienes le relataron las razones por las cuales querían que entrevistara al niño. Contó que mantuvo un encuentro con Gael, en lo esencial señaló la profesional que el nombrado le contó que él sabía que estaba ahí por algo malo que le había hecho su papá, se preocupaba por su mamá y temía que el padre le haga daño a su mamá. Sostuvo que en la entrevista detectó indicadores de ansiedad, de alerta, advirtiendo que *“esa evaluación no cumplía con los requisitos para un diagnóstico, pero los indicadores estaban presentes”*.

A su turno, la Licenciada Silvina Catera, quien se desempeña como perito psicóloga de la Procuración de la SCJBA, dijo que el luego de haber desgravado el contenido de la declaración en Cámara Gesell encontró en los dichos del niño un relato formal. Hizo referencia a algunas manifestaciones de él en la entrevista, tales como que el niño hacía referencia a su cola como una “tubería tapada”, que el padre le metía el dedo en la cola pero que no se acordaba más nada al respecto, sosteniendo que ello podía deberse a un estrés pos traumático.

Sostiene el juzgador que de la totalidad de los médicos que examinaron a Gael (Mazeris, Ibarguren, Gabriele, Polizzi, Hendriksen y Napolitano), ninguno concluyó de manera categórica que el mismo hubiera sido víctima de abuso sexual.

Destacando que respecto a Hendriksen y Napolitano, pediatras del niño, los mismos dieron una versión distinta a la brindada por la señora Jensen, e incluso llegaron a desmentir algunas aseveraciones de ella.

En este punto cabe señalar que María Virginia Jensen dijo que cuando concurrió al consultorio del Dr. Fadael Hendriksen, en compañía de su hermana, el profesional le manifestó a esta que su hijo había sido abusado, que tenía cicatrices de un año atrás, todo lo cual fue expresamente desconocido por el profesional.

En cuanto al Dr. Napolitano, la señora Jensen manifestó que el mismo había constatado que Gael tenía irritada la zona anal, de adentro hacia fuera, y que su hijo le había manifestado al profesional que su abuela le había metido los dedos de manera fuerte cuando le lavaba la cola. La versión dada por el profesional al momento de prestar declaración resultó distinta a la sostenida por la testigo, negando incluso haber escuchado algo por parte del niño.

El Dr. Edgardo Polizzi sostuvo en su informe: *“respecto a las lesiones descriptas en el informe médico legal realizado sobre la víctima, se puede inferir que si bien pueden haber sido causadas en el marco de un abuso sexual, la inmensa mayoría de las mismas se producen por actos cotidianos como rascado o manoseo del mismo niño. El resto de las pericias podrá develar si están acorde al relato de la familia o del menor porque por sí solas no representan prueba de valor legal”.*Las pericias sugeridas nunca se practicaron.

La Dra. Karina Paula Mazeris, fue la médica que recibió al niño ya que se encontraba cumpliendo guardia en el Hospital Ferreyra. Relató ante el Tribunal que el niño quedó internado dado que la madre había hecho una denuncia por abuso sexual, *“se evaluó si el nene se había rascado la cola, y se dio tratamiento para parásitos”, “la irritación puede ser por rascado o picazón, en el relato llegó con una sospecha de abuso sexual. En la zona perianal puede aparecer, por exploración del niño, la zona roja perianal puede ser por caca dura o por parásitos”.* No puede descartar ni afirmar un abuso. Aclaró que ante este tipo de denuncias *“se los institucionaliza para controlarlos o evaluarlo mejor, las lesiones no eran riesgosas”.*

La Dra. Ibarguren, quien presta funciones en la delegación local de Policía Científica, examinó oportunamente a Gael Bazterrica, refirió ante el Tribunal que el niño se quejaba de dolor en el ano y en el pene, se observaron lesiones genitales, inflamado el prepucio, colorado, eritematoso, la uretra y el glande estaban inflamados, en el examen anal se observó escoriación lineal en hora 6 de reciente hecho de 0.5 cm. En cuanto a la lesión en el glande sostuvo que *“puede ser por predisposición del niño, por alteración congénita, por inflamación como en ese caso, por parásitos, por mal higiene”*

El Dr. Fabio Gabriele (médico de policía local), practicó un informe en base a documentación de otros especialistas que analizó. Manifestó en la audiencia que en la historia clínica de Gael figuraba que había estado internado para brindarle contención, y no por las heridas que presentaba. Concluyó que *“si bien las lesiones pudieron causarse en el marco de un abuso sexual, la inmensa mayoría de las mismas se producen como actos cotidianos como rascado o manoseo del niño, porque las lesiones que se ven no son severas, no son indicador contundente de abuso sexual, pudiendo darse en el marco de una parasitosis”*, coincidiendo con los Dres. Polizzi y Mazeris.

Luego de que las partes desistieran del testimonio del doctor Fadael Hendriksen, se incorporaron por lectura dos declaraciones prestadas por él en instrucción. En la primera da cuenta que el día 5 de julio de 2013 recibe en su consultorio a Gael Bazterrica, acompañado de su mama y tía, que el motivo de la consulta era el área de los genitales, deja constancia que *“al examen físico se observa irritación de glande y prepucio con inflamación y pequeñas escoriaciones y a nivel del ano enrojecimiento perianal con leve fisura en hora 6*”. Que ante la insistencia de la madre accedió a su pedido y retiró al niño del consultorio, momento en el cual ésta le manifestó que Gael había sido víctima de abuso sexual por parte de su abuela paterna. En su segunda declaración sostuvo el galeno que en el examen físico no pudo determinar que lo descripto obedeciera a un abuso sexual, y que dicho extremo fue manifestado en forma clara a los familiares que acompañaban al pequeño, aclarando que el niño nunca le refirió haber sido víctima de abuso sexual.

El doctor Víctor Napolitano, cuyo testimonio también se incorporó por lectura, relató que la señora Jensen en varias oportunidades le manifestó que tenía dudas acerca de un posible abuso por parte de la abuela paterna hacia Gael, que en dichas oportunidades nunca advirtió lesión. Que en el año 2013 concurrió a su consultorio la señora Jensen ante una irritación que presentaba en la cola, *“que el declarante advirtió una dermatitis perianal, no pudiendo establecer en ese momento la causa de la misma, la cual podría ser irritativa o inflamatoria o de otra etiología, y que al no poder establecer si se trataba de lesiones por abuso sexual, le aconsejó que hiciera la denuncia para que un perito especializado en la temática revisara al niño”*. Que el momento del examen el niño no manifestó palabra alguna al ser revisado.

Con acierto señala el sentenciante que los profesionales de la salud no aclararon nada al respecto, acrecentándose las dudas luego de prestar declaración la licenciada Balsategui (psicóloga) el doctor Kurtz (psiquiatra), pertenecientes ambos a la Asesoría Pericial Departamental, quienes al haber examinado en forma conjunta a los dos imputados y a la denunciante, prestaron de esa forma también declaración ante el Tribunal.

En cuanto a Bazterrica dijeron que se trataba de una persona normal, de carácter pasivo, y de Robsahm, la describieron también como una persona normal muy afectada por la denuncia.

En cuanto a María Virginia Jensen ambos sostuvieron que encontraron en ella una persona con trastornos de mitomanía, que la descripción que dio ella de Bazterrica era distinta a la que ellos pudieron apreciar de él, ella sostuvo que se trataba de alguien “malvado, golpeador, violento, con perturbaciones sexuales”, sin embargo, ellos observaron alguien con actitud introspectiva, pasiva. Lo mismo ocurrió respecto a la descripción que Jensen dio de Edith Robsahm, a quien pudieron observar como una persona sin signos orientativos de que se tratara de una persona perversa.

Aseveraron que *“lo que describe Jensen resulta incompatible con las personalidades de Bazterrica y Robsahm, parecen las descripciones de otras personas”*.

Continuaron su declaración diciendo que Jensen presenta una personalidad mitómana, con rasgos paranoides, aclarando que las personas que padecen ello (mitomanía) *“creen que son perjudicados siempre, son susceptibles, desconfiados y con gran conflictividad en las relaciones interpersonales, por ejemplo respecto de seguir haciendo denuncias”, “en Jensen la mitomanía puede pude incurrir en fabulaciones, se pierde el sentido crítico”, “desde el momento que puede influir con su hijo, la posibilidad de un tratamiento (para con ella) sería para una mejor calidad de salud mental, no es bueno criar a un hijo con resentimiento hacia el padre y hacia la familia paterna, es dañoso para cualquier chico”, “Jensen pensaba denunciar a los maestros, hablaba en contra incluso del marido de Robsahm, (por el abuelo Martín), de la pareja de Bazterrica”, “si una madre se encarga de sembrar odio en su hijo eso no es bueno”.*

En este punto me parece prudente destacar lo manifestado por el Juez que votó en segundo término quien sostuvo*: “durante más de veinte años he tenido ocasión de escuchar o leer los dictámenes de los peritos psicóloga y psiquiatra departamentales, la licenciada Elma Laura Blasategui y Rodolfo Kurtz, respectivamente, y de modo muy aislado, diría que hasta excepcional, he encontrado conclusiones que favorecieran a los imputados o contrarias a las víctimas. Sin embargo en este caso ambos coincidieron en afirmar que padre y abuela imputados era personas normales, sin rasgos psicopatológicos de perversidad o de otra índole, descartando cualquier posibilidad que hubiesen podido realizar actos como los que les atribuyen. Por el contrario, fueron muy duros con la madre del niño, a quien calificaron como mitómana”* (v. fs 42vta.)

Luego, prestó declaración la licenciada Daniela Aquino, psicóloga de Edith Robsahm, quien dijo que la nombrada no presenta indicadores de trastorno de personalidad, no hay distorsión respecto a los afectos, sus vínculos no son utilitarios, que el abuso tiene que ver con el poder, con el secreto y en este caso no se presenta.

También prestó declaración Federico Bazterrica, nieto de Edith Robsahm, quien manifestó que nunca tuvo problemas con sus abuelos, que no sufrió abuso por parte de ellos, que le gustaba ir a su campo y que ellos fueran a Olavarría. En este punto cabe señalar que el testigo fue citado a juicio con motivo de que Jensen expresara ante el Tribunal que Federico Bazterrica también había sido abusado por su abuela.

A esta altura, cabe destacar que el relato del niño se erige casi en soledad como principal prueba cargosa, por lo que voy a coincidir con algunas apreciaciones vertidas al respecto por el juez que votó en segundo término, en cuanto a que el relato de la víctima, dada toda la reseña probatoria efectuada, se vislumbra como producto de una co-construcción.

Sobre la denominada “co-construcción”, entendida como aportes de los adultos en la conformación de la memoria de un niño, se explayó *“in extenso”* el médico psiquiatra Dr. Eduardo Padilla, autor de varios trabajos en la materia (ver, sólo a modo de ejemplo y como síntesis, el artículo “*A propósito de los relatos de abuso sexual infantil”,*publicado en el Diario La Ley, Actualidad, del 29/03/01).

Dicho profesional, en “Acerca de la memoria y las co-construcciones” –(Conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, acto organizado por el Centro Interdisciplinario de Investigación Forense el 9 de mayo de 2006-*)*, plantea unaguía para una ponderación diagnóstica y subrayando la enorme dificultad – y a veces, la imposibilidad para los expertos- de distinguir una co-construcción de una historia verdadera.

Sobre el punto, en el tema que nos convoca, suele acudirse al dogma “Si el niño en cuestión no presenta rasgos de personalidad fabuladora, lo que dice no es mentira, ergo, es cierto” para validar –regularmente- los dichos de los menores.

Sin embargo, el autor mencionado plantea que el sofisma que más rápidamente salta a la vista es el de sostener que todo aquello que no proviene de la boca de un mentiroso o de un émulo de Esopo, es verdadero. Dice, algo así como sostener que dado que Ptolomeo no era ni un “fabulador” ni un mentiroso, la Tierra es en efecto el centro del Universo. Menciona que deberemos inclinarnos con respeto hacia el misterio final del cerebro humano, el sistema más complejo que existe en el Universo conocido. Y como el único instrumento para su estudio es otro cerebro, esto es algo no más extenso que el objeto en estudio, no lo podremos jamás abarcar en su totalidad.

En definitiva, el dilema de si una persona miente o “fabula” o si lo que dice en efecto sucedió tal como lo tiene registrado en su memoria debe abandonarse por inútil pues la memoria humana es constructiva y creativa. La memoria variará también con el tiempo y los baches serán rellenados, muchas veces por influencia de otros.

Ya sabemos qué difícil es reconstruir un hecho a partir de los relatos de los testigos que lo presenciaron: las versiones pueden llegar a ser de lo más diversas, a veces sorprendentemente contradictorias.

Y esto no sucederá como consecuencia de que algunos mienten o “fabulan”, sino básicamente como resultado de las características de nuestras memorias.

En el campo psiquiátrico-psicológico-forense, en especial con todo lo relacionado con imputaciones de abusos sexuales, se trata de imponer que los niños no mienten, que puede ser que a veces lo hagan pero nunca sobre temas traumáticos como por ejemplo éstos de abuso sexual.

Lo que no puede negarse es que sí lo hacen, con creciente comodidad y capacidad de convencimiento, para librarse de un castigo o para ser cómplices de alguien mayor en algún juego o código secreto o de sorpresa.

El nudo del asunto no está en si un niño miente o no en temas de gravedad sino en si lo que dice corresponde a la realidad o si es falso.

Sabemos que, cuanto menor es la edad de una persona, más fácil es que sea inducido a tomar como sucedido algo que no sucedió y que incorpore el suceso en su memoria con toda convicción, en especial si el relato le es repetido varias veces y si proviene de alguien con un gran ascendiente sobre él, como pueden ser los padres, maestros o algún piscoterapeuta.

Es necesario ponderar todos los elementos en juego incluyendo cuánta influencia puede tener un adulto –muchas veces convencido de que los hechos sucedieron conjugándose a veces los padres y ciertos profesionales muy sesgados por motivos diversos con lo cual las co-construcciones se multiplican y se hacen más convincentes.

Para proceder a la distinción entre ambos casos, ha de acudirse al resto de las pruebas que lucen en el proceso.

Así las cosas, como la mayor parte de los relatos infantiles de abuso físico, sexual, emocional o la combinación de ellos son verdaderos, en los casos dudosos o sin evidencias físicas, el profesional de la salud puede encontrarse frente a la imposibilidad de distinguir un relato falso de uno verdadero, debiendo asumir la realidad de decir que en algunos casos no se puede aseverar dicha circunstancia, que es lo que ha acontecido en el caso, lo que no hace sino ratificar el razonamiento y temperamento adoptado por el Tribunal de grado que habrá de homologarse en esta sede.

El juez que lideró el acuerdo señaló: *“en este esquema, el niño víctima no puede más que aportar su testimonio y luego esperar que el Estado cumpla adecuadamente su rol, utilizando –y agotando- todas las herramientas disponibles para despejar cualquier duda respecto a la existencia del hecho y la autoría del imputado. No alcanza con creer o no en el relato de la tragedia. La expectativa mínima que recaer sobre los organismos profesionales de investigación es que se procure probar ese relato. Así las cosas digo que las partes acusadoras no han logrado destruir el estado de inocencia con el que ambos encausados llegaron a la etapa de juicio, y realizo esta apreciación luego de haber constatado con la prueba rendida ...”*(v. fs. 40vta.).

Pronunció lo antedicho y a modo de resumen señaló las contradicciones entre el relato de la señora Jensen y los médicos que atendieron a Gael, lo postulado por el testigo Federico Bazterrica, el haber descartado los galenos que el pene del niño no fuera acorde a su edad y desarrollo cronológico y determinar que la lesión que presentaba era compatible con una uretritis ocasionada por inflamación, parásitos o mala higiene; destacando que dos de los seis médicos que examinaron al pequeño determinaron que la lesión anal era “de adentro hacia afuera”, incompatible con el ingreso de un dedo, como lo sostuvieron las partes acusadoras (v. fs. 41).

En síntesis, las partes no han logrado demostrar el error de apreciación del Tribunal, la valoración de la prueba practicada por quienes me precedieron no presente espacios carentes de explicación, es razonable y se encuentra ajustada a derecho.

Por lo que a esta cuestión voto por la negativa.

**A la misma segunda cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:**

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la negativa.

**A la tercera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Kohan, dijo:**

Visto el resultado obtenido en la votación precedente, estimo que corresponde: 1) Declarar admisibles los recursos de casación interpuestos el Agente Fiscal del Departamento Judicial Necochea, doctor Eduardo Jorge Nuñez, y el doctor Juan Pablo Rosello (T°I F°262 del CAN), en representación de la particular damnificada, señora María Virginia Jensen; 2) Rechazar los mismos por improcedentes, sin costas en esta instancia por haber existido razón plausible para litigar (artículos 1, 106, 209, 210, 371, 373, 448, 450, 451, 452, 453, 530, 531 y concordantes del Código Procesal Penal); 3) Diferir la regulación de honorarios del letrado interviniente para una vez que los mismos sean fijados en la instancia (arts. 15, 16, 31, 33 y ccdtes. de la ley nº 14.967); 4) Tener presente la reserva del Caso Federal (art. 14 de la ley 48).

Así lo voto.

**A la misma tercera cuestión planteada el Señor Juez, doctor Natiello, dijo:**

Adhiero al voto del doctor Kohan, expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

**Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente**

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

**Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, la Sala Cuarta del Tribunal resuelve:**

I.- Declarar admisibles los recursos de casación interpuestos el Agente Fiscal del Departamento Judicial Necochea, doctor Eduardo Jorge Nuñez, y el doctor Juan Pablo Rosello (T°I F°262 del CAN), en representación de la particular damnificada, señora María Virginia Jensen.

II.- Rechazar los mismos por improcedentes, sin costas en esta instancia por haber existido razón plausible para litigar.

Rigen los artículos 1, 106, 209, 210, 371, 373, 448, 450, 451, 452, 453, 530, 531 y concordantes del Código Procesal Penal.

III.- Diferir la regulación de honorarios del letrado interviniente para una vez que los mismos sean fijados en la instancia.

Artículos 15, 16, 31, 33 y ccdtes. de la ley nº 14.967.

IV.- Tener presente la reserva del Caso Federal (art. 14 de la ley 48).

Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de la presente al tribunal de origen. Oportunamente devuélvase.

**MARIO EDUARDO KOHAN CARLOS ÁNGEL NATIELLO**

**Ante mí: Olivia Otharán**