CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
- 5 OCT 2016
MESA DE ENTRADAS JUDICIAL

SE PRESENTA COMO AMIGO DEL TRIBUNAL

Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación:

INNOCENCE PROJECT ARGENTINA (en adelante "IP Argentina", o "Proyecto Inocencia"); representada por Carlos Manuel Garrido (CPACF Tº 39 Fº 158), María Celeste Braga Beatove y Natalia Lippmann Mazzaglia (CPACF Tº 110 Fº 569), constituyendo domicilio en la calle Cabello Nº 3650, piso 1º departamento F, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el Expediente D.F.G. **Y OTRO s/ ABUSO SEXUAL - ART. 119 1° PÁRRAFO**" (en adelante "El Caso D.F.G. "), se presenta respetuosamente ante V.E. a fin de solicitar se lo tenga como Amigo del Tribunal.

ESTRUCTURA DE ESTE AMICUS CURIAE

A) PERSONERÍA.
B) INTERÉS E IDONEIDAD DE IP ARGENTINA EN ESTE AMICUS CURIAE.
C) HECHOS Y JUICIO DE SUBSUNCIÓN.
D) CONSIDERACIONES SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL CASO: LA FALTA DE EXPLORACIÓN DE UNA HIPÓTESIS ALTERNATIVA COMPATIBLE CON LA INOCENCIA.
I. ESTÁNDAR DE LA VALORACIÓN PROBATORIA (CASAL).
II. VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL CASO D.F.G. **:**
1. El Supremo Tribunal de Justicia de Misiones no realizó una revisión amplia de la condena.
2. Aplicación del método de la sana crítica en relación al material probatorio disponible.
2. (i) Declaraciones en sede policial y Cámara Gesell.
a) Técnica.
b) Aplicación de la técnica al caso particular.
c) Derecho del niño a ser oído en un proceso judicial.

2. (ii) Valoración de testimonios inconsistentes y de oídas.

2. (iii) Elementos incautados.

E) CONCLUSIONES

F) PETITORIO

A) PERSONERÍA

Carlos Manuel Garrido es apoderado de Innocence Project Argentina, tal como lo acredita la documentación que se acompaña.

B) INTERÉS E IDONEIDAD DE IP ARGENTINA EN ESTE AMICUS CURIAE

IP Argentina se especializa en la defensa de personas inocentes condenadas en causas penales en virtud de errores, insuficiencia o inconsistencias en las investigaciones seguidas en la instancia de instrucción y durante el juicio.

Los miembros de IP Argentina son profesionales del derecho de reconocida idoneidad en las áreas de derecho penal, derecho procesal penal, derecho constitucional, filosofía del derecho y ética de las profesiones jurídicas. Por lo tanto la visión, el objeto y los antecedentes de IP Argentina, como así también de sus integrantes, le permite realizar el aporte que respetuosamente ofrece a V.E. en el marco de la presente causa en carácter de Amigo del Tribunal.

C) HECHOS Y JUICIO DE SUBSUNCIÓN

Se halla bajo análisis la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de Misiones (en adelante el "STJ") del 23 de noviembre de 2011, que condena a D.F.G. y L.C.O. por el delito de "ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO (Artículo 119, 2° párrafo en función del 4° párrafo Inc. b, del Código Penal) -Varios Hechos- en Concurso Real, y

CORRUPCIÓN DE MENORES AGRAVADO (Art. 125 3º párrafo del Código Penal), en Concurso Real. Ambos delitos en Concurso Ideal." .

El STJ confirmó los hechos sobre los cuales versó la sentencia de debate del Tribunal Penal Nro. 2 de la Provincia de Misiones, en cuanto tuvo por probado que:

> *"[El] día 14 de septiembre del año 2007 se desprende sin hesitación de las constancias obrantes en la causa, que siendo las horas 06:30 el procesado* D.F.G. *retiró de su domicilio a los menores [N. L. N., D. A. N. y R. N. N.], como era de curso normal para llevarlos a la escuela.- Que, ha quedado verificado que ese día 14 de septiembre del 2007 ambos menores* [N.L.N. y D. A. N.] *registraron inasistencia en el Instituto como así también lo manifestaran las docentes respectivas, quienes aseveran de manera categórica que los alumnos no estaban presentes en el establecimiento educacional en la fecha supra referida.- aquella mañana resultó oportuna para los pervertidos, quienes burlando el recorrido habitual realizado- es decir sin dejar a los dos niños en el Jardín de Infantes- se dirigieron ambos imputados junto con los menores [D. y N. L.] rumbo a su domicilio [...] Allí, los sospechados ultrajaron sexualmente a los niños, manoseando sus partes pudendas, involucrando de este modo la actividad directa de la líbido, lo que determinó en la persona del acriminado* D.F.G. *una forma sucedánea del coito (eyaculación), con intervención de los órganos genitales; llegando al extremo de obligarlos a mantener sexo oral, con la modalidad de introducirse la encartada* L.C.O. *en su zona vaginal, "mentitas" y/ o "pastillas de menta", solicitando a sus víctimas se las sacaran con la boca."*[1]

El Tribunal condena por varios hechos de abuso sexual teniendo como fechas "probables", además del 14 de septiembre, los días 5, 15, 16, 17, 29 y 30 de agosto. A su vez, considera que por la naturaleza de los hechos, estos encuadran con el delito de corrupción de menores en concurso ideal con el abuso sexual

---

[1] Tribunal en lo Penal Nro. 2 de la Provincia de Misiones. Sentencia Debate Oral. Causa: " D.F.G. y L.C.O. s/ Abuso Sexual Gravemente Ultrajante calificado por la Guarda, y Corrupción de Menores Calificada por la Guarda".

D) CONSIDERACIONES SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL CASO: LA FALTA DE EXPLORACIÓN DE UNA HIPÓTESIS ALTERNATIVA COMPATIBLE CON LA INOCENCIA.

I. ESTÁNDAR DE LA VALORACIÓN PROBATORIA (CASAL)

De acuerdo al Código Procesal Penal de la Provincia de Misiones (en adelante, el "CPPM"), los elementos probatorios de valor decisivo de un proceso penal, deben ser valorados conforme a la *sana crítica racional*.[2] Tal precepto supone que los jueces realicen **un análisis objetivo y razonado sobre la credibilidad y la eficacia de la prueba** ofrecida en el proceso de modo que sea posible alcanzar una conclusión certera sobre la ocurrencia de los hechos que se discuten y sobre la autoría de los presuntos responsables.[3] La falta de elementos de convicción conduce necesariamente a una decisión absolutoria de acuerdo a la garantía fundamental de *in dubio pro reo*.

En este sentido, en el fallo *Casal*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante "CSJN" o la "Corte") delinea el alcance del derecho a la doble instancia estableciendo como estándar el del máximo esfuerzo revisor por parte de los jueces de casación, lo que incluye -por inescindibles- cuestiones de hecho y prueba, y cuestiones de derecho. Para ello, la Corte sostuvo que "...se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia, para que ésta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Por ello se le impone que proceda

---

[2] Código Procesal Penal de la Provincia de Misiones (CPPM), Ley 2677, arts. 226 y 400.

[3] Fallos: 328:3399, "Casal, Matias Eugenio y otros s/ robo simple en grado de tentativa", sentencia del 10 de septiembre de 2005. cons. nº 30.

conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado"[4].

De acuerdo con la Corte, dicho método es el de la Historia y consta de 4 pasos: 1) la heurística –entiende sobre el conocimiento general de las fuentes, o sea, qué fuentes son admisibles para probar el hecho-, 2) la crítica externa –comprende lo referente a la autenticidad misma de las fuentes-, 3) la crítica interna –refiere a su credibilidad, o sea, a determinar si son creíbles sus contenidos-, y, por último, 4) la síntesis –que es la conclusión de los pasos anteriores, o sea, si se verifica o no la hipótesis respecto del hecho pasado-. Estos pasos se encuentran, en el ámbito del derecho penal, minuciosamente reglados en la legislación procesal penal.

Finalmente, cuando en el marco de un proceso penal se presenten elementos probatorios que pueden servir para sustentar diversas hipótesis, los jueces, según la Corte, deben aplicar el beneficio de la duda a las conclusiones o síntesis, de acuerdo a lo normado en la Constitución Nacional.[5]

De esta forma, según lo establecido por la Corte en Casal, una sentencia penal solo se considerará fundada a la luz de nuestra Constitución Nacional si el razonamiento del juez en el caso es reconocible de acuerdo a la regla de la sana crítica, que consiste en la aplicación de un método racional, en la reconstrucción de un hecho pasado y en la aplicación del beneficio de la duda. Así, la Corte ha dicho:

> *"Que conforme a lo señalado, la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. Puede decirse que en este caso, la sentencia carece de fundamento y, por ende, esta es una grosera violación a la regla que debe ser valorada indefectiblemente tanto por*

[4] *Ibíd.*, cons. nº 29. El subrayado nos pertenece.
[5] *Ibíd.*, cons. nº 30.

el tribunal de casación como por esta Corte. Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder."[6]

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH") ha reiterado en su jurisprudencia que:

"La motivación de un fallo debe permitir conocer cuáles son los hechos, motivos y normas en las que se basó el órgano que lo dictó para tomar su decisión de modo que se pueda desechar cualquier indicio de arbitrariedad, a la vez que les demuestra a las partes que éstas han sido oídas en el marco del proceso. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado."[7]

Por todo ello, y teniendo en cuenta los acuerdos normativos mencionados en relación al estándar de valoración de la sana crítica de acuerdo a las exigencias constitucionales, corresponde analizar a la luz de dicho estándar las consideraciones del STJ de Misiones en la sentencia del caso D.F.G.

II. LA VALORACIÓN PROBATORIA EN EL CASO D.F.G.

La valoración probatoria en el caso D.F.G. está lejos de satisfacer los estándares constitucionales establecidos en Casal. Así, el STJ no revisó el caso de forma amplia y valoró los elementos de prueba sin aplicar el método de la sana crítica y solo a la luz de la hipótesis de la acusación.

1. El STJ no realizó una revisión amplia de la condena.

El STJ no valoró con el máximo esfuerzo revisor la condena, esto es, no agotó la revisión de lo revisable en relación a los hechos y las pruebas. En efecto, el STJ,

---

[6] *Ibid.*, cons. nº 31.

[7] Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 244; Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151., párr. 122; Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, párr. 118.

además de controlar la valoración probatoria de los materiales obrantes en la causa, debió revisar el curso de la investigación. Se advierte aquí, por el contrario, la falta de consideración de la hipótesis de la defensa, consistente en que debía investigarse el entorno familiar de los menores, con la consecuente denegación de todas las pruebas solicitadas. Este curso de investigación fue también señalado por las maestras de los niños y existen, como señalaremos en apartados siguientes, varios testimonios que la hacían plausible.

A lo largo de la investigación el juez mantuvo un criterio restrictivo frente a la posibilidad de la defensa de controlar y/o generar prueba. Puntualmente: la defensa solicitó la declaración de los menores mediante la modalidad de cámara Gesell desde los comienzos de la investigación (fs.58/60). Dicha solicitud fue denegada, y en su lugar el juez de instrucción ordenó informes psicológicos de las víctimas y sus padres (fs.71), los cuales no pudieron ser controlados por la defensa porque no fue notificada. La cámara Gesell con las víctimas finalmente tuvo lugar 5 meses después de que fuera solicitada; igual suerte corrió la declaración de N. N., hermano mayor de los niños. En lo que hace a la declaración del padre, fue solicitada el 4 de octubre de 2007 (fs. 130) y sin embargo declaró directamente en el debate -esto es, el 23 de noviembre de 2011-.

Nada de esto fue considerado por el STJ en su revisión.

2. Aplicación del método de la sana crítica en relación al material probatorio.

Para sustentar la hipótesis de la culpabilidad en este caso, deben estar acreditados: 1) que los dos hijos menores faltaron a la escuela; 2) que subieron al transporte; 3) que D.F.G. y L.C.O. dejaron al hijo mayor en el colegio, desviaron su recorrido, y llevaron a los otros dos niños a su domicilio y 4) que los abusaron del modo en que

se describe. Si se trata de un delito continuado debiera acreditarse, además, la reiteración del abuso.

Si bien del expediente surgen constancias que acreditan el abuso en los niños, no existen pruebas sobre la autoría. Sin embargo, el STJ tiene por probado que D.F.G. y L.C.O. fueron autores de los hechos mencionados mediante los siguientes elementos: (i) declaraciones de los niños tomadas en sede policial y en Cámara Gesell, (ii) testimonios de oídas, y (iiii) elementos de incomprobable relación con el hecho incautados en un allanamiento.

A continuación desarrollaremos por qué estos tres medios de prueba tienen escaso valor epistémico en este caso y, por tanto, están lejos de satisfacer el estándar constitucional de la sana crítica establecido en Casal.

2. (i) Declaraciones en sede policial y Cámara Gesell

En primer lugar, expondremos los estándares de la comunidad científica relevante para la correcta utilización de la Cámara Gesell con el fin de obtener un testimonio válido a partir de la entrevista a niños en edad preescolar. Luego, analizaremos la manera en que la técnica fue aplicada al caso particular, que dista de ser la adecuada

a) Técnica

La "Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as y adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos", editada en conjunto por UNICEF, ADC, y JUFEJUS (en adelante la "Guía"), destaca la importancia de que los operadores actúen con especial cuidado y de acuerdo a protocolos estandarizados a la hora de entrevistar niños, para lograr recuerdos claros, precisos y no contaminados.

"...Para ello, [la Guía establece que] **es fundamental** que los distintos actores intervinientes desde el momento de la denuncia o develación del hecho no interroguen al NNyA [niño, niña y adolescente] sobre los hechos objeto de denuncia durante las distintas etapas del proceso."[8]

Toma especial importancia a este respecto que al momento de la denuncia en sede policial, todas las preguntas sean estrictamente formuladas al adulto. Mientras tanto, se debe mantener a la víctima separada y contenida, en un espacio donde no tenga contacto con dicho testimonio. Se encuentra expresamente contraindicado interrogar al niño en esta etapa inicial. De lo contrario existen enormes posibilidades de contaminar el testimonio.[9]

En lo que respecta al ambiente donde debe desarrollarse la entrevista, se recomienda que ".... debe realizarse en un ambiente diseñado especialmente para este fin, procurando que el NNyA se sienta lo más cómoda y relajada posible, sin interrupciones y en un entorno que le provea privacidad."[10]

En lo que hace al momento de la declaración testimonial, se establece que la misma "debe efectuarse lo más rápido posible, preferentemente durante la primera semana posterior al develamiento."[11]

A estos efectos, es necesario que el espacio físico sea "silencioso, con aislamiento de ruidos externos y no debe haber interrupciones de ningún tipo. La decoración debe ser amigable y adecuada para el NNyA de diferentes edades. Debe transmitir

---

[8] Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as y adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos, UNICEF, ADC, JUFEJUS, 2013, pág 15. El resaltado nos pertenece. Disponible en: http://files.unicef.org/argentina/spanish/proteccion_Guia_buenas_practicas_web.pdf (Última consulta: 03/10/2016)

[9] *Ibíd.*, pág. 24.

[10] *Ibíd.*, pág. 17.

[11] *Ibíd.*, pág. 16. El resaltado nos pertenece.

una sensación de calidez y comodidad, ser atractiva aunque sencilla para evitar distracciones."[12]

Por otra parte, una vez establecido el ambiente de confianza con el NNyA, hay que tener en cuenta que si bien los niños pueden recordar los incidentes que han experimentado, "la relación entre la edad y la memoria es compleja y hay una cantidad de factores que influyen en la calidad de la información que pueden adoptar".[13] Así, la comunidad científica relevante ha consensuado preferible utilizar modelos de entrevistas estructuradas en etapas (en lugar de entrevistas libres)[14] como lo es, el influyente **protocolo del National Institute of Child Health and Human Devolopment (en adelante, el protocolo "NICHD")[15]**. De acuerdo con el STJ, este fue el modelo utilizado para conducir las entrevistas.

El protocolo NICHD establece un orden de preguntas orientado a dividir la entrevista en etapas: (1) introducción; (2) construcción del *rapport*; (3) relato libre o sustantivo. Resulta recomendable no apartarse de los lineamientos ofrecidos por este modelo de entrevista. La utilización de otros enfoques, metodologías, o técnicas debieran tener lugar solo a modo de excepción, y de manera oportunamente justificada en cada caso concreto por el especialista.[16]

Entonces, la conducción de la entrevista en etapas "se fundamenta en la importancia de construir una situación de *rapport* o confianza previa al comienzo de la entrevista en sí, y una vez conseguida, en facilitar el recuerdo libre del NNyA con

---

[12] *Ibíd.*, pág. 44. El resaltado nos pertenece.
[13] *Ibíd.*, pág. 51.
[14] *Ibíd.*, pág. 50.
[15] Protocolo del National Institute of Child Health and Human Development. Dsiponible en: http://nichdprotocol.com (Última consulta: 03/10/2016)
[16] *Ibíd.*, pág. 53.

la menor cantidad de intervenciones posibles."[17] De allí que la mera repetición de las preguntas conforme al modelo no asegura de por sí la obtención de un ambiente de confianza donde el niño pueda brindar un testimonio basado en un recuerdo libre y confiable.

b) Aplicación de la técnica al caso particular

1) Entrevistas múltiples antes de la Cámara Gesell

Contrariamente a lo recomendado por la Guía, los niños fueron interrogados en diversas instancias previas a la intervención de las especialistas. En esos momentos la defensa no solo no tuvo oportunidad de controlar los testimonios, sino que pudieron resultar contaminados sin demasiada dificultad. Previo a la realización de las cámaras Gesell, los niños fueron interrogados: (i) en oportunidad de ser revisados al momento de la denuncia por los dres. G., P. y D. ; (ii) en la entrevista que mantuvieron con la Lic. R. ; y (iii) más problemático aún, el niño víctima N.L.N. brindó su primera declaración en sede policial.

2) Demora injustificada de la Cámara Gesell

Contrariamente a lo recomendado por la Guía, los niños declararon en Cámara Gesell durante el mes de febrero de 2008, es decir, 5 meses después del hecho.

3) Desarrollo de la entrevista

La licenciada L. , psicóloga del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de la Provincia de Misiones, al momento del debate precisó cómo fue conducida la entrevista a N.L.N. e indicó que "*repetía las preguntas atento que se escuchaba mucho ruido proveniente de la calle y no se escuchaban las respuestas de N.L.N., y que a raíz de esa situación se resolvió acondicionar un consultorio a fin de llevar a*

---

[17] *Ibíd.*, pág. 53.

cabo la segunda entrevista, lo que redundó en otro tipo de dificultades porque al cambiar el lugar cambió el tipo de producción del niño, volviéndose más disperso."

En el mismo sentido y en relación a la primera declaración de D.A.N. en cámara Gesell, la Lic. M.I.D.C. aclaró durante el debate que por problemas de sonido no se pudo extraer material válido a los fines periciales, por lo que no existe ningún registro de sus resultados.

A partir de lo referido por las psicólogas que guiaron la entrevista y del análisis del expediente, se observan 4 cuestiones que vician irremediablemente la forma en que la técnica fue empleada, y que afectan directamente a la fiabilidad de sus resultados. A saber:

- **Ambiente poco propicio para la entrevista**

En este sentido, es importante remarcar que la comunidad científica relevante cuenta con un grado elevado de consenso en cuanto a que: "En una situación de ambiente poco propicio, con interrupciones, distracciones o carencia de rapport, el relato del niño no estará exento de riesgo."[18]

Según surge el testimonio de las propias especialistas, queda claro que las condiciones en las que se entrevistó a los niños no satisfacen los estándares recomendados y eso aumenta las posibilidades de que su testimonio haya sido contaminado.

- **Necesidad de repetir las preguntas**

De acuerdo al testimonio de la psicóloga interviniente, debido a las condiciones ambientales de la entrevista se vio en la necesidad de repetir las preguntas a los

---

[18] Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Catalunya), Juárez López, Josep Ramon, & Sala Berga, Eva, *Entrevistando a niños preescolares victimas de abuso sexual y/o maltrato familiar: Eficacia de los modelos de entrevista forense*, 2011, pág 52.https://www.crin.org/en/docs/SC_3_171_11_cast.pdf (última consulta 03/10/16).

niños. Esto resulta especialmente problemático, puesto que el niño puede sentirse presionado a brindar un testimonio que el niño crea que satisfaga al adulto. Puntualmente, la literatura especializada indica que: "Si quien los entrevista hace la misma pregunta diversas veces, algunos niños supondrán que no han dado la respuesta correcta y crearán una historia para satisfacer al adulto. El relato del niño puede ser sutilmente inducido por el entrevistador reforzando las respuestas consideradas adecuadas y castigando las inadecuadas. Una vez conformado el relato, se puede implantar como un recuerdo del niño. Cuántas más veces tenga que repetir el relato, más sólido se volverá el recuerdo."[19]

- **Repetición de la entrevista por razones de orden tecnológico y de infraestructura.**

Adicionalmente, el hecho de que la entrevista se haya tenido que reiterar, va en contra del objetivo de que la víctima brinde su declaración una única vez. Esta precaución es fundamental por 2 razones: evitar la revictimización; y minimizar la posibilidad de influencias o intimidaciones externas, toda vez que ello podría afectar la predisposición del niño de volver a relatar los hechos[20].

El tiempo transcurrido entre la denuncia de los hechos y las entrevistas, su repetición, y algunas afirmaciones de los niños ponen en duda el valor epistémico de los resultados de la técnica, puesto que hay indicios claros de influencias externas sobre los niños.

En este sentido, llama la atención el testimonio de la propia especialista L. , quien afirma al inicio de la segunda entrevista con N. L. N., lo siguiente: "Inicia la entrevista y es notable que habló con su hermana y con alguien en la casa y dice

---

[19] *Ibid.*, pág. 51.
[20] *Supra* nota 8, pág. 16.

'yo hablé mal'." El interrogante que surge es: ¿mal respecto de qué? y ¿según quién?

A su vez, resulta ilustrativo el minuto 36:03 de la primera entrevista realizada 5 meses después de los hechos, donde según la licenciada L. el niño empieza a reproducir conversaciones mantenidas con L.C.O. Puntualmente refiere una secuencia en la cual su hermana le arroja una almohada en la cara.L.C.O.le dice "no tire la almohada así", a lo que la niña contesta "yo hago lo que quiero porque es mi casa". Esta verbalización, al ser referida de manera espontánea por la niña, arroja un manto de duda respecto del lugar donde sucedieron los abusos.

- **La presencia de los padres en la sala de observación**

Otro factor que puede afectar de manera adversa la obtención de un testimonio fehaciente es la presencia de los padres o adultos de referencia. Si llegado el caso alguno de los padres puede llegar a tener alguna complicidad con el imputado, o existe alguna sospecha sobre ellos, resulta especialmente desaconsejable que se encuentren siquiera en la sala de observación.[21]

Sin embargo, más allá de que la defensa siempre señaló como hipótesis a investigar que los abusos podrían provenir de la casa, al momento de dibujar a su familia (min. 9:40, primera cámara Gesell) N.L.N. pide salir de la sala para corroborar el color del pantalón de su padre, lo que evidencia que el niño sabía que su padre lo estaba mirando; e incluso en el min. 31, el niño solicita se apague la cámara de la entrevista.

En conclusión, la implementación de la técnica en el caso estuvo plagada de errores que minan la fiabilidad de sus resultados. De este modo, el informe

---

[21] *Supra* nota 8, págs. 57 y 58.

realizado por la Lic. L. carece del valor epistémico requerido para tener por acreditado un juicio de culpabilidad.

c) Derecho del niño a ser oído en un proceso judicial.

Como corolario de la notable deficiencia con que fue aplicada la técnica de entrevista en el presente proceso, no solo se ha desamparado a los imputados de su derecho de defensa, consagrado en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional, sino que además se encuentra lejos de satisfacer otras demandas de orden constitucional, como ser el derecho del niño a ser oído en un procedimiento judicial, conforme el artículo 12 inciso b de la Convención de los Derechos del Niño. Esto es así, en tanto "el derecho a ser oído supone la necesidad de que se garanticen las condiciones adecuadas para que el NNyA pueda expresarse libremente, en un entorno conforme a sus necesidades, características y particularidades."[22] Tomar declaración a un niño sin considerar ninguno de estos factores, implica no tomarse en serio el derecho del niño a ser oído.

2. (ii) Valoración de testimonios inconsistentes y de oídas.

Como hemos indicado anteriormente, a los efectos de sustentar racionalmente la hipótesis de la culpabilidad, el Tribunal debía acreditar: 1) que los dos hermanos menores faltaron a la escuela el día 14 de septiembre de 2007; 2) que subieron al transporte; 3) que D.F.G. y L.C.O.dejaron al hijo mayor en el colegio, desviaron su recorrido, y llevaron a los otros dos niños a su domicilio; 4) que los abusaron del modo en que se describe; y 5) la reiteración del abuso en circunstancias de tiempo, modo y lugar.

---

[22] *Ibíd.*, pág. 16.

A continuación detallaremos de qué otra prueba, distinta a la Cámara Gesell, se valió el tribunal para considerar probados los puntos anteriores:

1) Que los niños faltaron a la escuela el 14 de septiembre de 2007.

Si bien, de acuerdo con el Tribunal, los registros de asistencia son poco confiables porque pueden resultar adulterados, los jueces consideran el testimonio de la madre de los niños como pieza fundamental para tener certeza sobre este hecho en particular. Se desestima, en cambio, por razones arbitrarias el testimonio de las maestras y la directora del colegio, que afirman que el hermano mayor tampoco asistió a clases el 14 de septiembre.

2) Que los niños subieron al transporte.

Este hecho se acreditó a través de la declaración testimonial de la madre de los niños y de la empleada doméstica, M.G. Sin embargo, existen contradicciones entre ambos testimonios que arrojan dudas sobre su credibilidad, puesto que ni siquiera se ha podido establecer con precisión si M.G. se encontraba trabajando para la familia N. al momento de los hechos. Sin considerar que el tribunal no indagó en los severos reparos opuestos por la defensa en relación a la testigo M.G. , a saber, que su verdadera identidad nunca fue debidamente acreditada.

Adicionalmente, C.I.A. , madre de otra niña que subía al transporte luego de los N. , y que habitualmente veía a los tres hermanos, declara no haberlos visto ese día. El juez desestima caprichosamente este testimonio diciendo que D.F.G. no había declarado haber pasado ese día por la casa de la señora C.I.A. , como era habitual, y porque contrariamente a lo declarado por la Sra. C.I.A. , otros testigos refieren que el día 14 no llovía.

De esta manera, resulta evidente que, sobre este punto, nada ha sido acreditado.

3) Que D.F.G. y L.C.O. **trasladaron a los niños a su domicilio.**

Este hecho surge sólo del testimonio de la madre y de la empleada doméstica. Ambas dicen haber sido quien subió a los niños al transporte ese día, advirtiendo luego que estos nunca llegaron a la escuela a partir de lo que le refirió N.L.N a su madre en oportunidad de bañarlo.

4) Que los niños fueron abusados del modo descrito en la sentencia por D.F.G. y L.C.O.

El testimonio de los niños, como se explicó, estuvo viciado desde el primer momento, siendo esta la principal prueba utilizada para acreditar la forma de los abusos.

Sin embargo, frente a esas dudas, los jueces lejos de respetar el estándar constitucional del principio de inocencia para la valoración de la prueba, decidieron dar sustento a la hipótesis de la culpabilidad sin evidencia cierta para fundar la autoria.

5) Que el delito fue reiterado.

Otro aspecto no revisado por el STJ consiste en la forma en que el Tribunal de primera instancia tuvo por acreditada la reiteración del delito. Así, el tribunal sostiene que partiendo de la premisa extraída de los dichos de la madre -"si falta uno, faltan todos"-, del Registro de asistencia surgen otras fechas (5, 15, 16, 17, 29 y 30/08) en las cuales N. asistió al colegio y los niños no, de lo que:

> "...se puede inducir como probables fechas en que se produjeron los hechos investigados, así como el día 14 de septiembre del 2007.- Dicho de otra manera, sostengo que luego de bajar a N. en la escuela a las 07,00hs. de la mañana es más que probable que los imputados hayan desviado el destino de los menores víctimas a la vivienda de D.F.G. y L.C.Oy/o en alguna ocasión a la Plazoleta del

Mirador, siendo éstas consecuentemente, fechas probables de la comisión de los delitos que se les endilga...".

La arbitrariedad del razonamiento resulta evidente. En efecto, se trata de un razonamiento falaz dado que la conclusión no se deriva de las premisas; parcial, puesto que los datos son leídos -contrariamente a lo exigido por Casal- solo a la luz de la hipótesis de la culpabilidad; y arbitrario, dado que el tribunal funda la existencia de varios abusos sin contar con evidencia que los sustente.

Como se ve, la investigación se nutrió, casi de manera exclusiva, de los dichos de la madre de los niños -testigo de oídas- a los que los jueces dieron especial credibilidad en el contexto del caso, por encima de otros testimonios que contradecían algunas de las afirmaciones de la madre.

Este tipo de testimonios son meramente indiciarios y en ningún caso deben valorarse como prueba de cargo. Como indicios, sin embargo, sirven para guiar la producción de la prueba necesaria para corroborar o descartar la hipótesis de la culpabilidad.

Señala Roxin, en referencia a la jurisprudencia alemana que "...una declaración semejante, debido a su escaso valor probatorio, normalmente necesita ser confirmada por otros puntos de vista importantes, si se pretende basar la sentencia en ella..., independientemente de esa problemática particular, las declaraciones de los 'testigos de oídas' siempre deben ser examinadas con especial cuidado...".[23]

2. (iii) Elementos incautados.

En su sentencia, el STJ cierra la discusión relativa a la culpabilidad con la sola mención de que "*Los elementos secuestrados en el domicilio de los encartados también fueron decisivos.*"

---

[23] Roxin, C., *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 402/403.

Los elementos a los se hace referencia consisten en: (i) dos láminas del cuerpo humano que se encontraban debajo de la cama con un metegol chiquito de juguete; (ii) un palo de escoba - ello porque el menor habría referido a la madre que se lastimó el ano con un palo- sobre el cual se hizo un estudio de ADN que dio negativo; y; (iii) un artefacto luminoso con forma de esfera de colores.

Advertimos que no existe ninguna razón válida, y hasta resulta ridículo vincular estos elementos –comunes a cualquier vivienda habitada– con el delito que se imputa.

E) CONCLUSIONES.

De todo lo expuesto, se desprende la clara vulneración a las garantías constitucionales en el caso, que se manifiesta en: a) la falta de control por parte de la defensa de pruebas centrales en el caso; b) la denegación reiterada de medidas de prueba solicitadas por la defensa; c) la falta de aplicación del método de la sana crítica en el razonamiento judicial; d) la falta de revisión por parte del STJ.

Durante el proceso, como vimos, la defensa ofreció en numerosas oportunidades prueba tendiente a acreditar la hipótesis defensista del caso. Sin embargo, los jueces rechazaron esas medidas en reiteradas oportunidades afectando su derecho de defensa en juicio y contrariando en forma palmaria lo establecido por esta Corte en Casal. Así, de acuerdo con este precedente, el juez "...está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes y aun a proveer al acusado de la posibilidad de que aporte más pruebas que reúnan esas condiciones e incluso a proveerlas de oficio en su favor..."[24].

---

[24] Fallos: 328:3399, supra nota 4, considerando 30.

Más aún, como se ha desarrollado a lo largo de este Amicus, el tribunal tampoco logró satisfacer el estándar de la sana crítica establecido en Casal para fundar la condena. De este modo, ha quedado evidenciada la vulneración a la garantía de defensa en juicio, al derecho a la doble instancia, y al principio de inocencia de D.F.G. y L.C.O.

F) PETITORIO.

Por todo lo expuesto, se solicita a V.E. que:

I. Se tenga a Innocence Project Argentina por presentada como "Amicus Curiae".

II. Se declare formalmente admisible el presente escrito.

III. Se tengan en cuenta las consideraciones vertidas.

IV. Oportunamente, **se revoque la condena dictada.**

TENER PRESENTE LO EXPUESTO,

SERÁ JUSTICIA.

MANUEL GARRIDO
ABOGADO
C.P.A.C.F. T°39 F°158

NATALIA LIPPMANN MAZZAGLIA
ABOGADA
C.P.A.C.F. T°110 F°569