Doctrina

Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia
Hacia la recuperación de las máximas "Testimonium unius non valet" y "Nemo testis in propria causa"

Por Marcelo A. Sancinetti (*)

SUMARIO: I. El caso del padre que era "muy estricto con su hija": a) La visión de los medios La Nación y Clarín; b) Objetivos de este trabajo a partir de las reflexiones suscitadas por este caso y otros análogos.– II. Crisis del "principio de inocencia" e "indeterminación del hecho" objeto de acusación: a) La violación al "principio de inocencia" devenida en regla general en casos de acusaciones por abuso sexual; b) La agravación por vía de la indeterminación del hecho.– III. La advertencia no escuchada del ex juez civil Eduardo J. Cárdenas.– IV. La reacción contra lo que pasó a ser denominado el "backlash argentino".– V. Realidad y fantasía del abuso sexual: a) La confesión de Freud a Fließ, de 1897: "Ya no creo más en mi neurótica"; b) Los efectos de posibles "histerias colectivas": 1. El caso "Friedman"; 2. El caso "Michaels"; 3. El caso "Montessori"; 4. Los casos de revelación posterior de manifiesta inocencia del condenado por sentencia firme; 5. ¿La "elefantiasis" del control del Estado como solución?; c) Conclusiones provisionales.– VI. La imposibilidad de distinguir con certeza entre una declaración verídica y una falsa y el prejuicio de que "los niños no mienten": a) A la búsqueda de un testigo puro, a quien pudiera creérsele sin más ni más; b) Las investigaciones sobre el registro mental de los niños y la posibilidad de una evaluación fiel de sus declaraciones: 1. Generalidades; 2. Vicios concretos en las entrevistas a menores: i) Del supuesto indicio de patrones de conducta discordantes; ii) De la escasa fiabilidad de las "constataciones"; iii) De los vicios de las entrevistas usuales: los "validadores"; c) De la capacidad de los niños para mentir deliberadamente; d) Conclusiones provisionales.– VII. Del reverdecimiento de las viejas máximas probatorias como garantías de "principio de inocencia" e "igualdad ante la ley".– VIII. El estado de la doctrina actual sobre esta materia: a) Estándar "ideal" versus el estado "real" de la situación; b) El estado de la doctrina y la jurisprudencia alemanas: 1. Grado de detalle; 2. Consistencia lógica; 3. Forma de la declaración; 4. Elementos referidos a la motivación; 5. Origen de la declaración (la así llamada "génesis de la declaración"); 6. Motivación de la declaración; 7. Particularidades en las declaraciones de niños; 8. Evitación de interrogatorios sugestivos; c) Valoración crítica provisional del panorama ofrecido hasta aquí; d) El problema particular de la llamada "declaración contra declaración": 1. La cuestión; 2. Fallos del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH); 3. Conclusiones sobre esta jurisprudencia.– IX. Dos sentencias argentinas de peso que marcan el camino correcto: a) Cámara Nacional de Casación Penal; b) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut.– X. Balance y conclusiones

I. EL CASO DEL PADRE QUE ERA "MUY ESTRICTO CON SU HIJA"

a) La visión de los medios La Nación y Clarín

Hace algunos meses los medios de comunicación, especialmente los diarios La Nación y Clarín, sorprendieron a sus lectores al mostrar cierta "escandalización" por el hecho de que un hombre –que había sido acusado por su hija de haberla violado– había pasado veinte meses en prisión, cuando, en el juicio, la hija se retractó de la imputación –y ya lo había hecho antes, durante la instrucción–, explicando su denuncia originaria en que el padre

(*) El autor agradece la lectura crítica de diversos colegas que desempeñan su labor en distintos roles profesionales y, en particular, los

era muy estricto, no la dejaba salir a bailar ni estar libremente con su novio.

La Nación presentó la noticia del siguiente modo:

"Córdoba: un hombre estuvo preso por una falsa denuncia de violación de su hija. El hombre estuvo detenido durante veinte meses; la joven admitió que había mentido sobre el abuso porque su padre era 'muy rígido y no la dejaba ir a bailar ni tener novio'.

"Un hombre estuvo preso durante veinte meses por una falsa denuncia de violación realizada por su hija. El hecho ocurrió en la provincia de Córdoba y la verdad se dio a conocer hoy, cuando su hija, de 19 años, admitió que había mentido sobre el abuso para vengarse de su padre porque 'era muy rígido y no la dejaba ir a bailar ni tener novio'.

"Según publicó hoy el diario La Voz del Interior, la Justicia cordobesa absolvió al hombre, de 44 años, cuya identidad no se dio a conocer por razones legales, al comprobar que la acusación era falsa, motivada en una venganza.

"El fiscal de la causa, Marcelo Altamirano, calificó al hecho como 'desgraciado', luego de un juicio oral que se realizó en la ciudad de Córdoba.

"'Perdoname, papá, por favor. Perdoname, perdoname', a lo que el hombre respondió: 'Sí, hija, te perdono'. Ambos rompieron en llanto al término del juicio, realizado en el edificio Tribunales II, de esta capital provincial.

"El hombre había llegado a juicio acusado de violar a su hija mayor.

"Recuperó su libertad y regresó al hogar, luego de haber estado veinte meses preso en la cárcel de Bouwer.

"La chica se había desmentido el año pasado durante la investigación de la causa ante la fiscal de Instrucción Adriana Abad. Sin embargo, la funcionaria judicial no le creyó, y decidió seguir adelante con la acusación y terminó enviando a juicio al hombre.

"'La fiscal no le creyó a la chica cuando se desmintió, porque muchas veces las víctimas se desdicen finalmente. Ya sea por amenaza del abusador o porque depende económicamente de él', comentó una fuente judicial.

"Los jueces de la Cámara 6ª del Crimen decidieron absolver al acusado por el beneficio de la duda, en consonancia con el pedido que había formulado el fiscal Altamirano.

"Ahora, el camionero (es decir, el acusado, que era de oficio camionero) planea accionar judicialmente contra el Estado provincial y analiza con su abogada, Claudia Mirele, qué presentación realizar contra la fiscal Adriana Abad, por lo que considera un abuso judicial. 'Mi cliente está destruido. Pasó casi dos años preso siendo inocente y ahora tiene que rehacer toda su vida de nuevo, laboral y familiarmente', señaló anoche la abogada al diario cordobés.

"El camionero había sido detenido por la Policía el 7/2/2008, por orden de la Justicia (entiéndase: Poder Judicial). La detención se produjo luego de la denuncia que su hija (de 17 años por aquel entonces) había formulado, junto a su madre (esposa del acusado), en la Unidad Judicial de la Mujer.

"La chica declaró que entre 1998 y 2003 había sufrido constantes manoseos y que en el lapso que va de 2003 a 2007 habían existido abusos sexuales con acceso carnal, mientras su madre no estaba en casa, confiaron fuentes judiciales" (1).

Muy similar es la forma en que el diario Clarín presenta la misma noticia. Aquí reproduciré los títulos de este otro medio de comunicación masivo, como así también algunos párrafos finales:

"Estuvo preso por violación por una mentira de su hija. El hombre estuvo detenido veinte meses en una cárcel de máxima seguridad. Pero en el juicio oral su hija admitió que no fue abusada y que todo había sido un invento. El fiscal no acusó y (el acusado) terminó absuelto.

"(...).

"El detonante para que la hija denunciara a su papá fue una mezcla de venganza y celos: él le exigía que estudiara, le cuestionaba sus amigos porque a ellos no les iba bien en la escuela y encima ella le encontró en el celular un mensaje de texto de una mujer que no era su madre. Cuando J. cayó preso, 'sus familiares fueron visitados por miembros de la Iglesia evangélica, quienes les dijeron que debían vender su casa y darles dinero porque ellos los habían ayudado a liberarse del peligro y estaban en deuda'.

"Incluso, durante la investigación, la suegra del padre sospechado declaró ante la fiscal Abad: 'Yo tengo una corazonada, recibí un mensaje de Dios que me decía que algo pasaba en esa casa'. Pero en el juicio negó haber visto alguna conducta sospechosa.

"En medio del juicio y sin pruebas del abuso, el fiscal Altamirano le propuso a la defensora Mirele un acuerdo: 'No quise, porque yo quería que también se cayera la acusación de la violación y J. se fuera con una absolución que limpiara su integridad moral. Y lo logramos'.

"Ayer, al salir de la sala de audiencias, J. se abrazó a su familia. Su hija mayor, la falsa acusadora, lo miraba llorando desde un banco. Al verla, el hombre se acercó, le tendió la mano y le dijo: 'Vení hija, te perdono'" (2).

La presentación informática del diario Clarín le agrega al relato una grabación inserta en la nota, en la que el locutor, en imagen y audio, dice lo siguiente:

"El caso de la chica de Córdoba que denunció falsamente a su padre por violación es digno de un 'culebrón televisivo'. Además, el hecho de que haya sido por... en venganza

aportes dados por los informes de Alejandro Chehtman, Thomas Kliegel y Kolis Summerer, respecto de datos referidos al mundo anglosajón, a la doctrina y jurisprudencia alemanas y a la doctrina y jurisprudencia italianas, respectivamente.

(1) Cfr. diario La Nación, noticia del 30/10/2009, http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1192465.

(2) Cfr. diario Clarín, noticia del 30/10/2009, nota de Gustavo Molina, http://www.clarin.com/diario/2009/10/30/um/m-02029748.htm.

por que el padre le exigía buenas notas en el colegio le da un toque mucho más... eh... dramático a la cuestión... eh... Lo cierto es que también evidencia este caso que la justicia cordobesa actuó muy mal, para que un hombre que es inocente... eh... haya pasado veinte meses preso en una cárcel de máxima seguridad. El fiscal del juicio oral... eh..., que pidió la absolución del acusado y la consiguió... eh..., dijo que es un hecho desgraciado y se congratuló de que los sensores de la justicia... eh... actuaron lo suficientemente rápido para... eh... evitar males mayores. Habría que ver qué piensa el protagonista central de esta historia, que pasó veinte meses preso por una denuncia de su hija, sin ningún indicio que la avalara" (3).

b) Objetivos de este trabajo a partir de las reflexiones suscitadas por este caso y otros análogos

Al autor de este artículo le resulta ante todo sorprendente que los medios de comunicación arriba citados presenten el caso "de la hija del padre estricto" poco menos que como una "vergüenza judicial", por el hecho de que la denuncia que originó el encierro del padre, en definitiva, no tuviera "ningún indicio (objetivo) que la avalara".

Ello sería de entender si, en general, es decir, para los demás casos, esos mismos medios abogaran por el respeto de las garantías del acusado en el proceso penal, y, muy en particular, sostuvieran uniformemente que un hecho punible no puede ser atribuido a una persona sólo sobre la base de los dichos de otra que lo acusa, sin indicios objetivos que "avalen las palabras".

Si uno estudia los antecedentes del expediente judicial real del "caso del padre estricto", verá que el caso se inició y tramitó en la misma forma en que inician y tramitan, pero también concluyen en condena, numerosos casos análogos. Tampoco hay ninguna seguridad de que la hija dijera la verdad en el juicio y que hubiera mentido en su denuncia originaria –lo que, naturalmente, no significa que haya sido incorrecto absolver al acusado– (4).

(3) Cfr. diario Clarín, noticia del 30/10/2009, nota de Horacio Convertini, http://www.clarin.com/diario/2009/10/30/um/m-02029748.htm.

(4) He tenido a la vista las actuaciones del caso (causa S-002/2008, "S., J. s/ abuso sexual c. acc. carnal agravado continuado"). El expediente se inicia con una denuncia de la madre que previamente había consultado, junto con sus hijas, a una psicóloga de la parroquia de su barrio. Ella le expresó allí que su concubino, padre de las hijas, era de ejercer actos violentos y que había querido abusar de sus hijas, que las había querido tocar o las había tocado; también narró un hecho ocurrido unos cinco años antes, del que ella misma habría sido testigo, al ver a su pareja y a su hija en el cuarto de ésta, ambos sin ropa interior; el padre, arrodillado al costado de la cama de su hija; que al parecer la hija se hallaba durmiendo. Pero la hija no reconoció ante la madre que el padre le hubiese hecho algo. La psicóloga entrevistó a la hija mayor, que no le contó nada; luego a la menor, que dijo que sí había sido testigo muchas veces de lo que pasaba entre el padre y la hermana, y que ella misma, la menor, había sido víctima de él (dejando indeterminado el hecho de esta imputación). Que nunca habían denunciado nada, porque el padre las amenazaba, diciéndoles también que la madre iría presa, por ser cómplice. Sobre esta base (indeterminada) se inst a la acción penal y se pide que el concubino sea excluido del hogar. Una psicóloga del Poder Judicial (Lic. I. R., perteneciente a la Unidad Judicial de la Mujer y el Niño Víctimas de Delitos Contra la Integridad Sexual) emite un informe en el que narra los relatos de la hija menor, que a su vez se referían a la mayor, la cual "no quería hablar"; pero el padre "sabía que la menor sabía"; el hecho así "evocado" databa de cuando las niñas tenían 6 y 8 años; la menor se despertaba siempre a las 4 hs. de la mañana, "no sé por qué", y veía "que él estaba arriba de ella". Luego se hace referencia a otro hecho más cercano, a "tocamientos debajo de la ropa" (sobre la hija menor). La psicóloga asienta: "La menor se refiere a lo anteriormente expuesto –de manera textual– de un modo espontáneo, pero con mucha ansiedad. Se la observa angustiada frente a la exposición de las múltiples situaciones de violencia vividas, pero firme y segura de lo que dice" (fs. 7 y vta.). Las menores se retiran –en compañía de su madre– sin aceptar exponerse a una revisación médica. Durante unos días, madre e hijas vivieron en la Iglesia Cita con la Vida. Tiempo después (16/1/2008), ido el padre del hogar, la hija mayor presta declaración y allí sí dice que "desde que tenía 8 años su padre la manoseaba, tocándole los senos (¿senos a los 8 años?), la vagina y en la cola"; que ese hecho se repitió varias veces. También refirió hechos similares como ocurridos en tiempos más recientes, en la cama de la hija, "siempre por encima de la ropa". Que cuando ella tenía 13 años "su padre comenzó a accederla por vía vaginal". Que el padre le decía que si ella no accedía "se rompía el equilibrio familiar"; que ello había ocurrido hasta el 15 de diciembre pasado; que cuando ella lo acompañaba en sus viajes como camionero él también se abusaba de ella, pero que no había abusado de sus otras hermanas (fs. 17 y vta.). Recabados datos con los vecinos, unos presentaban al imputado como "muy buena persona", mientras que otros, como "vecino problemático", así como había quien se refería a la familia en sí como una "familia con problemas" (fs. 18 y vta.). También fue interrogado un hermano menor, de 14 años, "porque mi hermana dice que mi papá la violó"; "...yo no vi ni escuché nada. No sé, no sé qué pasó" (informe de la psicóloga, fs. 25 y vta.). Con estos magros antecedentes se llega a una "intimación al imputado" con las indeterminaciones propias de denuncias de esta índole, que no cumplen con el requisito constitucional de la determinación del hecho. Por ej.: "Primer hecho: en fecha que no ha podido precisarse con exactitud, pero ubicable en el período comprendido entre los años 1998 y 2003, habitualmente en horas de la noche y en un número no determinado de oportunidades... Segundo hecho: con fecha que no puede precisarse con exactitud pero comprendida entre el año 2003 y el 15/12/2007, en un número no determinado de oportunidades..." (etc.). El imputado negó los hechos. Con estos elementos la fiscal dicta prisión preventiva (art. 281, incs. 1 y 2, CPP, fs. 72/79). Tiempo después, el 28/4/2008, la madre se presenta a declarar, revocando su denuncia, porque sus hijas le habían dicho "que habían mentido". Al día siguiente (29/4/2008) se desdijo ante la psicóloga, en cámara Gesell, la hermana menor (fs. 109/112), diciendo que todo había sido idea de su hermana; días más tarde (8/5/2008) se desdijo la hija mayor (fs. 116 y ss.). Tras muy diversas actuaciones, peritajes, intervenciones de las conversaciones de la hija mayor con su novio, etc., se realiza un peritaje psicológico extenso sobre la madre. La psicóloga (Lic. G. Y. M.) afirma al final de su informe: "Si se me permite, quiero destacar que estamos frente a una mamá que privilegia su pareja y muy probablemente el bienestar material de su hogar negando, reprimiendo y/o evadiendo lo que estaría sucediendo en el seno de su familia, dejando a sus hijas desprotegidas y en estado de vulnerabilidad e indefensión" (fs. 299/305, esp. in fine). La causa siguió entonces su curso,

Mas para el hombre de derecho, preocupado por las garantías procesales propias de los derechos fundamentales de la persona humana, lo determinante no es establecer en qué momento habrá dicho la verdad la hija del "padre estricto" –si al inicio o después–, sino preguntarse si, ya en general, es razonable llevar adelante una acusación sobre la base de los dichos de alguien, sin corroborantes objetivos. El hecho de que la apreciación de la prueba esté regida hoy por el principio de la "libre valoración" no libera al juzgador de vincular su razonamiento a reglas que puedan ser impuestas a un observador objetivo como un razonamiento vinculante, válido intersubjetivamente; no como mero producto de la "íntima convicción". En principio, las "palabras" no son una prueba suficiente de la materialidad del hecho; menos aún si provienen de una sola persona (testimonium unius non valet); y menos aún si ésta es la propia víctima (nemo testis in propria causa).

Se busca aquí, pues, incitar a una revisión de los parámetros con los que son tratados estos casos en las jurisdicciones penales y lograr criterios respetuosos del Estado de Derecho, en particular, en el caso, de las garantías procesales del imputado, y de los principios de igualdad y de inocencia.

II. CRISIS DEL "PRINCIPIO DE INOCENCIA" E "INDETERMINACIÓN DEL HECHO" OBJETO DE ACUSACIÓN

a) La violación al "principio de inocencia" devenida en regla general en casos de acusaciones por abuso sexual

En general, especialmente en casos de acusaciones por abuso sexual, los medios de comunicación no se han espantado nunca de la situación que ha ido desarrollándose paulatinamente en la jurisprudencia de los últimos quizá diez años o más, por la cual, incluso con los meros dichos de una víctima (presunta), se llega a afirmar no sólo la autoría de un sujeto determinado, como responsable de un abuso sexual en sí mismo comprobado por rastros objetivos, sino ya la propia "materialidad del hecho" respectivo –es decir, si el delito ocurrió o no–, sin otro sustento –al menos en muchas ocasiones– que los propios dichos de quien se dice afectado. En términos generales –aunque también hay fallos que reaccionan contra esa liviandad en la afirmación de la culpabilidad del acusado–, realmente ésa es la situación de la jurisprudencia de distintas jurisdicciones del país, y parece serlo en forma creciente.

En efecto, muchas sentencias que condenan al acusado a severísimas penas de prisión son dictadas sin otro sustento que la denuncia de un niño –en ocasiones ya crecido– que dice haber sido abusado por el papá, padrastro, abuelo u otro ser de la familia, sobre todo después de una fractura matrimonial, a lo que se unen eventualmente los dichos de la madre, que sostiene que ella "está segura de la comisión del abuso", que "ha detectado trastornos recientes en la conducta del niño", con más un dictamen pericial hecho por "expertos en psicología o psiquiatría", que dice que el niño "no tiene tendencia a fabular" o a la "mitomanía". Esto ocurre también en denuncias fuera del ámbito familiar, muy común, por ej., en escuelas o jardines de infantes, en que son fácilmente acusados maestros o maestras –hasta que llegará un día en que nadie quiera acercarse a tenderle una mano a un niño–. En ocasiones la imputación se funda también –aunque esto no es uniforme en todas las jurisdicciones– en que otro dictamen pericial hecho sobre el acusado afirma que su personalidad es "compatible" con la que podría tener un abusador.

Todos estos "elementos extra", que se adhieren a la declaración de la "víctima" como si le dieran un sustento independiente, son absolutamente vacuos, al menos en la praxis real de la Argentina. En primer lugar, porque, salvo sujetos a ojos vista cuasianormales o delirantes, cualquier persona que hace un relato puede parecer no fabuladora ni proclive a inventar realidades, sin que el oyente pueda saber, por ese solo hecho, si lo que escucha es verdadero o falso. Sobre el acusado que dice: "La acusación es falsa", "Yo no cometí ese hecho", etc., no se hacen dictámenes que digan: el sujeto no tiene tendencia a "la fabulación". En todo caso se asume que miente, aunque no tenga indicios externos de fabulador. ¿Por qué se da esa disparidad? Aquí se produce una primera lesión al "principio de igualdad". En segundo lugar, no hay ningún tipo de personalidad que sea de por sí incompatible con la comisión de un delito, cualquiera que éste fuese. Basar la acusación en tal "dato extra" es tan errado como lo sería afirmar que un testigo miente sólo por el hecho de que su personalidad es compatible con la de una persona que falte a la verdad en juicio (5). Dictámenes de esa última clase no existen en nuestra práctica judicial, y es correcto que así sea, porque no habría tanto una personalidad incompatible con el falso testimonio como una incompatible con cometer cualquier otro delito. Pero si no se puede obtener un dictamen sobre la incompatibilidad de la personalidad con la comisión de cierto delito, entonces, no puede tener ninguna virtualidad probatoria el que dijese que la personalidad "es compatible con la comisión de uno de ellos".

Desde luego que hay personas –niños y adultos– que inspiran más confianza que otras, y que especialmente aquellos que las conocen –lo que generalmente no sucede con los jueces ni con los peritos– pueden dar fe de que se trate de una persona de bien, relativamente fiable. Pero estas

con el derrotero ya informado en el texto.

(5) Personalidades compatibles con "mentir" tienen todos, al igual que personalidades compatibles con "decir la verdad". Sólo en los libros "de ingenio" se parte del presupuesto de que, por ej., "las esclavas de ojos azules siempre mienten", "las de ojos negros siempre dicen la verdad", etc. Así, el elegante ejercicio de Tahan, Malba, "El hombre que calculaba", trad. de B. Losada, Ed. Verón, Barcelona, 1972, p. 156 y ss.

apreciaciones subjetivas, que forman parte de nuestro sentir cotidiano y de nuestros contactos sociales más intensos, no son infalibles. Las apreciaciones de peritos sobre la "no tendencia a la fabulación", por ende, se ha convertido más bien en una fórmula de esterotipo, en un "cliché", de los sujetos llamados "validadores", es decir, de aquellos que tienden a generar un cuadro probatorio proclive a la condenación. En varias jurisdicciones del país se ha constatado, ya que ciertos psicólogos siempre hallan convalidada la versión del abuso transmitida por el menor. Ya por ese solo motivo habría que sospechar que tales actos procesales carecen de verdadero valor probatorio. Por otra parte, los dictámenes periciales de psicólogos suelen mencionar una batería de tests supuestamente realizados al menor (o al acusado), sin que sean acompañados al debate los análisis concretos realizados sobre tales tests, ni los resultados definidos que se derivarían de ellos. Contra eso, la defensa tiene el derecho de exigir que tales tests estén documentados, sean controlados por los peritos de parte y sean discutidos en el debate.

Más allá de estos déficits, en una audiencia de debate relativamente reciente habida en el sur del país, una psicóloga, al ser interrogada con mayor detalle sobre un dictamen pericial suyo respecto de la certeza acerca de los dichos de una menor, respondió: "...en realidad, en primer término, nunca son certezas, obviamente, ¿no?, se trata de Psicología. Pero... me refiero a eso, a los indicadores de credibilidad del relato, que además son indicadores, insisto, clínicos, ¿sí?, no es un detector de mentiras; de hecho muchos de los indicadores de credibilidad son los mismos que utiliza cualquier magistrado cuando analiza el testimonio de cualquier sujeto, digamos, que no haya contradicciones. bueno..."; y más tarde agregó: "Sería muy osado decir que un psicólogo puede determinar si un niño miente o no" (6). Ésta es una respuesta mucho más cercana a lo que de verdad sucede: y es que los jueces quieren basar una condena en la valoración que hace un psicólogo, que tiene la misma falta de conocimiento sobre la verdad de lo ocurrido que tiene el propio juez. Pero, así, éste descarga su responsabilidad en los dichos estereotipados del psicólogo, transformado en "brujo de adivinación".

A las antes mentadas estrategias de "validación" se recurre tan sólo en casos de abusos sexuales. Pues incluso en hechos sumamente truculentos, especialmente en hechos de sangre que conmueven la identidad de la estructura social tanto o más aun que el tabú del incesto (7), no es dable tener por acreditada la "materialidad del hecho" por meros dichos de personas, así fuesen de más de una. Del hecho en sí se exige una "prueba" que vaya más allá de las palabras (8).

Si X acusara a Y de haber matado a C arrojándolo en una ciénaga de fondos inexplorables para los medios de investigación humanos a disposición, lo que Y, a su vez, negase firmemente, nadie tendría por suficientes aquellos dichos para tener por acreditado un homicidio. Pero ¿por qué podría ser de otra forma en casos de abusos sexuales? (9).

Asimismo, si, en sede civil, un actor interpusiera demanda por indemnización del daño derivado de responsabilidad delictual, por ej., porque el demandado le ha roto un vidrio un año antes, y el actor ha debido repararlo a su costa,

(6) Énfasis agregado. Tomo el texto gracias a la transmisión de uno de los funcionarios que participaron del debate, que me ha llegado junto con un enorme material jurisprudencial de diversas jurisdicciones del país, para la realización de ésta, mi primera aproximación al tema en estudio.

(7) Sobre el carácter fundante de este tabú para la sociedad moderna, acaso la regla de socialización primaria, cfr., en general, Freud, "Tótem y tabú y otras obras –Tótem y tabú. Algunas concordancias de la vida anímica de los salvajes y de los neuróticos (1912-1913)–", en Freud, Sigmund, "Obras completas", t. XIII, ordenamiento, comentarios y notas de James Strachey, con la colaboración de Anna Freud, trad. de J. L. Etcheverry, Ed. Amorrortu, Buenos Aires-Madrid, 2007, p. 2 y ss.

(8) Esto puede tener una extraña excepción en juicios seguidos contra subalternos de las Fuerzas Armadas por hechos lesivos a los derechos fundamentales del hombre, al menos en los que fueron llevados a cabo en los últimos años. Pues si bien del marco general en sí del sistema de violación masiva a los derechos humanos de infinidad de personas (secuestro, tormentos, desaparición, muerte) sí hay evidencia externa indubitable (al respecto cfr. Sancinetti y Ferrante, "El Derecho Penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el Derecho Penal en las transiciones democráticas. Argentina", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999), en el caso particular, en cambio, la imputación puede basarse sólo en la "pertenencia a la estructura funcional de la fuerza", con más la afirmación de la víctima de que esa persona la torturó ("Reconozco su voz", declara la víctima, 30 años después del hecho). Aunque estos casos tienen una estructura muy diferente, es bien posible que en tales juicios también se haya producido una violación masiva de las garantías procesales de ciertos imputados (con frecuencia, incluso el hecho concreto de la acusación queda indeterminado: "...por acción o por omisión participó en...", etc.). En los detalles, sin embargo, el autor no conoce estas causas como para abrir juicios concluyentes, siquiera aproximativos.

(9) La idea de creer que en razón de que hechos de esta naturaleza transcurren en la intimidad (son "hechos de alcoba") debe relajarse la estrictez probatoria, pues –se dice– "no es posible aportar pruebas fiables", ni se corresponde con la verdad de los hechos en *todos los casos*, ni *permitiría*, de todos modos, "saltar", por encima del principio de inocencia, como si aquello fuera una "garrocha" en manos del Estado. La mayor parte de los delitos son cometidos en circunstancias que dificultan su comprobación, pero eso no habilita a condenar con reducción de la base probatoria. Cuando, en ocasiones, se dice que esta forma de pensar conduciría lisa y llanamente a derogar los delitos de abuso sexual se comete un grave error de concepto, que yerra en las bases del pensamiento penal. La primera función de la incriminación de un supuesto de hecho lesivo de valores fundamentales para la comunidad consiste en estigmatizar, precisamente, ese comportamiento como "desvalido", "conducta errónea", "ilícita", que "debe no ser"; así la signa la conminación penal. Dicho a modo de ejemplo: también el aborto es un hecho de difícil comprobación, que se comete en ámbitos de intimidad y contra una víctima "más que indefensa", pero eso ni habilita a condenar "por meras mentas de parientes", ni le quita significado a su conminación penal. Su incriminación significa: la sociedad reconoce el valor de la vida a partir del momento de la concepción y refuerza el respeto a ella con una norma jurídico-penal.

el juez civil exigiría alguna prueba que fuese más allá de su palabra, porque, en el sentido estricto de la expresión, nadie puede ser "verdadero" testigo en interés propio: nemo testis in propria causa. Pero a la extraña consecuencia de tener que conceder la indemnización por daños, sobre la base de los meros dichos de la persona que se dice dañada, se llega inexorablemente si primero se funda una condenación penal por abuso sexual en los meros dichos de quien se dice víctima, y luego ésta reclama la indemnización sobre la base de la sentencia penal condenatoria lograda por sus propios dichos. Para dar un ejemplo respecto de un hecho punible que tampoco deje siquiera rastros externos: un sujeto de buena fama social dice que X (un pillo que se mete siempre en problemas) le ha disparado un tiro apuntado a la cabeza que le pasó a 1 cm, siendo que el proyectil se perdió por el aire. ¿Habilitaría esto una condena por tentativa de homicidio y una indemnización civil por daño moral?

b) La agravación por vía de la indeterminación del hecho

La indefensión a que queda expuesto así el imputado en esta clase de procesos se agrava en notable medida cuando la acusación no cumple con el principio de determinación del hecho de la acusación, es decir, cuando no se describe el hecho en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar específicos (Códigos locales: relación "clara, precisa, circunstanciada y específica"; art. 8, párr. 2, inc. b, CADH: "Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada"). Con frecuencia las acusaciones alcanzan hechos que no tienen la menor determinación temporal, lo que torna inválida ya la acusación misma.

Dicho a modo de ejemplo, en la imputación enrostrada al "padre estricto" de nuestro caso inicial se identificaba el hecho así: "Primer hecho: en fecha que no ha podido precisarse con exactitud, pero ubicable en el período comprendido entre los años 1998 y 2003..." (10). Ahora bien, ¿cómo hace el acusado para falsear una hipótesis de imputación indeterminada de esa forma? En otros casos la acusación fija los hechos en cierto día, pero cuando el acusado falsea la hipótesis acusatoria, porque ese día víctima o autor estaban en otra parte, "se cambia de día" y se habilita otra imputación. ¿Qué le queda así de vigente a la exigencia de "comunicación detallada" al acusado (art. 8, párr. 2, inc. b, CADH) del hecho objeto de imputación?

Esta última lesión a las garantías del imputado ocurre también en la jurisprudencia alemana. El Tribunal Supremo Federal ha sostenido que se da cumplimiento a la función de delimitación del escrito de acusación si éste caracteriza el objeto procesal por medio del marco temporal de la serie de hechos, la enumeración de la cantidad máxima de hechos cometidos, la víctima del hecho y los lineamientos esenciales del suceso, aunque esta doctrina se adjunta a la curiosa restricción de que eso no conduzca a reproches vagos, indeterminados, que limiten indebidamente al acusado en sus posibilidades de defensa (11).

La doctrina a mi juicio correcta fue sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) cuando declaró al respecto que, justamente en un caso de condena por violación, el autor del hecho no había sido juzgado en observancia de las reglas del juicio justo (art. 6, párr. 1, CEDH), especialmente con relación a la garantía de "ser informado... de una forma detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación contra él dirigida" (art. 6, párr. 3, inc. a, CEDH), en razón de la indeterminación temporal y local del hecho, cuando la acusación inicial sólo había señalado: "...en Roma, en noviembre de 1985", y para ulteriores modificaciones no había tenido el acusado posibilidades suficientes de defensa (art. 6, párr. 3, inc. b, CEDH). Ello así, porque "la información contenida en la acusación estaba caracterizada por la vaguedad en cuanto a los detalles esenciales concernientes al tiempo y al lugar, y fue repetidamente contradicha y corregida en el curso del juicio..." (12).

III. LA ADVERTENCIA NO ESCUCHADA DEL EX JUEZ CIVIL EDUARDO J. CÁRDENAS

Volviendo a la situación de nuestro medio, hace ya diez años, el ex juez civil Eduardo J. Cárdenas (13), en un acto que yo veo de hidalguía republicana, se atrevió a llamar la atención sobre los efectos nefastos que una ligera admisión judicial de la existencia de abuso sexual cometido por parte de un miembro de la familia sobre otro –generalmente, el padre, presentándose como víctima uno de sus hijos– podía tener sobre la desunión familiar y el propio

(10) Véanse las referencias de nota 4.

(11) Así, en el primer sentido: BGH, NJW, 1998, p. 3788 (esp. p. 3789); NStZ-RR, 1999, p. 13; NStZ, 1995, p. 245; en el segundo sentido ("pro reo"): BGH, NStZ, p. 294 (tomo estas referencias de un informe preparado a mi pedido por Thomas Kliegel, asistente científico de la Universidad de Düsseldorf; en cambio, las valoraciones críticas sobre esta jurisprudencia ambivalente son mías).

(12) Véase el caso "Mattoccia v. Italia", sentencia del TEDH del 25/7/2000, esp. consid. 71 (versión española de María Fernanda Pérez Rosales de los consids. 59 a 72, en Sancinetti, "Análisis crítico del caso 'Cabezas'", t. II, "El juicio", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 326 y ss., esp. p. 333 y ss.). Acótase aquí que a pesar de la expresión "en Roma", en el juicio habido en Italia el "lugar del hecho" había sido especificado con mayor detalle, como ocurrido dentro de un colegio, pero no el lugar específico (la habitación particular), lo cual en el caso concreto disminuía las posibilidades de defensa del acusado (en general, acerca de la nulidad de la acusación por indeterminación del hecho, cfr. Sancinetti, "La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación. Diálogos de seminario, a propósito del caso 'Cabezas'", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001).

(13) Según la página web http://www.lumen.com.ar/carga.php?carga=autor.php&tipo=2&codigo=158, Cárdenas, "en 1992, junto con un grupo de colaboradores, dio origen a la Fundación Retoño, que trabaja hasta hoy en la formación de operadores familiares y en la atención a familias en crisis".

niño implicado en la denuncia, a quien se le solía cortar los vínculos familiares con el supuesto agresor (la llamada "parentectomía") (14). Su trabajo, escrito –a mi juicio– en tono equilibrado y clarificador, motivó toda clase de reacciones y anatematizaciones provenientes de personas vinculadas con organismos que dicen defender los "derechos del niño", como si con la opinión de Cárdenas estuvieran violados tales "derechos" o el "interés superior del menor". Cárdenas llamó la atención sobre la formación de un grupo de peritos y abogados que convirtieron en una "causa por los derechos del niño" el apoyar denuncias por abusos sexuales, con exclusión de cualquier otra posibilidad de interpretación de los hechos. Él denominó "versión canónica" a este entramado de apóstoles de la lucha contra el abuso sexual.

Cárdenas lo expresa así:

"La denuncia de la niña o del niño es siempre validada. La victimología dice que el niño o niña en estas cuestiones nunca miente, y que creer que miente era un viejo vicio ocasionado por la distribución del poder en la familia patriarcal. Según la versión canónica no creerle es revictimizarlo" (15).

Cárdenas se basaba en análisis médicos de seriedad, en particular, en trabajos del Dr. Eduardo J. Padilla (16), quien señalaba la necesidad de preguntarse ante todo si "hay adultos interesados, consciente, o no tan conscientemente, en destruir a otros en una lucha por los motivos que fuera", y que "una vez que un niño ha sido inducido a denunciar falsamente este tipo de acciones esto deviene en un convencimiento que luego es muy difícil de contrarrestar".

Cárdenas describía la "parentectomía" de esta forma:

"Al padre no se le recibe ni escucha nunca. Ni antes ni después de la validación. Ante su sorpresa, los profesionales de la validación ya lo han condenado sin sentencia".

Hasta aquí uno podría pensar que la producción de esa situación en sede civil no tendría en todo caso los efectos tan gravosos, nocivos y devastadores para la persona humana que pueden registrarse en sede penal. Prima vista, ciertas medidas cautelares de aislamiento de un padre denunciado por abuso podrían parecer razonables, aunque no hubiera pruebas contundentes. Pero ni es inocuo ya en sede civil que un padre sea aislado sobre la mera afirmación de un niño –que puede haber adoptado la versión de un adulto opositor– o por la injerencia de un organismo estatal (17), ni se ha limitado el "abuso de las denuncias de abuso" a la sede civil. Si bien el acusado en causa penal sí es "escuchado", generalmente esto no pasa de ser un mero estereotipo impuesto por las reglas del proceso penal: se parte de la base –al menos en la

(14) Cárdenas, E. J., "El abuso de la denuncia de abuso", LL 2000-E-1043.

(15) Cárdenas, E. J., "El abuso de la denuncia de abuso" cit.

(16) De aquella época, cfr. Padilla, "Abuso sexual infantil", Ed. Criterio, Buenos Aires, 1996; id., "No fui yo; fue mi mano: del abusador sexual y la disociación", en Victimología, n. 13, Córdoba, 1995; hoy, en forma sistemática, "Abuso sexual. Guías para la ponderación diagnóstica", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006. Véase también el extenso y clarificador trabajo de Álvaro de Gregorio Bustamante "Abuso sexual infantil. Denuncias falsas y erróneas", con prólogo del Dr. Mariano N. Castex, Ed. Omar Favale, Buenos Aires, 2008.

(17) Cabe citar aquí el caso "T. P. y K. M. v. United Kingdom" (caso 28945/95), sent. del TEDH del 10/5/2001, de una configuración muy diferente a los casos que venimos narrando. Allí había diversos elementos objetivos que indicaban que una niña menor de 5 años había sido abusada sexualmente. Entre ellos, la niña padecía una infección urinaria constante que no podía explicarse por la existencia de un problema físico, y ella misma había indicado que un novio de su madre, B., le había "lastimado la cola". Luego de un proceso de seguimiento por los servicios sociales, la niña indicó, en una entrevista con un trabajador social, a un Sr. X. como autor del abuso. La entrevista fue registrada en video y luego transcripta. El nombre de X. coincidía con el primer nombre del novio de ese momento de la madre de la niña (X. Y.). La madre fue entrevistada a continuación, y sostuvo que su hija había negado haber sido abusada por X. Y., y luego se puso "agitada y enojada". Las autoridades estatales entendieron que la niña debía ser separada de la madre porque ésta no estaba en condiciones de protegerla. Un tribunal puso a la niña a cargo temporariamente de los servicios sociales y limitó severamente el contacto con su madre. La razón dada era el temor de que la madre presionase a la niña para que se desdijera de la acusación. Durante todo este período la niña siguió teniendo problemas urinarios, pese a continuar el tratamiento médico. En el interín, la madre y X. Y. tuvieron un hijo varón, pero los servicios sociales no intentaron separar a este niño de sus padres. Alrededor de esa época, el Dr. B., que actuaba por mandato de la madre, consiguió un permiso para ver la grabación de la entrevista inicial de la niña. B. dijo al abogado de la madre que del video surgía una alta probabilidad de que la niña hubiese sido abusada sexualmente, y que prácticamente no había duda de que señalaba al novio de la madre como responsable. Los servicios sociales se negaban a que la madre tuviese acceso al video en cuestión hasta la audiencia en el proceso relativo a la guarda definitiva. En algún momento de ese proceso los abogados de la madre tuvieron acceso a la transcripción de la declaración de la niña. Dicha transcripción indicaba que la niña había negado con la cabeza cuando se le había preguntado si el abusador vivía con ella y su madre, y había dicho que su madre había echado al abusador de su casa. Estos dos elementos eran incompatibles con el hecho de que X. Y. hubiese sido el abusador. En la audiencia posterior la autoridad local recomendó que la niña se reintegrara a su familia en forma provisional. Un año después se dio a la madre la guarda definitiva por considerar que la niña ya no corría riesgo. En su sentencia el TEDH entendió que la primera decisión de apartar a la niña de su madre pudo haber tenido razones fundadas. Pero más tarde había quedado claro que X. Y. no era la misma persona que X., y el TEDH consideró que, a este respecto, las autoridades locales no habían dado suficiente oportunidad a la madre para ejercer la defensa de su unión familiar, por lo que, en definitiva, declaró que se había violado el Convenio Europeo de Derechos Humanos en sus arts. 6 (derecho a un juicio justo), 8 (derecho a la vida familiar) y 13 (derecho a remedios eficientes). Se ve, pues, que el derecho a una vida en familia es de suyo un derecho fundamental, por el que también hay que velar con todo celo, por lo que ni siquiera civilmente se puede afirmar con ligereza la existencia de abuso por parte de un progenitor, que perdería así sus vínculos con su hijo.

mayor parte de los casos– de que todo lo que dice el acusado es falso y está provocado por la necesidad de autoencubrirse, y de que todos sus testigos también faltan a la verdad.

Como bien muestra Cárdenas, "la versión canónica... ensayó dos tipos de respuestas", siendo la primera la de "exigir condenas basadas en la sola declaración del niño o niña" y que, además de ello, "fue tal la fuerza con que convencieron a jueces y funcionarios que, de no creer lo que decían los niños, los estaban revictimizando, que lograron condenas con la sola declaración de éstos, contrariando todos los principios del derecho penal".

Es notable que haya sido un juez civil quien fuese el primero en llamar la atención acerca de que las condenas penales –que fueron in crescendo desde principios de los años '90 hasta hoy– "contrarían todos los principios del derecho penal".

El autor de este trabajo no cree que con esas condenas se contraríen todos los principios del derecho penal, pero sí algunos fundamentales. Y hay que darle la razón a Cárdenas en que "hoy se empieza a sospechar que hay inocentes presos, y chicos sin padres, por esta ideología".

Si uno vuelve la mirada a nuestro caso inicial, "de la hija del padre estricto", sólo tendría que preguntarse qué habría pasado si la hija no se hubiera retractado nunca de sus dichos, y los hubiera mantenido como ciertos del inicio al fin, o si incluso se hubiera retractado en la instrucción, como lo hizo, pero hubiese incriminado nuevamente a su padre en el debate: muy probablemente su padre habría sido condenado. ¿Y cuál habría sido la presentación de la sentencia por los medios de comunicación? Acaso una similar a ésta: "Otro padre pervertido violaba sistemáticamente a su hija". Sin embargo, aun en ese caso habría faltado todo indicio objetivo que "avalara" los dichos de la víctima.

IV. LA REACCIÓN CONTRA LO QUE PASÓ A SER DENOMINADO EL "BACKLASH ARGENTINO"

Ya al año siguiente, en la misma revista LL, el artículo de Cárdenas encuentra réplica en un trabajo de Silvio Lamberti (18). Al igual que otras fuentes que son fácilmente hallables en internet, Lamberti ve aquí un ataque contra el feminismo: "...no resulta claro el ataque a la teoría feminista, olvidando su fundamental aporte para desinvisibilizar la violencia en las relaciones familiares y que su explicación del incesto paterno-filial basada en la sociedad patriarcal, sin ser la única, sigue siendo aún válida".

Una nota de Alicia H. Ganduglia, publicada en internet, *trata a esa clase de posiciones –criticada por Lamberti–* como el "backlash argentino", siguiendo una denominación nacida en el extranjero. Con cita del "Webster Dictionary" (Myers, 1994), se define allí "...al backlash como una fuerte reacción adversa a un movimiento político o social. En el habla común un backlash es una respuesta negativa a un paso adelante positivo y constructivo". Sostiene Myers –dice Ganduglia– que "para nuestros propósitos el paso positivo es el progreso en las dos últimas décadas respecto al abuso de niños, y el backlash es la escalada de críticas a coro contra los profesionales que trabajan en la protección de la infancia" (19).

Pero una sociedad racionalista no puede partir del presupuesto de que las condenas por abuso sexual son un avan-

(18) Lamberti, "Apreciaciones sobre la nota 'El abuso de la denuncia de abuso' de Eduardo J. Cárdenas", LL del 22/2/2001.

(19) Véase Ganduglia, Alicia H., "El blacklash: un nuevo factor de riesgo", en la página web http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/articulos/articulo.asp?id=136; asimismo, Viar, Juan Pablo M., "Backlash: una lectura desde lo jurídico", en http://www.asapmi. org.ar/publicaciones/articulos-juridicos/?id=25, quien considera que la Argentina "está viviendo una etapa de reacción frente a los avances logrados en la temática". Mas, hasta hoy, la reacción ha sido de la doctrina, no de la práctica judicial. En esa misma dirección se inscribe la publicación de Virginia Berlinerblau, también perito en causas de abuso sexual, "El backlash y el abuso sexual infantil. Reacción negativa y violenta contra profesionales que trabajan en el campo de la protección de la infancia", en http://www.querencia.psico.edu.uy/revista_nro7/virginia_berlinerblau.htm. El abogado Viar y la psicóloga Berlinerblau fueron dos de los profesionales mencionados en el citado artículo de Cárdenas. Todo este conjunto de pensadores parece regido por la idea de que "la condena por abuso es un avance; la absolución, un retroceso" (!). Véase también el power point de la psicóloga Liliana Pauluzzi (Casa de la Mujer, Rosario), hecho a modo de pequeñas "pancartas", "El backlash y el síndrome de alienación parental (SAP)", en http://www.extension.unc.edu.ar/liliana_pauluzzi-_el_backlash_y_sap.ppt/view. Pauluzzi ubica al artículo de Cárdenas como punto inicial del backlash en nuestro país. La "reacción contra esta 'reacción'" se inicia acaso con el acuñamiento del llamado síndrome de alienación parental (parental alienation syndrome), ideado por el profesor en psiquiatría Richard Gardner, que consistiría en el conjunto de síntomas que muestran maniobras destructivas de uno de los progenitores de los hijos contra el otro, generalmente después de un divorcio, para lograr la desvinculación de los hijos de ese progenitor, actuando sobre la conciencia de los hijos. En general, ese fenómeno se daba, según Gardner, en acciones legales de madres contra sus ex maridos divorciados, en razón de que en términos generales la tenencia de los hijos queda en manos de la madre. Pero no hay nada de este supuesto "síndrome" –en general no aceptado como tal por la ciencia médica– que no sea aplicable al padre varón que destruye los lazos con la madre, sobre la base de imputaciones semejantes. En suma: la denominación "backlash", usada en este contexto, significa tanto como denominar "reaccionario" a todo aquel que defiende las garantías propias del Estado de Derecho. Pero ¿quién es, entonces, aquí el "reaccionario"? A todo este respecto cfr. la ya citada obra de Padilla, "Abuso sexual. Guías..." cit., p. 67 ss. Acoto que no hace mucho tiempo el médico Mariano Castex –que suele actuar como perito de parte en diversas causas judiciales– me transmitió en privado, respecto de una persona que oficia como perito oficial (X.) lo siguiente: "En todos los casos en que yo intervine por parte X. siempre dictaminó que había habido abuso sexual", a lo que tiempo después agregó: "...salvo un caso de un funcionario con excelente lobbying, en donde curiosamente no logró observar nada que lo incriminase, cuando con menos criterios que los evidenciados en este preciso caso anatematizó a los varones acusados en los otros".

ce, y las absoluciones, unretroceso. Así razona sólo quien, ya de antemano, tiene tomada una posición relativa no sólo a que, en general, hay casos de abusos sexuales en el seno de la familia, en colegios o en cualquier parte –como así también en cualquier parte son cometidos homicidios, robos, falsificaciones de documentos, tráfico ilegal de estupefacientes, etc.–, sino también a que, en el caso concreto, seguramente ha habido un abuso sexual. ¿Es que una asociación de lucha contra el aborto se sentiría legitimada a dar por probado un aborto con la mera declaración del novio que "quería tener a su hijo" y que afirma que su novia ha interrumpido el proceso de gestación?; o bien, para presentarlo en términos feministas (para quienes razonen así), ¿es que una mujer podría imputar un aborto cometido en su cuerpo contra su voluntad por su novio médico, estando ella inconsciente, con el solo elemento probatorio de su palabra?

La constatación corriente en los tribunales es que existen psicólogos, peritos oficiales, que pertenecen a asociaciones de lucha contra el abuso sexual, y que incluso hay jueces en tal condición. Esto no sería de gravedad si esa pertenencia los forjara precisamente en el mayor celo por no hacer pasar como un hecho de abuso algo que no haya sido fehacientemente comprobado como tal, y en tanto los criterios para tal convicción respetasen los principios estrictos de garantías del proceso penal. En caso contrario el paso en retroceso es lo que se presenta como "avance" (la realidad actual, de condena frágil). Pues no hay ningún valor cultural más elevado en el proceso penal de las sociedades desarrolladas que el respeto a la presunción de inculpabilidad (= principio de inocencia). Y toda fragilidad en el cuidado por ser cautos antes de afirmar un hecho de abuso sexual sería sufragada por el acusado con moneda de quiebra de su libertad personal, sólo para que no vaya a quedar ninguna imputación de abuso sexual como fracasada. ¿Pero qué "protección de la niñez" sería el generarle al futuro adulto el conflicto de conciencia de que otrora, cuando era niño, ha incriminado falsamente a un hombre, porque así se lo pedía la mamá o era inducido a ello por un abogado, psicólogo o psiquiatra?

Por lo demás, es absurdo presentar esta contienda como una confrontación entre feministas y antifeministas (20). Muy poco tiempo después de la noticia del proceso cordobés en que fue absuelto el "padre estricto" –con el que hemos iniciado este estudio–, los medios de comunicación dieron noticia de la confrontación habida entre dos familias renombradas de la ciudad de Tandil, en razón de que el padre de una niña había sustraído a su hija, y no permitía que su esposa volviese a verla, en razón de que, según él, la madre, junto con la actual pareja de ella, abusaban de su hija (21). En casos de esta configuración, obviamente, quien vería cómodo el arrasamiento del principio de inocencia sería el "ex marido" –que acaso actuase *por despecho– contra su "ex mujer"*. Si el favorecido por el principio de inocencia en materia penal es varón o mujer es indiferente. Lo determinante es que tal principio es el pilar fundamental de las garantías penales del ciudadano frente al Estado, al menos en un Estado de Derecho.

Las bases sobre las cuales el ex marido del caso de Tandil tomó la decisión de sustraer a la hija, de sólo 4 años, y negársela a la madre, no son muy diferentes de las razones que suelen dar base a sentencias condenatorias (22): "Se dio cuenta mi hermana, Laura, de las actitudes raras de la nena. La vio la psicóloga Daniela Lezcano, y después otra especialista, Cristina Nudel, y ambas constataron que mi hija sufrió un abuso sexual". Del otro lado de la confrontación, la madre dice aquí lo que suelen decir los padres en la mayor parte de los casos de configuración contraria: "La versión de la madre, según consta en documentos del expediente judicial a los que accedió La Nación, es que la acusación que pesa sobre ella y su pareja habría sido armada por su ex marido, la hermana y la psicóloga Lezcano. La mujer dijo, además, que quería que su hija fuera atendida por otra psicóloga, ya que Lezcano también era la terapeuta de su cuñada, del novio de ésta y de su ex marido".

Sin embargo, las noticias sobre el caso de Tandil muestran a una población enardecida por el hecho de que no prosperen una veintena de casos de presuntos abusos sexuales (23).

Lo extraño de estas manifestaciones populares es que cuando sí prospera una denuncia contra una persona ino-

(20) En este mismo sentido, cfr. también De Gregorio Bustamante, "Abuso sexual infantil..." cit., p. 244.

(21) Cfr. extensas referencias en diario La Nación del 4/1/2010, "Un padre prófugo que dice proteger a su hija" (http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1218082).

(22) Esto no significa que el autor de este trabajo vea plausible que sea tomada una decisión tal por la autoridad de uno mismo, ni que las decisiones judiciales puedan ser sustituidas por sentencias dictadas por el que se siente agraviado. Más bien quiere decir que cuando se dictan tales sentencias por los órganos judiciales competentes, las bases de la decisión igualmente están dictadas por el propio interesado. Por lo demás, si el fundamento de las sentencias condenatorias fuera realmente indubitable por la sola palabra del (supuesto) afectado, entonces no sería ajeno al derecho de legítima defensa de terceros (art. 34, inc. 7, CPen.), o incluso al cumplimiento de un deber (art. 34, inc. 4, CPen.), el sustraer a un niño de la comisión de abusos manifiestos, ocultándolo del "abusador". En cierta forma, al contrario, habría más razones para que el particular se funde en dichos de personas para la adopción de medidas de protección urgentes por cualquier eventualidad que para que un órgano judicial se base en los mismos dichos para dictar una sentencia penal condenatoria, que acaba con la presunción de inocencia.

(23) Pues, en efecto, al día siguiente, 5/1/2010, se lee en el mismo medio: "Conmociona (dígase: 'Conmueve') a Tandil una ola de abusos. En medio de peleas familiares, denuncian que la investigación de unos veinte casos es trabada por la acción irregular de la Justicia" (no se debe usar la voz "justicia" para aludir a la "administración de justicia", es decir, al Poder Judicial, que es un órgano que desarrolla una de las funciones del Estado, y, por ende, tan justo o injusto como cualquier otra institución de un país deficiente –o eficiente–). Luego se informa que a raíz de esto intervendría la Procuración de la provincia, como así también el poder político del gobierno nacional: Aníbal Fernández (http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1218079). Así uno puede estar seguro de que las causas "van a terminar bien". En esta segunda nota de La Nación se lee además: "La psicóloga Daniela Lezcano, que se

cente no hay, en general, tales reacciones. Las sociedades siguen siendo básicamente tan tendientes al "lynchamiento" como en el origen del cristianismo. Normalmente, un manifestante por causas judiciales –salvo que haya estudiado la causa en profundidad (una rareza)– no tiene la menor idea de si la imputación tiene fundamento o no. Pero, entonces, ¿por qué se manifiesta en un sentido o en el otro?

Aun así, la petición de condenas provoca manifestaciones; proclamas por la inocencia del condenado injustamente, en principio, no hay.

V. REALIDAD Y FANTASÍA DEL ABUSO SEXUAL

a) La confesión de Freud a Fließ, de 1897: "Ya no creo más en mi neurótica"

Como es sabido, existe una larga correspondencia entre Sigmund Freud y su amigo Wilhelm Fließ, en una de cuyas cartas (n. 69 o 139 de las cartas de Freud, según la versión alemana de recolección que se tome por base (24)) Freud le comenta:

"Viena, 21/9/1897.
IX. Bergasse 19.

"Dr. Sigm. Freud.
Docente de Enfermedades Nerviosas de la Universidad.

"¡Caro Wilhelm!

"Aquí estoy nuevamente, desde ayer a la mañana, remozando, alegre, empobrecido, y al momento actual desocupado, y lo primero que hago tras habernos instalado es escribirte. Y bien, quiero confiarte el gran secreto, de lo que me he dado cuenta lentamente en los últimos meses. Yo ya no creo en mi neurótica..." (25).

Sobre el resto de esta carta y el significado de este reconocimiento existe una bibliografía probablemente inabordable. Pero, básicamente, Freud quiere transmitirle a Fließ, con esas palabras, que muy probablemente lo que sus pacientes le habían narrado como un abuso sexual verdaderamente vivido en su infancia hubiera podido deberse a una mezcla entre factores reales y fantasías sexuales, originados en elementos inconscientes.

También esta afirmación de Freud es tratada por psicólogas argentinas feministas como una frase "de retroceso", es decir –aunque sin usar la expresión–, como si Freud hubiera representado el primer backlash, por incrédulo del abuso sexual (26).

Sin embargo, es extraño que el mismo Freud, tras muchas sesiones de psicoanálisis con sus pacientes, tuviera que

especializa en abuso sexual y maltrato, concluyó que la hija de Mariano y Josefina había sido sometida a abuso. Uno de los abogados de Mariano, Franco Bindi, dijo a La Nación que el trabajo de Lezcano fue convalidado por los psicólogos forenses Cristina Nudel –integrante de Asociación de Psicólogos Forenses de la República Argentina (APFRA)– y Enrique Stola. Y mostró documentos con esos avales". Sobre la intervención del gobierno nacional véase también la nota del mismo 5/1/2010, de Ramiro Sagasti, en La Nación (http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_ id=1218412): "Conmoción por los abusos sexuales. Tandil: el Gobierno denunciará fallas de la Justicia. El jefe de Gabinete Nacional lo hará ante la Suprema Corte y la Procuración bonaerense". Luego se transcribe parte de las denuncias que haría Fernández: "...retardo injustificado de las investigaciones penales, el palmario apartamiento del principio de objetividad y la desviación injustificada de la línea investigativa... dan cuenta cabalmente del probable sometimiento de los niños a terribles actos de abuso sexual infantil. Estas situaciones enunciadas conllevarían, en el actual contexto, a una total indefensión de los niños, lo que impone con urgencia el ejercicio de superintendencia". Estas constantes injerencias del Poder Ejecutivo Nacional en causas judiciales no hace más que agravar las lesiones a las garantías del proceso penal, en particular, en el caso, la garantía de ser juzgado por jueces independientes e imparciales (art. 8, párr. 1, CADH). Hace poco tiempo me confió el médico Mariano Castex: "En Tandil existe una psicóloga, cuestionada por las agrupaciones profesionales, que no ha vacilado en orquestar campañas en donde participan organismos de derechos humanos, acusando sin fundamento alguno o a no pocos padres en conflicto con sus esposas e intimidando a magistrados, fiscales y peritos. Una especie de Torquemada contemporánea" (el autor no sabe a quién se refiere esta descripción, pero sí es fácilmente imaginable la situación, al menos como factible, en Tandil y en cualquier otra jurisdicción penal del país).

(24) En español son conocidas la versión de las "Obras completas" de Sigmund Freud, t. III, trad. de L. López Ballesteros y de Torres, Ed. Biblioteca Nueva, Madrid, 1973, p. 3578; y Freud, Sigmund, "Obras completas" cit., t. I, "Publicaciones prepsicoanalíticas y manuscritos inéditos en vida de Freud (1886-1899)", 2004, p. 301.

(25) En las dos publicaciones citadas en la nota precedente la carta del 21/9/1897, fechada en Viena, está numerada como carta n. 69, tomada del original "Freud, Aus den Anfängen der Psychoanalyse, Briefe an Wilhelm Fließ, Abhandlungen und Notizen aus den Jahren 1887-1902" ("Freud, de los orígenes del Psicoanálisis. Cartas a Wilhelm Fließ, estudios y anotaciones de los años 1887-1902), Londres, 1950. Modernamente, aparece numerada en alemán bajo el n. 139 en la edición "Freud, Briefe an Wilhelm Fließ 1887-1904, ungekürzte Ausgabe, herausgegeben von Jeffrey Masson" ("Freud. Cartas a Wilhelm Fließ 1887-1904. Edición abreviada, elaborada por Jeffrey Masson"), 1986 (aquí ver p. 283 y ss.). En el texto adopto una traducción propia, pero aclaro que la divergencia entre "últimos meses" y "últimas semanas", que se registra entre las dos versiones al uso en español, debe resolverse en favor de la primera: Freud usa claramente la expresión: "...in den letzten Monaten" ("...en los últimos meses"). Por lo demás, la divergencia entre "neuróticos" y "neurótica" no puede ser zanjada. Freud usa el sustantivo latino "neurotica" ("Ich glaube an meine Neurotica nicht mehr", lo que podría traducirse también como "No creo más en mi neurótica –o en mis neuróticos–"). Tal sustantivo puede entenderse tanto en femenino como en plural. Y seguramente él quiso aludir al prototipo de la persona neurótica que hubiera vivido o creído vivir situaciones de abuso sexual en su infancia, cualquiera que hubiera sido su sexo, aunque predominantemente se basaba en el estudio de casos de pacientes mujeres.

(26) Véase el trabajo de Monzón, Isabel "Créale otra vez a su neurótica, doctor Freud", trabajo inédito, especial para internet: http://www.isabelmonzon.com.ar/creale.htm. Para un curriculum de la autora cfr. http://www.isabelmonzon.com.ar/.

modificar su impresión originaria sobre los abusos percibidos por sus pacientes como reales, captados al inicio también así por él mismo, para pasar a una interpretación cuando menos dubitativa sobre su realidad y verosimilitud –cuando su imparcialidad, objetividad e interés estrictamente científico estaba fuera de toda duda e interés desviado–, mientras que, en cambio, un juez puede dictar una condena de culpabilidad por abuso sexual sobre la base de que un perito del Poder Judicial argentino valida, con una mera entrevista con un niño –en la cual acaso se apliquen estereotipos de indagaciones en busca de abusos–, que éi "no fabula", que su relato "es verosímil". No se explica esta seguridad, cuando el creador del psicoanálisis requirió mucho tiempo de investigación para llegar a una revelación de su otra hipótesis: al menos en alguna medida esto tenía que ser producto de la fantasía del paciente. Y este reconocimiento podía interpretarse propiamente como un fracaso personal de Freud de sus primeras impresiones, lo que, sin embargo, un científico honesto hace permanentemente.

b) Los efectos de posibles "histerias colectivas"

Hasta aquí he tratado la cuestión como si el problema afectase sólo a nuestro sistema social y judicial.

Sin embargo, ya el hecho de que en Freud se hallen datos de una confrontación difícil entre realidad y fantasía en materia de abusos sexuales, sobre todo si el supuesto hecho ha transcurrido en la temprana infancia, muestra que está en cuestión un problema que afecta a raíces profundas de nuestras culturas. Pero, más allá de eso, el cambio de tratamiento judicial del abuso sexual infantil sobre bases probatorias endebles no es un problema local, sino que más bien ha sido importado de países culturalmente dominantes.

1.– El caso "Friedman"

Existe un extraordinario film documental, "Capturing The Friedmans" (27), que muestra la escalada de acusaciones de abuso de niños y adolescentes que sufre el padre de familia (Arnold), como así también uno de sus hijos (David). Los hechos ocurren a fines de los años '80, en un barrio calificado de Nueva York. Lo único constatado claramente fue el hecho inicial de que Arnold consumía revistas que contenían pornografía infantil, la que se hallaba oculta tras su piano, con el que impartía clases a diversos niños y adolescentes.

A partir de allí comienzan a sucederse imputaciones de los padres de los niños, que supuestamente habían sido abusados por él, pero que hasta entonces no habían dado ninguna noticia ni indicios de los hechos. Los denunciantes van in crescendo, hasta que se llega a afirmar que un hijo del acusado, David, participaba también de los hechos de abuso sexual de su padre. Arnold había negado permanentemente las imputaciones; esto se ve incluso en las grabaciones privadas de videos familiares que recolecta el director al componer el documental. Pero, durante un tiempo, ninguna persona fuera de su familia estaba del lado de su inocencia. Más tarde aparece una investigadora personal que pone en duda la verosimilitud de los hechos, que en parte tenían características algo fantásticas, por lo que ya externamente los hacía poco verosímiles. Pero el espectador nunca llega a tener en claro si los hechos realmente habían ocurrido. Cada tanto ve las declaraciones de uno de los sujetos supuestamente damnificados, ya adulto, que describe hechos horrendos. ¿Podría ser este sujeto, al igual que los demás, como los "neuróticos" de Freud, después de su descubrimiento narrado a Fließ, de tal modo que las declaraciones fueran subjetivamente sinceras, como lo parecían? ¿O es que realmente los hechos habían ocurrido?

En cierto momento Arnold comienza a hacer confesiones extravagantes sobre su vida infantil. Hijo de una madre que habría tenido relaciones sexuales algo promiscuas, acaso en presencia de los hijos, Arnold llega a narrar que de niño tuvo relaciones sexuales con su hermano. Ese hermano, también entrevistado documentalmente, afirma que no tiene el menor recuerdo de tales hechos. Esta imagen aparece más de una vez en el documental. El espectador sigue sin saber si siquiera eso era verdad. En sesiones de terapia Arnold llega a reconocer que una vez, tiempo atrás, había abusado de un niño; luego, dice, de dos. "¿No habías dicho de uno?", le pregunta su esposa Elaine.

No se explica claramente cómo termina involucrado el hijo David. Pero el abogado de Arnold –siguiendo una práctica común en los usos americanos, pero que ahora también contamina las prácticas de los derechos romanistas– termina aconsejándole a éste que se reconozca culpable de cierto número de hechos, para lograr una sentencia más favorable, y obtener, acaso, la liberación de su hijo. Arnold reconoce así un sinnúmero de hechos, ante cuya veracidad el espectador sigue perplejo o directamente escéptico. Más tarde su abogado le aconseja también a David que se reconozca culpable; que diga que su padre le había infundido ideas confusas, etc. Arnold y David son condenados. Arnold contrata un seguro de vida en favor de David, que permitía el cobro de la indemnización aun en caso de suicidio, si éste ocurría después de cierto tiempo; con esto habría de compensar los daños sufridos por su hijo, probablemente de modo injusto en absoluto. Arnold se suicida. David obtiene el premio del seguro; y, cumplida la condena, recupera su libertad. Su madre había formado otra pareja. Como final de la película se ve a David visitando a su madre, como si le diera una sorpresa.

(27) "Capturando a los Friedman", largometraje documental dirigido por Andrew Jarecki, Estados Unidos, 2003, 107 minutos, interpretado por los miembros de la familia de la que trata el documental, parcialmente basada en imágenes de video grabadas por los propios familiares (véase: http://www.capturingthefriedmans.com/main.html). El film fue premiado en Sundance (2004) y estrenado en Buenos Aires en abril de 2006.

El film termina sin que se aclare si los hechos habían ocurrido realmente. Con alta probabilidad, tampoco el director sabía si los hechos habían ocurrido o no, y quiso reflejar esa perplejidad documentalmente. Sólo está claro que los propios investigadores afirman que no había ninguna evidencia objetiva de que hubieran ocurrido. El espectador no puede salir del interrogante de si Arnold había cometido algún delito –más allá de la tenencia de pornografía infantil– o si todo había sido producto de una histeria generalizada, a partir de la constatación de la tenencia de aquel material y del hecho de que Arnold diera clases de piano a niños, en las que también su hijo, ocasionalmente, tomaba parte.

2.– El caso "Michaels"

Otro famoso caso judicial de los Estados Unidos fue el del "Estado de Nueva Jersey v. Michaels" (28). Este caso, de principios de los años '90 del siglo pasado, es bien ilustrativo sobre los riesgos y abusos graves que se dan en investigaciones de esta índole, por "bien intencionados" que sean los motivos.

Michaels era una maestra de jardín de infantes que fue acusada de haber abusado de veinte alumnos. El jurado la halló culpable por 115 hechos, y Michaels fue condenada a una pena de 43 años de prisión, a ser cumplida en un establecimiento de máxima seguridad, sin derecho a solicitar la libertad condicional por catorce años (29). Tanto el tribunal de apelaciones que revisó su caso como la Corte del Estado de Nueva Jersey consideraron que el veredicto condenatorio estaba basado en pruebas que no gozaban de la confiabilidad necesaria (30) y que, por lo tanto, la condena carecía del grado de seguridad requerido.

El caso se inició a raíz del comentario de un niño de 4 años durante una visita al pediatra. Cuando la asistente del pediatra le midió la temperatura por vía anal y, entretanto, le acariciaba la espalda, el niño había dicho: "(e)so es lo que la maestra me hace durante la siesta, en la escuela". Luego aclaró que la maestra a la que se refería era Michaels (31). La madre del niño no habría dicho nada en el momento, ni pedido al médico que revisase al niño para ver si había señales de abuso. Pero al llegar a la casa lo interrogó acerca de su declaración. El niño simplemente habría repetido que Michaels le había tomado la temperatura, como así también se la había tomado a dos compañeros. La madre llamó al médico e informó de la declaración de su hijo. Luego llamó a los servicios sociales (Division of Youth and Family Services) y al jardín de infantes. El director del jardín llamó a la madre de uno de los otros niños mencionados, y le dijo que había habido una denuncia de abuso sexual y que su hijo había sido señalado como una de las víctimas. La investigación que siguió durante los siguientes años y que derivó en el enjuiciamiento de Michaels estuvo basada, casi exclusivamente, en el testimonio de los niños del jardín de infantes en el que Michaels trabajaba.

La Corte Suprema de Nueva Jersey centró su atención precisamente en la cuestión de si las técnicas de interrogación utilizadas por el Estado en este caso habían sido tan coercitivas y sugestivas como para distorsionar significativamente los recuerdos de los niños de los hechos ocurridos realmente y, en consecuencia, comprometer la confiabilidad de sus declaraciones y testimonios. Sobre este punto, la Corte consideró que los niños habían sido

(28) "State of New Jersey v. Michaels", 642 A.2d 1372 (NJ 1994). El texto de la decisión está disponible, junto con un anexo con transcripciones de algunas de las entrevistas a los niños realizadas durante la investigación, en http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/mcmartin/michaelsdecision.HTM. Todas las referencias a este caso son tomadas de esta fuente. Acoto a este respecto que originariamente tomé conocimiento de la existencia de este caso por la lectura del trabajo de Eugenio Garrido y Jaume Masip (Universidad de Salamanca) "La evaluación del abuso sexual infantil", ponencia presentada en el I Congreso de Psicología Jurídica y Forense en Red, mayo de 2004 (véase http://apfs-salamanca.iespana.es/Evaluaci%F3n%20 abuso%20sexual%20 infantil.%20Universidad%20Salamanca.pdf, p. 16). Una referencia en trabajos argentinos al caso Michaels se halla en el aporte de la Lic. Delia S. Pedrosa de Álvarez a la mesa redonda sobre "El abuso en la diagnosis de abuso", habida el 21 y 22/9/2000 en la Asociación de Padres Alejados de sus Hijos (ponencia presentada ante el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, en la Jornada Multidisciplinaria de Actualización en Derecho Penal. Delitos Contra la Integridad Sexual, véase http://www.apadeshi.org.ar/elabusodeladiagnosisdeabuso.htm). Pero la narración pormenorizada que sigue en el texto es debida a un trabajo de estudio, traducción y redacción, incluidas las notas de pie de página, de Alejandro Chehtman, Ph. D. in Law, London School of Economics, con ligeras adaptaciones de estilo de mi parte. Me fío aquí, pues, enteramente de su síntesis, que coincide con otras referencias hallables en internet.

(29) Rosenthal, Robert, "'State of New Jersey v. Margaret Kelly Michaels': An Overview", Psychology, Public Policy and Law, vol. 1, n. 2, 1995, p. 262.

(30) En el caso del Tribunal de Apelaciones esta consideración figura como obiter dictum. Allí sostuvo que "el registro de las entrevistas en este caso revela que se hicieron a los niños preguntas extremadamente dirigidas y/o sugestivas. Algunas preguntas plantaban información sexual en las mentes de los niños y les proporcionaban un conocimiento y un vocabulario que podría considerarse inapropiados para niños de esa edad... Se utilizó la presión de los pares e incluso amenazas de contar a los otros niños que el niño que estaba siendo interrogado se negaba a cooperar. A una niña se le dijo que tenía que hablar para ayudar a sus amigos y que el investigador ya había hablado con otros cinco niños que le habían contado lo que había ocurrido... Se alentó y aplaudió el discurso de índole sexual... Se les dijo a los niños que si cooperaban podrían mandar a (Michaels) a la cárcel, y que, por consiguiente, sus familias estarían a salvo... Los registros de estas entrevistas muestran cómo estos métodos causaron que algunos niños utilizasen su imaginación y se separaran de la realidad... En algunos casos los niños estaban cansados o tenían resistencia a participar en las investigaciones, pero los investigadores continuaron presionándolos para que cooperasen" ("New Jersey v. Michaels", 625 A.2d 489, 511). Véase, infra, lo sostenido a este respecto por la Corte Suprema del Estado de Nueva Jersey.

(31) Rosenthal, "'State of New Jersey v. Margaret Kelly Michaels'..." cit., p. 148.

entrevistados de modo sugestivo y que esto generó una influencia indebida en sus testimonios.

"Casi todos los interrogatorios realizados en el curso de la investigación revelaron una obvia falta de imparcialidad por parte del entrevistador... La falta de objetividad también quedó evidenciada por el hecho de que el entrevistador no investigó ninguna hipótesis alternativa que pudiese contradecir la presunción de que la acusada era culpable".

Los registros de la investigación están repletos de casos en los que se formuló a los niños preguntas capciosas o que brindaban información que los propios niños no habían mencionado (32).

"Además, muchos de los niños, en el curso del período de dos años anterior al juicio, fueron sometidos a interrogatorios reiterados, casi incesantes. Algunos niños fueron interrogados nuevamente a instancias de sus padres".

Dichos registros demostraron el uso de amenazas leves, engaños y "sobornos" a los niños. Los entrevistadores reaccionaban positivamente cuando los niños hacían manifestaciones incriminatorias, mientras que lo hacían negativamente ante declaraciones exculpatorias.

Además, la Corte sostuvo que una enorme mayoría de las entrevistas y los interrogatorios no surgieron de recuerdos espontáneos, que en general se consideran más confiables.

Asimismo, "Muy pocos niños brindaron información que implicara directamente a la acusada, si es que alguno lo hizo... (y) ninguno de los niños víctimas contaron a sus entrevistadores hechos de abuso sexual estrictamente utilizando el método del 'recuerdo libre'".

Según uno de los abogados que representó a Michaels en la apelación, con excepción del niño cuyo primer relato dio inicio a la investigación, ninguno de los otros niños había reportado abusos hasta que los investigadores comenzaron a interrogarlos. Con el correr de las entrevistas, la cantidad y la gravedad de las declaraciones por abuso realizadas por los niños aumentaron exponencialmente (33).

En definitiva, la Corte consideró que las prácticas utilizadas durante la investigación en el caso de Michaels eran más que suficientes para fundar una constatación de que los interrogadores crearon un riesgo significativo de que las afirmaciones y las declaraciones anteriores al juicio no fuesen confiables (34). A ello la Corte agregó que los interrogatorios sugestivos pueden tener efectos corrosivos a lo largo del tiempo, muy difíciles de superar en el juicio, puesto que es muy probable que los testigos estén *absolutamente convencidos de que su recuerdo es cierto* (35). Sobre esta base, la Corte confirmó la decisión del tribunal de apelaciones en cuanto a que en el caso de que la Fiscalía quisiera volver a enjuiciar a Michaels, se debería celebrar una audiencia preliminar en la que se analizase en profundidad la confiabilidad de los testimonios a utilizarse en el nuevo juicio. En diciembre de 1994 la oficina del fiscal decidió no volver a enjuiciar a Michaels (36).

El psicólogo norteamericano Stephen J. Ceci, profesor de Psicología del Desarrollo en la Universidad de Cornell, experto en desarrollo de la inteligencia y memoria, dedicado al estudio de declaraciones testimoniales de niños en salas de audiencias, y coautor del amicus curiae presentado ante la Corte Suprema de Nueva Jersey en este caso por un grupo de más de 40 especialistas (37), declaró: "Las

(32) En el amicus curiae que presentó el Comité de Científicos Sociales ante la Corte Suprema de Nueva Jersey se reproducen los siguientes diálogos, entre muchos otros (reproducido en Psychology, Public Policy and Law, vol. 1, n. 2, 1995, ps. 276/277):
"P: ¿Crees que Kelly no era buena cuando los estaba lastimando a todos ustedes?
"R: A mí no me estaba lastimando. Yo la quiero.
"P: No te escucho, tienes que mirarme cuando me hablas. Ahora, cuando Kelly estaba molestando a los niños en el cuarto de música.
"R: Yo no tenía las medias puestas.
"(...)
"P: ¿Alguna vez Kelly te obligó a besarla en la cola?
"R: No.
"P: ¿Alguna vez, digo, sabes qué...? ¿Cuándo Kelly dijo estas palabras: pis, caca, azúcar?
"R: ¿Pis, caca, azúcar?
"P: Sí. ¿Cuándo decía eso ella? ¿Qué tenían que hacer ustedes para que ella dijese eso?
"R: Yo no dije eso.
"P: Ya sé, ella lo dijo, pero ¿qué tenían que hacer ustedes?".

(33) Rosenthal, "'State of New Jersey v. Margaret Kelly Michaels'..." cit., p. 252, citando un informe de uno de los investigadores de la policía. Rosenthal hace un análisis detallado y devastador de los distintos fallos graves que tuvo la investigación en general, y la falta total de consideración de los indicios que conducían a la inocencia de Michaels (id., ps. 248/254).

(34) Los especialistas del Comité de Científicos Sociales firmantes del amicus curiae concluyeron, en el mismo sentido: "Sobre la base de (la bibliografía correspondiente) y sobre la base de nuestro análisis de las entrevistas en (este caso), nuestra opinión es que la constelación de factores que operan en (él) constituiría una atmósfera sugestiva extraordinariamente poderosa, una que es mucho más fuerte que aquellas que han dado lugar a informaciones falsas en el marco de las investigaciones que hemos descrito en este informe" (reproducido en Psychology, Public Policy and Law cit., p. 308).

(35) En el mismo sentido, el Tribunal de Apelaciones, cuya decisión había sido recurrida ante la Corte, concluyó "que algunas prácticas en las entrevistas son lo suficientemente coercitivas o sugestivas como para alterar irremediablemente las percepciones de los niños víctimas".

(36) Rosenthal, "'State of New Jersey v. Margaret Kelly Michaels'..." cit., p. 270.

(37) Para un listado de los profesionales firmantes véase el amicus en la publicación citada, ps. 311/312.

entrevistas con los niños en el caso 'Michaels' son de las peores que he oído. Los niños fueron sin duda abusados, pero no hasta que se toparon con los investigadores" (38).

3.- El caso "Montessori"

Un caso de sensible analogía con el caso estadounidense contra Michaels, y relativamente de la misma época, se dio en las ciudades alemanas de Borken y Coesfeld, también con relación a un maestro de un jardín de infantes.

El caso está informado por el diario alemán Die Zeit (39), con un equilibrio en el lenguaje y modo de descripción del caso que no es aquel al que estamos acostumbrados en la Argentina (40).

El maestro R. M. se enfrentaba ante una acusación de abuso sexual de más de 50 niños, a los que habría atormentado sádicamente e, incluso, actuando en común con otras personas, los habría usado con fines pornográficos. Tras un debate que se extendió por mucho tiempo, casi cien declaraciones testimoniales, tres peritajes de profesores, 120 días de audiencia, el tribunal tuvo que conceder: "No hemos logrado llegar a develar la verdad", por lo que el acusado fue absuelto.

El presidente de la Cámara en pleno del Tribunal Regional de Münster, Klaus-Dieter Walden, comunicó a los medios cuál le parecía la conclusión principal a extraer del caso: que era determinante establecer si los niños "han sido interrogados de modo totalmente libre de prejuicios y exentos de preguntas sugestivas".

Es que "la acusación cayó bajo la sospecha de que los padres podrían haber producido las horrendas declaraciones de sus hijos por medio de sus interrogatorios... ¿Puede ser resuelta esa sospecha sin lugar a ninguna duda?".

Uno de los síntomas de que la acusación cayera bajo tal descrédito fue el hecho de que las declaraciones fueran in crescendo. De una primera narración de un niño de 4 años a una amiga de la madre, en el sentido de que el maestro "le metía los dedos en la cola", y tras ciertas vacilaciones de esta primera familia en hacer público el hecho, se llegó a comunicar esto a la dirección del jardín. El maestro R., hasta ese momento tenido como irreprochable, comprometido, querido, etc., fue despedido. Los otros padres comenzaron a interrogar a sus hijos. Tiempo después, una chica implicó a otro maestro. Más tarde las investigaciones instructorias llegaron a dirigirse contra quince imputados; mas la acusación final parece haberse restringido al maestro R. El juez Walden señaló que el llamado "sentido común" no ayuda en nada en estos casos; a unos los hechos pueden parecerles verosímiles; a otros, no. "Un tribunal necesita pruebas. Sólo hubo declaraciones de niños".

Con todo, se partió de la base de que un niño pequeño no necesariamente es peor testigo que un adulto. Los testimonios habían sido sometidos a los "análisis de credibilidad" usuales (lógica, riqueza de detalles, perseverancia). Las peritos psicólogas dijeron que en aproximadamente la mitad de los casos los testimonios eran "parcialmente dignos de crédito". Contra esto la defensa opuso el dictamen psicológico de un profesor de la Universidad de Kiel, acerca de si "el análisis según criterios de credibilidad tenía algún sentido, en los casos en los cuales las declaraciones pudieron ser falsas ya en su origen", por ejemplo, "por interrogatorios sugestivos". Este perito había hecho un listado de unos treinta puntos de apoyo en pro de influencias sugestivas. Presas del pánico, algunos padres habían interrogado diariamente a sus hijos; había declaraciones rogadas, alentadas con regalos (tendrás "un casco para la bicicleta") o también amenazas ("...irás a la cama recién cuando..."), etc.

Los padres, al parecer, habían entendido el consejo de un profesor de Psiquiatría Infanto-Juvenil de la Universidad de Münster, en el sentido de que tendrían que preguntar "¿Qué podría haber hecho R.?". De este modo, se quería destruir los supuestos "bloqueos" en los niños, pero ocurría que así "quizá sólo se acentuó su fantasía". Si en caso de un "no" por respuesta el interrogatorio sigue en busca de otra respuesta, se llega a un sistema impermeable: la sospecha siempre puede ser reforzada, mas nunca disipada.

Ya desde el inicio del procedimiento se temió una posible "histeria colectiva". En cualquier caso, no es que se afirmó positivamente que todos los interrogatorios hubieran sido sugestivos, sino que bastó para el descrédito de la acusación con que no se pudiera excluir con seguridad que lo hubieran sido. ¿Qué pasaba si el acusado efectivamente era inocente?

Esto motivó una toma de posición de diversos juristas penales. Entre ellos, Monika Frommel se preguntaba en qué medida se pueden llevar a cabo estos procedimientos respetando las reglas del Estado de Derecho, cuando se llega a la situación de "declaración contra declaración" (41).

Pero en el artículo del diario Die Zeit se cierra el comentario con la pregunta de si vale la pena generar los costes que el proceso penal tiene para los niños. "En la elección entre una acusación penal pública con un interrogatorio policial, judicial, pericial del testigo-niño y un rápido volver a empezar, para el niño, los padres deberían decidirse en realidad, in dubio, en favor del niño".

Dicho de otro modo, así como respecto de la imputabilidad penal de los menores se propicia que, en lo posible, el conflicto sea resuelto con medidas distintas a las del proceso penal, así también el "interés superior del niño" quizá

(38) Tomo la cita a partir del trabajo de Garrido y Masip "La evaluación del abuso sexual infantil" cit.

(39) Die Zeit, 22/1995; véase http://www.zeit.de/1995/22/Zeuge_ohne_Wert. Véase una traducción al español de esta nota en Sancinetti, "La visión sobre los juicios por abuso sexual infantil en la República Federal de Alemania", en elDial.com. Las referencias que siguen en el texto, en particular las entrecomilladas, están tomadas del citado artículo del diario Die Zeit.

(40) Véase el texto en español según la referencia de la nota precedente.

(41) Al respecto véase infra, apart. VIII.d.

deba propiciar que en casos de sospechados abusos a niños se piense ante todo en la posibilidad de evitar el proceso penal, si es que uno no quiere arrasar con el Estado de Derecho para lograr una condena a cualquier costa, sobre la base de una mera sospecha, lesionando así derechos fundamentales del imputado.

4.- Los casos de revelación posterior de manifiesta inocencia del condenado por sentencia firme

Por otro lado, en Estados Unidos se ha procedido a revisar algunas condenas a penas severísimas, basadas en la presunta comisión de abusos sexuales que habían sido cometidos antes de la existencia de los métodos de identificación de autoría por medio de análisis de ADN. El último caso anunciado por los medios de comunicación fue presentado bajo el título "EE.UU.: un hombre estuvo 35 años preso por un delito que no cometió. Fue liberado tras probar su inocencia mediante exámenes de ADN; había sido condenado en 1974 a cadena perpetua" (42).

Del texto de la noticia se pueden extraer estos pasajes:

"James Bain fue juzgado y condenado en 1974 a cadena perpetua por el secuestro y violación de un niño de 9 años, pese a que afirmó que el día en que se cometió el delito estaba con su hermana en su casa viendo televisión...

"Bain, que tenía 19 años cuando lo encarcelaron, fue condenado, principalmente, por el testimonio del menor, quien declaró que su victimario tenía un bigote y quemaduras en un lado de la cara.

"'Nadie puede reemplazar los años que perdió', se lamentó Seth Miller, un abogado de Proyecto Inocencia que ayudó a Bain a solicitar las pruebas de ADN y presentar los resultados ante un juez.

"El ex preso solicitó en varias ocasiones que analizaran su ADN y lo compararan con las pruebas del caso, pero sus peticiones fueron desestimadas hasta que este año esa organización se involucró en el caso.

"El Proyecto Inocencia ha logrado la libertad de más de 100 personas a través de pruebas de ADN y es una organización que se estableció en 1992 en Nueva York y ahora tiene presencia nacional".

En primer lugar, cabe acotar que algo que no se puede entender es por qué razón una persona necesita de "asociaciones" que exhiban algún poder (las llamadas "ONGs"), en representación de sus derechos. ¿Por qué no se escucha una petición ya por el hecho de que la hace un individuo, si los argumentos que él da no difieren de los que da la "organización"?

Por otra parte, respecto del caso originario que informa la nota de La Nación cabe la pregunta siguiente: ¿sobre qué bases habrá tenido por probado el tribunal del caso que ese hombre había cometido el abuso por el que se lo acusaba, ahora demostrado positivamente como inocente? Se dirá que ningún sistema procesal puede evitar por completo la condena de una persona inocente. Pero tampoco es dable admitir un sistema que invite a la condena frágil.

5.- ¿La "elefantiasis" del control del Estado como solución?

A fines del año pasado Timothy Garton Ash publicó un artículo en el diario español El País.com titulado "La elefantiasis del Estado niñera" (43). El autor informa que "Hay un nuevo organismo del gobierno británico (Autoridad Independiente de Salvaguardia) cuya supuesta tarea es investigar a uno de cada cuatro ciudadanos para ver si somos posibles maltratadores de niños". Y toma, ya al inicio, esta posición: "Existen mejores formas de lograr el equilibrio entre la libertad y la seguridad".

Allí el autor hace una excelente exposición crítica sobre las intromisiones del Estado británico en la intimidad de las personas con el supuesto fin de proteger a los infantes. El gobierno británico le habría dado al problema de la pedofilia, según este autor, una solución mala y burocrática. Y dice en sorna: "Duérmete niño, duérmete ya / que viene la Autoridad de Salvaguardia / y a tu mami se llevará". Para los detalles de la argumentación vale remitirse al texto íntegro.

c) Conclusiones provisionales

Estas documentadas referencias bastan para mostrar en qué medida las garantías individuales, propias del Estado de Derecho, y muy en particular las inherentes al proceso penal, han entrado en serio riesgo por convertir a la condenación penal del abuso sexual en meta principal de "la protección de la niñez". También grave daño a la niñez se está causando con todo esto.

Asimismo, hay que precaverse del riesgo de que instar a que prosperen denuncias de abuso sexual sea un modo de simular una falsa defensa de la niñez, en tanto miles de niños viven en la indigencia y quedan expuestos, entre otras cosas, a abusos de unos sobre otros. Esto es "derecho penal simbólico", en el peor sentido de la expresión.

VI. LA IMPOSIBILIDAD DE DISTINGUIR CON CERTEZA ENTRE UNA DECLARACIÓN VERÍDICA Y UNA FALSA Y EL PREJUICIO DE QUE "LOS NIÑOS NO MIENTEN"

a) A la búsqueda de un testigo puro, a quien pudiera creérsele sin más ni más

1. Uno podría aspirar a encontrar el prototipo del testigo ideal, a quien pudiera serle creído todo, por su propia

(42) Véase la noticia en La Nacion, http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id= 1213164.

(43) Artículo del 21/12/2009 (versión española de María Luisa Rodríguez Tapia) en http://www.elpais.com/articulo/opinion/elefantiasis/Estado/ninera/elpepiopi/20091221elpepiopi_4/Tes. El autor es profesor de Estudios Europeos; ocupa la cátedra Isaiah Berlin en St. Antony's College, Oxford, y de la Hoover Institution, Stanford.

naturaleza o autoridad. Ya la forma en que el Código de Derecho Canónico (CDC) quiere resolver la cuestión del testigo único (44) hace pensar en que, en principio, no es justo fundar una condena en los dichos de una sola persona, pero que podría haber causas excepcionales para concluir lo contrario. Cuando el canon 1573 dice "a no ser que se trate de un testigo cualificado (y otras excepciones)", se está pensando más bien en asuntos civiles, en la validez de un matrimonio, por ejemplo, en los que un obispo pueda dar fe de ciertas circunstancias. La regla, en verdad, está inserta entre las reglas procesales generales, no pensada particularmente para el proceso penal (45). En éste, básicamente, debería estarse al principio general, por el extraordinario abolengo que registra en las Sagradas Escrituras el requisito de que toda acusación se base en más de un testigo.

Pero uno podría ilusionarse con hallar al testigo infalible, a quien se le pudiera tomar todo al pie de la letra.

Según una extraordinaria leyenda toledana que narra la pluma de Zorrilla (46), hubo de haber un pleito entre Inés de Vargas y Diego Martínez. Ella se quejaba ante el gobernador, don Pedro Ruiz de Alarcón, de una prenda hurtada: su corazón. El juez la inquiere acerca de si ella se lo había dado, a lo que ella responde: "Lo presté". Puesto que el ahora noble y capitán "no se lo había vuelto", y la mujer carecía de testigos (R. de A.: "¿Tienes testigos?"; I. de V.: "Ninguno" –ciertamente, la mujer no habría osado proponerse ella misma como tal, ni don Pedro la habría aceptado en tal condición de ningún modo–), mas no de juramento (R. de A.: "¿Y promesa?": I. de V.: "Sí, por Dios que al partirse de Toledo un juramento empeñó"), la primera reacción de Ruiz de Alarcón es que le sea presentado el capitán, "que cumplirá, Si juró". Pero, tras ser éste interrogado por si le había prometido a la Inés de Vargas desposarla, el acusado responde negativamente. "¿Juráis no haberlo jurado?", le pregunta Ruiz de Alarcón; "Sí, juro", responde el noble. "Pues id con Dios... y dispensad que, acusado, dudara de vuestro honor". Pero, al marcharse don Diego, "con brusca satisfacción", la mujer no queda conforme y exclama: "¡Llamadle, tengo 'un' testigo, llamadle otra vez, señor!". Su testigo era el Cristo de la Vega, a cuya faz Diego Martínez, cuando aún no era noble, había hecho su promesa matrimonial. "Tu testigo es el mejor... haremos lo que sepamos", responde el gobernador, en tanto le ordena al escribano que, al caer el sol, al Cristo que está en la Vega le tome declaración. El Cristo es intimado por el notario, efectivamente, a responder, después de ser leída dos veces la acusación entablada: "¿Juráis ser cierto que un día, a vuestras divinas plantas, juró a Inés Diego Martínez por su mujer desposarla?". Ante el asombro de la turba medrosa, "una mano atarazada vino a posar en los autos la seca y hendida palma, y allá en los aires '¡sí, juro!', clamó una voz más que humana". El pleito no necesita ser resuelto, puesto que "las vanidades del mundo renunció allí mismo Inés, y espantado de sí propio Diego Martínez también".

Uno quisiera tener siempre un testigo, por único que fuese, de semejante autoridad, como para poder aceptar cualquier acusación que por él fuese convalidada. Pero la vida real no nos proporciona ejemplos como el de la leyenda tan bien narrada por Zorrilla.

2. Sin embargo, existe el prejuicio muy difundido de que los niños, sobre todo muy pequeños, no pueden mentir sobre asuntos sexuales. Es extraño que este prejuicio –que en realidad proviene precisamente de la así llamada "época patriarcal", en que se negaba que los niños (normales) pudieran tener siquiera ideas sexuales– sea la base de quienes creen pugnar por un mundo "sin abuso sexual", llevando adelante acusaciones sobre la base de la creencia de que la declaración de los niños pudiera tener algo así como un "halo de divinidad", como la declaración del Cristo de la Vega, al menos si el asunto trata de actos sexuales sobre los que el niño no debería tener ninguna información.

Pero bien se sabe que, en el mundo moderno, un niño puede acceder abrupta y sorpresivamente, sin conocimiento de terceros –y por pequeño que fuese–, a toda clase de imágenes erotizadas (47), a comentarios sobre la vida sexual de los adultos de tal intensidad –como oír por televisión, a cualquier hora, la pregunta de un periodista que interroga a una dama acerca de si le agrada el acceso carnal por vía anal, si sus orgasmos son múltiples y otros exabruptos contaminantes–, que ya no es posible pensar que cierta información sea inaccesible a un niño por su propia naturaleza.

Al respecto, en particular, Garrido y Masip (48), dentro de una advertencia general acerca de que no hay patrones de altera-

(44) "Canon 1573: la declaración de un solo testigo no tiene fuerza probatoria plena, a no ser que se trate de un testigo cualificado que deponga sobre lo que ha realizado en razón de su oficio, o que las circunstancias objetivas o subjetivas persuadan de otra cosa".

(45) Cfr. "Comentario exegético al Código de Derecho Canónico", Instituto Martín de Azpilcueta, Universidad de Navarra, obra coordinada y dirigida por A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez-Ocaña. En el comentario respectivo a cargo de Feliciano Gil de las Heras se lee al respecto: "Podría preguntarse cuándo estamos ante un testigo cualificado. Siendo 'el que depone sobre lo que ha realizado en razón de su oficio', podemos citar, a modo de ejemplo, al notario y actuario; a los obispos y párrocos; a los jueces y ministros del tribunal; al promotor de justicia y defensor del vínculo. Y no solamente a través del testimonio público que han confeccionado (c. 84), sino que también hacen esta fe pública, y tienen fuerza de prueba plena, cuando declaran ante el juez en lo que respecta al ejercicio de su misión. Esta norma es de gran utilidad cuando se ha extraviado el documento público o se ha destruido o hay dudas sobre su interpretación".

(46) Zorrilla y Moral, José (1817-1893), "A buen juez, mejor testigo".

(47) Padilla, "Abuso sexual. Guías..." cit., p. 52, narra el caso de un niño de quien se temía que hubiera sido objeto de abusos sexuales, por la eclosión de conductas erotizadas que él había demostrado; pero lo que en verdad había ocurrido era que, abonados los padres a un canal de cable codificado, con material pornográfico, el código había sido descubierto por un hermano mayor, que veía las imágenes cuando los padres salían, mientras que el menor, a su vez, espiaba con sigilo las imágenes vistas por su hermano.

(48) Garrido y Masip, "La evaluación del abuso sexual infantil" cit., esp. p. 12.

ciones de la conducta de un niño que puedan ser indicios seguros de un abuso sexual y no de otra causa, señalan:

"Incluso la categoría referente a conocimientos y conductas sexuales que van más allá de lo típico de una persona de esa edad presenta problemas (Berliner y Conte, 1993; Legrand y cols., 1989). La investigación de Friedrich y sus colaboradores (Friedrich, Grambsch, Broughton, Kuiper y Beilke, 1991; Friedrich y cols., 1992) cuestiona la noción de que haya grandes diferencias en los conocimientos y conductas sexuales de niños abusados y no abusados. Legrand y cols. (1989) aluden al desconocimiento adulto sobre la sexualidad infantil, la cual puede ir más lejos de lo que imaginamos los adultos. En esta línea, Lamb (1994), en un documento que expresa el acuerdo de veinte reputados profesionales sobre el abuso sexual infantil, indica que los conocimientos y conductas infantiles sobre la sexualidad dependen de las influencias sociales, que son diversas en los diferentes contextos culturales e incluso familiares, reflejando actitudes y conductas ante la desnudez y la sexualidad. Dado el desconocimiento existente sobre tales influencias (especialmente las del ámbito familiar), no se puede establecer qué es lo normativo para determinado grupo de edad. Legrand y cols. (1989) señalan, además, que, a espaldas de los adultos, los menores pueden tener acceso a material pornográfico mediante la televisión, vídeos y también –añadimos nosotros– internet. Lamb (1994) indica que si bien las conductas sexualizadas son más típicas en niños abusados, también las ejecutan niños no abusados, así que su valor discriminativo es pobre" (49).

Por lo demás, la ciencia ha demostrado que los niños sí mienten, ya en edades tempranas, al menos sobre ciertos aspectos, y algo después, pero pequeños aún, también sobre cualquier aspecto. Y que, por añadidura, los métodos para realizar evaluaciones diagnósticas son de escasa o nula fiabilidad, cuando menos para dar certeza en el caso concreto.

b) Las investigaciones sobre el registro mental de los niños y la posibilidad de una evaluación fiel de sus declaraciones

1.– Generalidades

En el ya citado trabajo de Eduardo Padilla (50) se halla una excelente base de trabajo para introducirse en este tema. Él comienza por elogiar el trabajo de Cárdenas, a quien caracteriza como "el juez de familia más destacado que hemos tenido", cuyo trabajo "no tiene nada que ver con posición 'reaccionaria' alguna, sino antes bien, con una clara defensa del niño eventualmente víctima del abuso sexual" (51). Con todo, en sus primeras conclusiones Padilla señala:

"La mayoría de las alegaciones resultan verdaderas. Otras no pueden demostrarse. Y finalmente, un porcentaje resulta falso, ya sea por interpretaciones erróneas de los hechos o por deliberada mala fe" (52).

Pero, acto seguido, Padilla llama la atención sobre estadísticas internacionales que marcan un incremento de las denuncias falsas, que "no siempre se instalan como coconstrucciones realizadas intencionalmente" en pro de metas ilícitas, sino que con frecuencia se trata de "relatos construidos por personas que, por distintos motivos, se han convencido de la realidad de los hechos invocados" (53). Allí se basa en los estudios de Elterman y Ehrenberg (1991) y de Campbell (1992/97), en los que se afirma que "el número de falsas alegaciones de abuso sexual ha sufrido una escalada impensable hasta hace poco" (54), como así también llama la atención sobre "los potencialmente devastadores efectos que sobre la vida de los niños pueden tener las alegaciones falsas de abuso sexual" (55). De modo muy razonable, Padilla marca la diferencia que puede haber entre tomar medidas terapéuticas sobre la base de un relato infantil y el dictado de una condena penal sobre la misma base (56).

Padilla narra un caso de las investigaciones del ya mencionado autor Stephen Ceci (57) que muestra a qué efectos se puede llegar si un mismo niño es expuesto en forma insistente a múltiples interrogatorios. El ejercicio de la in-

(49) Ver las referencias de la nota precedente. Respecto de los autores citados por Garrido y Masip, se trata de las siguientes obras (tomo la información de su propia bibliografía): Berliner, L. y Conte, J. R., "Sexual abuse evaluations: Conceptual and empirical obstacles", Child Abuse & Neglect, n. 17, 1993, ps. 111/125; Legrand, R., Wakefield, H. y Underwager, R., "Alleged behavioral indicators of sexual abuse", Issues in Child Abuse Accusations, n. 1(2), 1989, ps. 1/5 (hallado el 5/1/2004 en http://www.ipt-forensics.com/journal/volume1/j1_2_1.htm); Friedrich, W. N., Grambsch, P., Broughton, D., Kuiper, J. y Beilke, R. N., "Normative sexual behavior in children", Pediatrics, n. 88, 1991, ps. 456/464; Friedrich, W. N., Grambsch, P., Damon, L., Hewitt, S. K., Koverola, C., Lang, R. y Wolfe, V., "The Child Sexual Behavior Inventory: Normative and clinical comparisons", Psychological Assessment: A Journal of Consulting and Clinical Psychology, n. 4, 1992, ps. 303/311; Lamb, M. E., "The investigation of child sexual abuse: An interdisciplinary consensus statement", Child Abuse & Neglect, n. 18(12), 1994, ps. 1021/1028.

(50) Padilla, "Abuso sexual. Guías..." cit., p. 32.

(51) Íd., p. 33.

(52) Ibíd., p. 33, conclusión 3. Sobre la primera afirmación, según se verá más adelante mediante el informe de Garrido y Masip, hay que guardar serias reservas.

(53) Ibíd., p. 34.

(54) Ibíd., con cita de Ehrenberg, Marion F. y Elterman, Michael F., "Evaluating Allegations of Sexual Abuse in the Context of Divorce, Child Custody and Access Disputes", en Ney, Tara (ed.), "True and False Allegations of Child Sexual Abuse", Ed. Brunner/Mazel, Nueva York, 1995.

(55) Padilla, "Abuso sexual. Guías..." cit., con cita de Ehrenberg, Marion F. y Elterman, Michael F., "Evaluating Allegations..." cit.

(56) Padilla, "Abuso sexual. Guías..." cit., p. 35.

(57) Íd., con cita de Ceci y Crotteau-Huftman y otros (1994).

vestigación consistía en que adultos entrenados en interrogación de niños realizaban cierto experimento, interrogándolos individualmente. Los niños debían levantar una tarjeta en la que se narraban episodios, constando en una de ellas que un niño se había atrapado un dedo en una trampa para ratones y por ello había sido trasladado a un hospital. Uno de los menores, de 4 años, tras haber negado primeramente que algo así le hubiera ocurrido, en la 10ª sesión llegó a decir que "había caído sobre una pila de leña cuando se dirigía al sótano con su hermano mayor para prender la chimenea", y que allí se había agarrado un dedo en una trampa para lauchas, por lo que el padre había tenido que llevarlo al hospital.

En otro ejercicio, más sencillo (Varendonck, 1911), niños de 7 años fueron preguntados acerca del color de la barba de un maestro de su colegio; dieciséis de ellos dieron respuestas diversas y sólo dos dijeron que no podían contestar, siendo que el maestro no tenía barba (58).

La conclusión es que "los niños pueden proporcionar relatos falsos que les han sido introducidos con distintos procedimientos por una figura de autoridad". Y "si los profesionales que intervienen repiten un gran número de veces las entrevistas y las preguntas sobre los presuntos hechos, reforzarán cada vez más este registro de lo que se le ha instalado al niño en su memoria" (59).

La última constatación pone en crisis un indicio que los jueces penales suelen mencionar para desgravar sus conciencias de dictar una sentencia penal condenatoria (insegura) basados en la persistencia del denunciante, quien "nunca se desdijo" –cuando curiosamente el acusado, por su parte, también niega el hecho con la misma persistencia o una aun mucho mayor, y "nunca se desdijo"–.

Las posibilidades de información falsa proveniente de niños no desciende si el asunto en cuestión es un abuso sexual. Diversos autores dan cuenta del experimento que llevó a cabo también Stephen Ceci, quien procedió a mostrar entrevistas videograbadas de varias decenas de niños, en las que se hallaban compilados hechos comprobados de abuso, junto con historias fehacientemente falsas. Él recorrió varios países visitando centros especializados en abuso sexual, consultando jueces, psiquiatras, psicólogos, peritos forenses, etc. El experimento consistía en constatar si los expertos acertaban al distinguir los casos de abusos ocurridos de los casos no ocurridos. El resultado del experimento arrojó que los entrevistados acertaron aproximadamente en el 50% de los casos, con lo cual si en cada caso hubieran dado la respuesta contraria, el número de aciertos habría sido similar. Dentro de las personas que no pudieron distinguir los tapes de relatos verídicos de los falsos se hallaba la experta Danya Glaser, que había entrevistado durante años a cientos de niños presuntamente abusados (60).

Me pregunto cuánto mejor habría resultado el experimento de Ceci si hubiera sido realizado con "expertos" del sistema judicial argentino. En el mejor de los casos, rondaríamos también en el 50% de aciertos, porque no hay ninguna razón para pensar que nuestros profesionales estén mejor preparados que en los países desarrollados.

2.– Vicios concretos en las entrevistas a menores

i) Del supuesto indicio de patrones de conducta discordantes

Revelaciones por demás clarificadoras –y que desde el punto de vista jurídico deberían conducir, en mi opinión, a que prácticamente ningún relato aislado, sin el aval de indicios objetivos, pudiera tomarse como base de una sentencia penal condenatoria– arroja la ya citada ponencia de los psicólogos Eugenio Garrido y Jaume Masip, de la Universidad de Salamanca, al I Congreso de Psicología Jurídica y Forense en Red, de mayo de 2004 (61).

Garrido y Masip comienzan por destacar las graves secuelas que puede dejar en una persona el abuso sexual sufrido en la infancia, entre los que cuentan futuros problemas de conducta. A pesar de ello, también destacan que los indicios conductuales no ofrecen la menor garantía de que determinado comportamiento extraño se deba a un abuso y no a otra causa.

"La mayor parte de esas conductas pueden deberse no sólo a ser víctima de un abuso sexual, sino a muchas otras causas. Por lo tanto, la presencia del criterio no implica que el abuso se haya producido. El corolario es claro: tales indicadores conductuales resultarían de poco o nulo valor diagnóstico" (62).

Y con cita de Wakefield y Underwager (1991), aquéllos resumen:

"Ciertamente, casi cualquier conducta problemática observada alguna vez en los niños ha sido ofrecida por alguien como un signo de posible abuso sexual. La dificultad es que tales conductas constituyen respuestas conocidas al estrés. Hay una alta probabilidad de que cualquier niño normal pueda, en algún momento de la infancia, mostrar una o más de estas conductas. Además, no todos los niños abusados sexualmente muestran síntomas después del abuso" (63).

(58) Padilla, "Abuso sexual. Guías..." cit., p. 42.

(59) Id.

(60) Tomo las referencias a este experimento de Stephen Ceci, a partir de los ya citados trabajos de Padilla, "Abuso sexual. Guías..." cit., p. 89 y ss., y De Gregorio Bustamante, "Abuso sexual infantil..." cit., p. 209.

(61) Según las referencias dadas supra, nota 28.

(62) Ver supra, nota 28, p. 11.

(63) Ver supra, nota 28, p. 11 y ss.; con cita de Wakefield, H. y Underwager, R., "Sexual abuse allegations in divorce and custody disputes", Behavioral Sciences and the Law, n. 9, ps. 451/468, esp. p. 459; también con cita de Steller, M., "Assessing credibility of children's statements about sexual abuse", conferencia pronunciada en el Instituto de Ciencias Forenses de la Universidad de Istanbul, 2000 (hallado en http://www.istanbul.edu.tr/enstituler/adli/forensic/steller2000.htm).

Con esto el autor de este trabajo no quiere afirmar que ningún síntoma conductual pueda llegar a convertirse, bajo determinadas circunstancias, en un dato de cierto valor en pro de una "corroboración objetiva", es decir, que se deba descartar a priori y en absoluto esa posibilidad, sino sólo llamar la atención acerca de que, según la ciencia especializada, la probabilidad de que esos elementos sean unívocos –como hace falta para la certeza de la imputación penal– parece ser muy débil.

ii) De la escasa fiabilidad de las "constataciones"

Por otra parte, Garrido y Masip también destacan la gran inseguridad en la constatación de las denuncias que se formulan y la baja calidad de las técnicas que se emplean para su constatación. En parte, citan investigaciones que hablan de una constatabilidad del abuso sexual que se aproximaría a la mitad (64).

Con apoyo en diversas investigaciones, ellos dividen los casos en: a) casos en que no hay ningún indicio de abuso; b) casos compatibles con el abuso pero también con otras causas; c) casos de abuso muy probable; y d) casos de abusos constatados efectivamente. Los últimos dos grupos rondarían en el 45%, mientras que los casos de seguridad absoluta (último grupo) sólo alcanzarían el 4% de los casos. "Estas cifras concuerdan con la cautela que debe tenerse en lo referente a la validez de las pruebas médicas para diagnosticar abuso" (65).

Según investigaciones de Bruck, Ceci y Hembrooke (2001), a las que remiten Garrido y Masip, entre un 5% y un 35% de los casos que se denuncian "en realidad no han sucedido" (66). Y, según un estudio de Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect, citado por Trocmé y colaboradores (2001), del total de investigaciones sobre abuso sexual infantil llevadas a cabo en 1998 en Canadá, sólo hubo un 38% de casos que pudieran confirmarse, un 23% quedó en estado de "sospecha" y un 39% quedó como grupo de casos en que hubo suficiente evidencia que indicaba "que no se había producido abuso" (67).

Más allá de que no todos los casos de denuncias falsas son producto de la mala fe, ciertos grupos de casos sí provienen de conductas deliberadamente falsas, aunque parecen constituir una proporción menor. En cuanto a las características de las personas acusadoras en esta situación, ellas son clasificadas como personas con serios trastornos de personalidad, personas resentidas y vengativas, personas obsesivamente preocupadas por que su hijo haya podido ser sujeto pasivo de abuso, mientras que enuncian un cuarto grupo de personas que acusan falsamente pero de buena fe: aquellas que reaccionan adecuadamente a una situación ambigua (68).

En razón de que la "materialidad del hecho" con frecuencia no deja ningún rastro, o sólo es perceptible si el análisis médico se realiza inmediatamente, etc., desde el punto de vista de la psicología, la única fuente de información, si no hay otros testigos, serían las víctimas (69). Pero, a la vez, existen serias dificultades para una evaluación fiable, es decir, el establecer la "verdad básica", que requeriría un criterio independiente sobre cuya base se determine qué alegaciones son ciertas y cuáles, falsas. "Sin embargo, los propios modos de identificación de casos falsos empleados en tales estudios son deficientes. En palabras de Berliner y Conte (1993), 'virtualmente en toda la literatura clínica sobre informes falsos, la determinación sobre qué es un caso falso y qué es un caso verdadero se basa en el juicio de los autores'" (70).

iii) De los vicios de las entrevistas usuales: los "validadores"

Garrido y Masip llegan al siguiente cuadro general. En muchos casos no hay otra fuente de información que la del abusado. Ellos entienden que "no queda, por lo tanto, sino atender a su declaración" (71). Pero se plantean dos clases de problemas: el de su capacidad cognitiva y el de su recta motivación.

Los autores explican entonces los métodos conocidos como SVA (Statement Validity Assessment –Evaluación de la Validez de las Declaraciones–) y el CBCA (Criteria-Based Content Analysis –Análisis del Contenido de la Declaración Basado en Criterios–). El primer método pretendería sortear las dificultades cognitivas del testimonio; el segundo, las limitaciones motivacionales. En el segundo tipo de

(64) Según las referencias dadas supra, nota 28, p. 10, y conclusiones de p. 11.

(65) Ver supra, nota 28, p. 5.

(66) Ver supra, nota 28, p. 7, refiriéndose a Bruck, M., Ceci, S. y Hembrooke, H., "Reliability and credibility of young children's reports: From research to policy and practice", en Buil, R. (ed.), "Children and the law. The essential readings", Ed. Blackwell, Malden, 2001, ps. 87/123.

(67) Ver supra, nota 28, p. 7, refiriéndose a Trocmé, N., MacLaurin, B., Fallon, B., Daciuk, J., Billingsley, D., Tourigny, M., Mayer, M., Wright, J., Barter, K., Burford, G., Hornick, J., Sullivan, R. y McKenzie, B., "Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse & Neglect (CIS): Final Report", Minister of Public Works and Government Services Canada, Ottawa (hallado el 5/1/2004 en http://www.hc-sc.gc.ca/pphb-dgspsp/cm-vee/cis_e.html).

(68) Ver supra, nota 28, p. 9 y ss.

(69) Ver supra, nota 28, p. 13 y ss. Véase especialmente el resumen de p. 14. Si esta única "fuente de información" sería suficiente desde el punto de vista jurídico-penal es harina de otro costal. Al respecto cfr., infra, apart. VII y ss.

(70) Ver supra, nota 28, p. 10; con referencia a Berliner, L. y Conte, J. R., "Sexual abuse evaluations: Conceptual and empirical obstacles", Child Abuse & Neglect, n. 17, 1993, ps. 111/125, esp. p. 113.

(71) Ver supra, nota 28, p. 14 (la bastardilla es mía). Será verdad que hay que atender a su declaración a muchos efectos (tratamientos terapéuticos, medidas de aislamiento posible de la persona acusada de agresor, etc.); la pregunta es si para una condenación penal "atender a su declaración" puede ser suficiente, al menos en los casos en que el acusado niega enfáticamente el hecho (al respecto cfr., infra, apart. VII y ss.).

análisis se presupone que las descripciones de hechos reales difieren de las que están basadas en la imaginación; esto permitiría detectar la mala fe de la declaración, o incluso defectos cognitivos, por la incidencia de una sugestión por parte de terceros.

Pero se topa uno aquí con la cuestión de que el método, por ej., SVA, es considerado como "científicamente muy bien fundamentado" y, sin embargo, se dice que "sería erróneo afirmar que su valor diagnóstico es infalible" (72).

La cuestión se agrava por el hecho de que, según estos autores, el protocolo se sigue con métodos de indagación sugerentes. Las investigaciones por ellos citadas muestran los siguientes patrones como defectos comunes de los interrogatorios (73):

1. No se hacen preguntas que exploren explicaciones alternativas al abuso sexual.

2. No se pregunta sobre acontecimientos inconsistentes con la hipótesis del abuso sexual.

3. Cuando las declaraciones del menor son consistentes con esta hipótesis, no se somete a prueba su autenticidad.

4. Si el niño ofrece evidencia inconsistente, ésta se ignora o se reinterpreta para que "encaje" en la hipótesis del abuso.

5. Se interpela repetidamente al niño hasta que se obtiene la respuesta deseada.

6. Se refuerzan selectivamente determinadas respuestas; en ocasiones llegan a emplearse amenazas y sobornos (74).

7. Se emplean muñecos anatómicamente correctos.

8. Se inducen estereotipos; por ejemplo, se dice al niño que el sospechoso "es malo" o "hace cosas malas".

9. Se utiliza la "imaginación guiada" o "disclosure work": "Se pide a los niños que en primer lugar intenten recordar o fingir si algún acontecimiento ocurrió y que luego se hagan una imagen mental del acontecimiento y piensen en sus detalles. En algunos casos los entrevistadores piden a los niños que imaginen acontecimientos que son consistentes con las creencias de los entrevistadores, pero que no han sido mencionadas por los niños testigos" (75).

10. No se formulan preguntas abiertas, sino muy cerradas y dirigidas (76).

En este punto, Garrido y Masip ofrecen una tabla confeccionada sobre la base de las distintas investigaciones por ellos consultadas, en la que se discierne el tipo de intervención analizando la actuación de entrevistadores israelíes, policías estadounidenses, personal de agencias de protección infantil de los EE.UU. y dos psicólogos forenses, según haya "invitaciones" (preguntas abiertas, no se delimita el foco de la conversación salvo de modo muy general: el porcentaje es aquí muy bajo, del 2 al 6,2%), "facilitadores" (intervenciones no sugerentes, para animar al menor a continuar: el valor va del 6,3 al 14%), "observaciones directas" (se focaliza la atención en detalles o aspectos ya mencionados: valores entre el 28,6 al 47,1%), "observaciones directivas" (focalizan la atención en aspectos que el niño no ha mencionado: valores entre el 25,4 al 40,8%), "intervenciones sugerentes" (el interrogador comunica claramente qué respuesta se espera, como "Te forzó, ¿verdad?": los valores descienden aquí, pero están bien por encima de las invitaciones abiertas del primer grupo; oscilan entre el 7,2 y el 11%–este último valor, ¡en los psicólogos forenses!–) (77).

Luego explican otra serie de indicios de los sujetos que Sachsenmaier y Watson (1998) denominan "validadores". Estos sujetos se presentan al entrevistado diciendo que "no son policías, sino que simplemente considero verídico lo que me dices"; creen que los niños nunca mienten sobre el abuso sexual; creen que si el niño afirma el abuso, esto es verdad, pero que si lo niega, esto no es verdad; creen en cualquier alegación, sin importar lo absurda o improbable que fuese; emplean reiteradamente preguntas por sí o por no (por ej., "¿Te tocó el culete?"); diagnostican el abuso a partir de síntomas conductuales (a pesar de su–como se vio– escaso o nulo valor diagnóstico); creen que el niño que no relata el abuso ha sido amenazado para que no hablase; emplean su autoridad; combinan papeles de evaluador con el de terapeuta; basan las conclusiones en la parte de datos disponibles preferible; no permiten que el niño niegue el abuso; realizan múltiples entrevistas y no son grabadas (78).

Garrido y Masip ponen especial acento en que la primera declaración del menor debe ser videograbada, para no exponerlo a una serie interminable de entrevistas, y, además, para poder evaluar a la vez si la entrevista ha sido

(72) Ver supra, nota 28, p. 15.

(73) Ver supra, nota 28, p. 16. El siguiente listado se inspira en la investigación citada por los autores Bruck, M., Ceci, S. y Hembrooke, H., "Reliability and credibility..." cit.

(74) Acoto, al respecto, que una jueza con larga experiencia en estos casos me ha confiado recientemente que ha visto a psicólogos dar "caramelos de recompensa" en entrevistas hechas en cámara Gesell cuando el menor hace una declaración que valida la acusación, pero no en caso contrario.

(75) Ver supra, nota 28, p. 16 y ss. En particular, este párrafo proviene de Bruck, M., Ceci, S. y Hembrooke, H., "Reliability and credibility..." cit., ps. 87/123, esp. p. 98.

(76) Ver supra, nota 28, p. 17. En este punto en particular, con mención de las investigaciones de Lamb, M. E., Hershkowitz, I., Sternberg, K. J., Esplin, P. W., Hovav, M., Manor, T. y Yudilevitch, L., "Effects of investigative utterance types on israeli children's responses", International Journal of Behavioral Development, n. 19(3), 1996, ps. 627/637.

(77) Ver supra, nota 28, p. 17, y la tabla 3, de p. 62.

(78) Ver supra, nota 28, p. 17 y ss.; con referencia a Sachsenmaier, S. J. y Watson, H. A., "Do psychological techniques for investigating child sexual abuse allegations meet the requirements of scientific evidence and theadmissibility of expert witness testimony?", 1998 (citado como manuscrito sin publicar).

conducida correctamente. Las declaraciones que se originan en interrogatorios previos secretos no serían fiables. Ellos conceden que los evaluadores "validadores" pueden proceder con "la mejor voluntad", es decir, "con buenas intenciones", pero "toda asunción a priori basada en meras intuiciones resulta peligrosa", y puede causar efectos nocivos (79).

Sobre la base de estas investigaciones, Garrido y Masip *hacen un listado de los vicios más frecuentes:*

1. Considerar sólo la hipótesis incriminatoria (esto es lo que habría ocurrido en el ya citado caso "Estado de Nueva Jersey v. Michaels", muy estudiado en la bibliografía especializada). Aquí se relata también un experimento llevado a cabo por Ceci y Bruck, según el cual a padres, por un lado, e hijos, por otro, se les hizo ver un video, haciéndoles creer que era el mismo video (aunque eran distintos). Los padres se las arreglaron para lograr que sus hijos "recordaran" episodios que sólo habían ocurrido en el *video visto por los padres* (80).

2. Refuerzos, amenazas, sobornos y "disclosure work". Estos defectos fueron percibidos en el caso "McMartin". Garven, Wood, Malpass y Shaw (1998), en su contribución "Más que la sugestión", determinaron que para las evaluaciones se habían utilizado premios, alabanzas y castigos, tanto verbales como físicos (en lo primero: "Eres inteligente" o "colaborador de la justicia", o bien al contrario: "No puedes ir al baño", como sanción); también cierta presión social ('Otros compañeros tuyos ya han 'confesado'"), y que se forzaba al menor a imaginar cómo pudieron haber ocurrido los hechos. Garven y colaboradores demuestran que el uso de estas tres técnicas aumenta el número de informaciones falsas, y aún más a medida que se alarga la entrevista (81).

3. Inducción de estereotipos negativos y preguntas con información falsa. Al respecto se narran ciertos experimentos, como el conocido de Sam Stone: a los niños se les dice que Sam Stone es malo y torpe y se lo presentan; al poco tiempo aparecen cosas rotas en clase y los niños le atribuyen los hechos a Sam Stone (82).

4. Empleo de muñecos anatómicamente correctos, dibujos y técnicas proyectivas. Respecto de lo primero, ciertos investigadores presuponen que los niños de corta edad tienen limitaciones lingüísticas, por lo que sólo podrían expresar los hechos –así se cree– mediante muñecos. Pero, según Garrido y Masip, no hay ninguna evidencia acerca de que los niños puedan expresar con muñecos lo que no pueden decir verbalmente; tampoco hay un protocolo claro para el uso de ese procedimiento. Además, hay evidencia científica de que niños no abusados mostraron conductas de actividad sexual explícita con los muñecos. Al contrario, al parecer, tales muñecos no mejoran los recuerdos y aumentan los errores de evaluación. Respecto de los dibujos proyectivos, como el test de "casa-árbol-persona" o el "dibujo de una familia", éstos no arrojan resultados basados en investigaciones empíricas. Según Steller (2000), "Nos encontramos con todo tipo de interpretaciones claramente absurdas de los dibujos de los niños, materiales proyectivos o las interacciones de los niños con los llamados muñecos anatómicamente correctos. Estas interpretaciones se suelen formular con terminología psicoanalítica, pero a menudo constituyen la peor psicología de andar por casa" (83).

5. Preguntas cerradas durante la entrevista. Las preguntas abiertas generan exposiciones más ricas en contenido y más fiables (84).

6. Reiteración de entrevistas. También tiene efectos distorsionantes el hecho de que el menor sea expuesto a reiteradas entrevistas. Ni siquiera el primer profesional que lo entreviste será el primero que lo haya escuchado, pues el niño habrá hablado antes, probablemente, con los padres, otros familiares, profesores, compañeros, un pediatra, un policía, un psicólogo clínico, etc. Pero una información engañosa introducida en una sesión seguramente quedará incorporada a la memoria para las sesiones siguientes. Según Bruck y Ceci (1999), los "estudios demuestran que las narraciones que emergen en la primera entrevista realizada al niño por un entrevistador neutral son las más precisas. Cuando el niño es interrogado posteriormente sobre el mismo acontecimiento y aporta nuevos detalles no mencionados en la primera entrevista, éstos tienen una alta probabilidad de ser inexactos" (85).

7. La incidencia de la autoridad. En razón de que el menor es entrevistado por un adulto, esto puede producir una distorsión de su testimonio. Los autores sientan la tesis de que si el menor es entrevistado por otro niño o bien por un adulto desautorizado dará una versión distinta a la que

(79) Ver supra, nota 28, p. 18, donde se lee: "Nótese que en algunos puntos nos referimos a casos reales, como los publicitados casos 'Michaels' ('Michaels v. New Jersey') y 'McMartin' (por ej., Besharov, 1990), como prueba adicional de que estos procedimientos se emplean y de que sus consecuencias pueden ser devastadoras".

(80) Ver supra, nota 28, p. 19; con referencia a Ceci, S. J. y Bruck, M., "How reliable are children's statements?... It depends", Family Relations, n. 43(3), 1994, ps. 255/258.

(81) Ver supra, nota 28, p. 19 y ss.; con referencia a Garven, S., Wood, J. M., Malpass, R. S. y Shaw, J. S., "More than suggestion: The effects of interviewing techniques from the McMartin Preschool case", Journal of Applied Psychology, n. 83(3), 1998, ps. 347/359.

(82) Ver supra, nota 28, p. 19; véase, asimismo, Padilla, "Abuso sexual. Guías..." cit., p. 40 y ss.

(83) Ver supra, nota 28, p. 21 y ss. (se podría traducir también como "psicología casera"); con referencia a Garven, S., Wood, J. M., Malpass, R. S. y Shaw, J. S., "More than suggestion..." cit., ps. 347/359.

(84) Ver supra, nota 28, p. 22 y ss.

(85) Ver supra, nota 28, p. 23; con referencia a Bruck, M. y Ceci, S. J., "The suggestibility of children's memory", Annual Review of Psychology, n. 50, 1999, ps. 419/439, esp. p. 427.

daría en caso de ser entrevistado por un adulto "autorizado", para lo cual se apoyan en experimentos concretos. A la vez, recomiendan que, en razón de que los interrogatorios suelen darse en contextos judiciales (policías, jueces, psicólogos), sería importante que el entrevistador comience por "desacreditarse a sí mismo". Para empezar, dicen, "hay que decirle al niño que él es el único testigo, que nosotros no estuvimos allí, y por consiguiente debe contarlo todo en detalle y puede contestar con un no si lo que le preguntamos es incorrecto" (86).

Asimismo, Garrido y Masip explican que se han hecho experimentos con niños de 3 y 4 años usándose muñecos anatómicos y preguntas sugerentes para constatar si ello conducía a descripciones falsas, por ej., de una inspección pediátrica realizada correctamente. Así sucedió que muchos menores mostraron mediante los muñecos actos de tocamientos que no habían ocurrido; algunos dijeron incluso que el pediatra les había introducido el dedo o un objeto en la vagina o en el recto. Cuando, además, se realizaban entrevistas reiteradas, las declaraciones falsas fueron en aumento (87).

La conclusión de Garrido y Masip es que "cuando se narran historias falsas como resultado de entrevistas repetidas y sugerentes, se cargan de características que las hacen tan o más creíbles que las verdaderas. Ni siquiera los profesionales que trabajan habitualmente con niños son capaces de discriminar entre declaraciones falsas y verdaderas" (88).

A pesar de ello, los autores sostienen que si las entrevistas son llevadas a cabo adecuadamente, los niños pueden ser testigos hábiles; que se han hecho experimentos con niños del "grupo control" (es decir, entrevistados adecuadamente), con la consecuencia de que pueden hacer declaraciones precisas y fidedignas. A la inversa, también los adultos entrevistados incorrecta y reiteradamente pueden hacer exposiciones falsas, creyendo que son verdaderas (89).

c) De la capacidad de los niños para mentir deliberadamente

El final algo optimista con el que se cierra el acápite anterior –por contraposición al pesimismo de toda la argumentación– alcanza, en todo caso, a las capacidades cognitivas de un menor "correctamente entrevistado", pero no dice nada aún acerca de si el niño puede mentir deliberadamente. Dicho de otro modo: las entrevistas llevadas a cabo con procedimientos deficientes y viciosos conducen a deformaciones de la información que el menor hipotéticamente podría aportar. Pero aun con facultades cognitivas inalteradas, él puede dar una información falsa.

Cabe al respecto la cita inicial de Paul Ekman (90):

"Sobre los 4 años de edad, y puede que antes, algunos niños pueden mentir y mienten. No están simplemente cometiendo equivocaciones o confundiendo la fantasía con la realidad, sino intentando engañar deliberadamente".

Al respecto, de la mano de muy diversas investigaciones, Garrido y Masip explican que los niños pueden faltar a la verdad ya de muy pequeños (91). Según la orientación doctrinal que se siga, se afirma que ya entre el año y medio y los 2 años los niños pueden mentir (92). Otros investigadores afirman que la capacidad para las mentiras más simples se adquiere a los 2 o 3 años (nivel 1: manipular conductas); para mentiras más avanzadas (nivel 2: manipular creencias) se adquiere capacidad a los 4 años; mientras que para un nivel más complejo (nivel 3: manipular intenciones) se adquiere la capacidad ya a los 7 años (93). Según Vasek (1986), "al inicio de la edad escolar los niños tienen todas las capacidades en teoría necesarias para mentir con efectividad. Todo lo que necesitan entonces es, quizás, algo de práctica con el engaño" (94). Y, por lo demás, ya la socialización que reciben los niños les inculca, en mayor o menor medida, el mentir, una habilidad que puede ser desarrollada con el tiempo (95).

Eso, por cierto, no demuestra de por sí que el menor vaya a mentir efectivamente en una declaración, sino tan sólo que está en condiciones de hacerlo. A menudo se cree, sobre todo por parte de los llamados "validadores", que "los niños nunca mienten sobre el abuso sexual"; en todo caso, es una creencia social muy difundida (96). Pero, según Garrido y Masip, no se aporta ninguna evidencia empírica para avalar esta creencia, y, en cambio, algunos de los estudios por ellos citados indicarían que los niños sí pueden mentir deliberadamente respecto de situacio-

(86) Ver supra, nota 28, p. 24; también con referencias a otras investigaciones.
(87) Ver supra, nota 28, p. 24; con referencias a diversas investigaciones.
(88) Ver supra, nota 28, p. 25.
(89) Ver supra, nota 28, p. 25 y ss.
(90) Ekman, P., "Why kids lie. How parents can encourage truthfulness", Ed. Penguin, Nueva York, citado por Garrido y Masip, "La evaluación del abuso sexual infantil" cit., p. 28.
(91) Ver Garrido y Masip, "La evaluación del abuso sexual infantil" cit., p. 28.
(92) Ver Garrido y Masip, "La evaluación del abuso sexual infantil" cit., p. 28; al respecto hacen referencia a una investigación de orientación piagetiana de Chevalier-Skolnikoff, S., "An exploration of the ontogeny of deception in human beings and nonhuman primates", en Mitchell, R. W. y Thomson, N. (eds.), "Deception, perspectives on human and nonhuman deceit", State University of New York Press, Nueva York, 1986, ps. 205/220.
(93) Ver supra, nota 28, p. 28; aquí, con cita de Leekam, S. R., "Believing and deceiving: Steps to becoming a good liar", en Ceci, S. J., Leichtman, M. D. y Putnick, M. (eds.), "Cognitive and social factors in early deception", Ed. Lawrence Erlbaum, Hillsdale, 1992, ps. 47/62.
(94) Ver supra, nota 28, p. 28; aquí, con cita de Vasek, M. E., "Lying as a skill: The development of deception in children", en Mitchell, R. W. y Thomson, N. (eds.), "Deception, perspectives on human and nonhuman deceit" cit., ps. 271/292.
(95) Ver supra, nota 28, p. 28, con diversas citas.
(96) Ver supra, nota 28, p. 29, con diversas citas.

nes de abuso sexual (97). Para esto, en todo caso, tiene que haber un motivo, como respecto de cualquier otra persona; este motivo puede consistir en la implicación de un adulto en la falsedad o cualquier otro motivo.

Garrido y Masip concluyen en que los niños pequeños están capacitados para mentir, de hecho mienten, y los adultos somos incapaces de detectar sus mentiras (98).

Contra esa situación, sin embargo, los autores afirman que el Análisis del Contenido Basado en Criterios (CBCA) se orienta a detectar qué declaraciones son falsas y cuáles verídicas, y que, en todo caso, proporciona mejores herramientas que aquellas de las que dispone un lego.

Este protocolo halla sus antecedentes en el cambio de jurisprudencia alemana posterior a la Segunda Guerra Mundial, cuando el Tribunal Supremo Federal resolvió que debía convocarse a un psicólogo o psiquiatra experto con el fin de testificar sobre la veracidad de la declaración del testigo menor, particularmente en casos de abusos sexuales (99).

Garrido y Masip describen luego cuáles serían las mejores condiciones para llevar adelante el SVA y el CBCA. Lo primero es que no se cometa ninguno de los vicios narrados precedentemente.

Se recomienda, en general, que sea el menor, por iniciativa propia, el que relate el hecho, no que se inicie el interrogatorio por la sospecha del adulto, en tanto el niño "no ha dicho nada" (100). El entrevistador no debe tener relación previa con el menor y debe estar entrenado adecuadamente (101). Es preciso hacer la entrevista cuanto antes, pues si el niño ha sido entrevistado con anterioridad, "es muy probable que el recuerdo infantil esté ya alterado" (102). La entrevista debe ser grabada "preferentemente en video". Esto permite examinar si ha sido hecha correctamente, disponer de un registro literal de lo dicho por el menor y no someter al menor a sucesivos interrogatorios. Según estos autores, "nadie más que el entrevistador y el niño deben estar presentes; la presencia de adultos significativos y/o con intereses en el caso, especialmente si éstos tienen algún poder y/o lazo afectivo con el niño (padres, cuidadores...), puede condicionarse las respuestas del pequeño" (103).

(97) Ver supra, nota 28, p. 29, con diversas citas.

(98) Ver supra, nota 28, p. 31.

(99) Ver supra, nota 28, p. 31 y ss. Sobre la situación en Alemania en torno a la llamada "psicología de la declaración" cfr. infra, apart. VIII.b.

(100) Ver supra, nota 28, p. 34.

(101) Ver supra, nota 28, p. 34.

(102) Ver supra, nota 28, p. 34.

(103) Ver supra, nota 28, p. 35. Sin embargo, por correctas que pudieran ser esas apreciaciones desde el punto de vista de la "psicología de la declaración", llevado al extremo del proceso penal se presenta el problema de que el cumplir esta condición, como se refleja en muchas regulaciones procesales penales que introducen ese principio, lleva indefectiblemente a una sensible restricción del interrogatorio de los menores, que termina reduciendo o anulando por completo el derecho del acusado a interrogar al testigo de cargo (art. 8, párr. 2, inc. f, CADH). Se llega así a que la materialidad del hecho no está probada por rastros externos; el testigo es único y tiene interés en la causa; pero, además de ello, el acusado no lo puede interrogar cara a cara, como debería poder hacer en un proceso penal seguido en su contra, si fueran respetadas "las debidas garantías" (art. 8, párr. 1, CADH). Si éste es un derecho fundamental de la persona humana, ¿cómo puede ser dejado de lado en "casos excepcionales"? El "interés superior del niño" debería conducir más bien –especialmente en el caso de niños muy pequeños– a que la solución del conflicto no sea buscada en la reacción punitiva; pero si se la busca en ese plano, deben ser asumidas las consecuencias de esa decisión (o lo uno o lo otro). El principio de inocencia no puede ser sacrificado en aras de "proteger al menor", precisamente porque esto sería presumir la culpabilidad del acusado. Por lo demás, comparto la postura de Mariana C. Guerrero (véase su trabajo "Los menores víctimas de delitos contra la integridad sexual a través de la reforma al Código Procesal Penal de la Nación según texto de la ley 25852. ¿Discurso frustrado?", publ. en elDial.com –DC6D7–), en el sentido de que la proscripción absoluta de que la "víctima" pueda ser oída directamente por el tribunal que juzgue el caso (en crítica al art. 250 bis, CPPN) vulnera sus derechos "a ser oída" –no puedo estar de acuerdo, en cambio, con que "los recursos utilizados por las defensas" sean "falacias", como lo dice la autora apodícticamente: la falacia es un vicio lógico, que no tiene por qué estar presente en una defensa llevada a cabo correctamente, por ej., por un experto en lógica (mas no hace falta siquiera ser experto en ésta para razonar correctamente)–. Concedo, pues, que dentro del esquema de los intereses que se pretende proteger, la regla procesal criticada por Guerrero debería ser interpretada, cuando menos en interés del niño, como facultativa a su respecto. Pero más allá de eso, una visión que no pierda de vista las garantías del acusado a ser tratado como inocente hasta que no se determine su culpabilidad requeriría pensar que los regímenes de protección de las declaraciones de menores que lo "amparan de confrontarse" con su (presunto) "victimario" violan tanto el principio de inocencia como el derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo. El art. 250 bis, CPPN restringe el derecho de interrogación mucho más allá de lo razonable. Sin embargo, los tribunales han reaccionado –en general– convalidando este sistema restrictivo de los derechos de defensa (véase al respecto la resolución de la Procuración General de la Nación 8 del 24/2/2009, y sus citas jurisprudenciales (esta resolución llega al extremo de considerar satisfechos los derechos de defensa, cuando el autor del hecho no está aún "identificado", con que sea notificado el defensor oficial de que será realizado el acto con videograbación, supuestamente luego ya no reproducible, para no "re-victimizar" al menor). Acótase aquí que el TEDH en el caso "P. S. v. Germany", sent. del 20/12/2001, declaró: "Cuando una condena se basa solamente o bien en un grado decisivo en declaraciones que han sido realizadas por una persona que el acusado no haya tenido oportunidad de interrogar o hacer interrogar, ya sea durante la investigación o en el juicio, los derechos de la defensa se restringen a un punto incompatible con las garantías previstas en el art. 6 (véase la sentencia antes citada 'Van Mechelen and Others' –'Van Mechelen and Others v. The Netherlands', del 23/4/1997, Reports 1997-III–, p. 712, § 55; la sentencia antes citada 'Doorson' –'Doorson v. The Netherlands', sent. del 26/3/1996, Reports 1996-II–, p. 472, § 76; y la sentencia 'Windisch v. Austria', del 27/9/1990, serie A, n. 186, p. 11, § 31). En concordancia con ello, el Tribunal ha sostenido, en

Finalmente, Garrido y Masip explican las características concretas del CBCA (104). Aquí no hace falta reproducirlas. Basta con señalar que a pesar de todos los esfuerzos de Garrido y Masip, y todas las investigaciones tomadas por ellos como fundamento de sus análisis, los resultados no son halagüeños. En cualquier caso –dicen ellos mismos– "la disparidad entre los índices de precisión alcanzados en unos estudios y en otros, tanto al clasificar declaraciones verdaderas como falsas, resulta llamativa" (105).

d) Conclusiones provisionales

Como síntesis de todo esto sólo se obtiene una constatación por la negativa. Podemos estar seguros de que muchos procedimientos de interrogación de menores se realizan infringiendo las reglas de cautela que habría que respetar para arribar a declaraciones no contaminadas. Muy probablemente todos esos vicios se cometen justamente en el devenir judicial de nuestro país.

Pero, a la inversa, positivamente, no se tiene ninguna seguridad, al menos no la que hace falta para una condena penal, de que si se siguen los protocolos más adecuados se llegará a una conclusión segura. Aun en este caso el experto apenas estará en una situación mejor que la de un lego, pero no podrá asegurar que el contenido de la declaración sea verdadero, sino, en el mejor de los casos, partir de una cierta probabilidad.

En el propio dictamen de amicus curiae redactado por los científicos del caso "Michaels", en efecto, se lee:

"De particular importancia es si un jurado, un investigador en desarrollo infantil o un terapeuta especializado en niños puede diferenciar a los niños cuyos relatos son ciertos de aquellos cuyos relatos son producto de entrevistas sugestivas. La evidencia con la que contamos sugiere que no se puede distinguir entre estos dos tipos de niños" (106).

¿Qué resulta, pues, para esta cuestión, mirada desde el punto de vista de las garantías del Derecho Penal? Es lo que paso a considerar como núcleo jurídico de esta contribución.

VII. DEL REVERDECIMIENTO DE LAS VIEJAS MÁXIMAS PROBATORIAS COMO GARANTÍAS DE "PRINCIPIO DE INOCENCIA" E "IGUALDAD ANTE LA LEY"

En este trabajo no pretendo desarrollar reglas infalibles sobre el esclarecimiento de la verdad en esta clase de hechos. ¿Quién podría hacerlo? Pero sí he de abogar por una mayor racionalización de las reglas de pensamiento con las que los juzgadores rigen su decisión antes de arribar a una sentencia penal condenatoria.

a) La vigencia actual del principio de "libre valoración de la prueba" tendría que ser interpretada como un avance de las ideas penales liberales; no como un retroceso. Pero si tal regla es un avance y no se ha de echar por tierra con el principio de inocencia, ella tiene que ser interpretada en el sentido de que las viejas reglas de la "prueba tasada" no resulten vinculantes para el juez, para dictar, de modo obligado, una sentencia penal condenatoria, si es que aún quedan razones valederas para poner en duda que cierta regla probatoria, en general, razonable, no pueda estar fallando en el caso concreto. Muy por el contrario, en favor del principio de inocencia, las antiguas reglas probatorias legales tienen de su lado el hecho de que ellas se basan, por sí mismas –al menos en ciertos casos, pues otras reglas han sido consideradas criticables ya en sí mismas–, en principios muy razonables, y que, por lo demás, reconocen una honda tradición cultural. Si el principio de la libre valoración de la prueba no se interpreta en el sentido de que de todos modos el juez debe seguir un razonamiento en gran parte guiado por las antiguas reglas sobre la valoración de la prueba, aquel principio de libertad probatoria deriva en pura arbitrariedad judicial.

Que uno le crea subjetivamente a una persona cuando dice algo –una experiencia personal que todos podemos tener en la vida cotidiana– no es un argumento suficiente para fundar una decisión que los demás tengan que asumir como vinculante, por su "razón suficiente". Es, justamente, una razón insuficiente, como la pura "íntima convicción" (107).

un caso anterior, que existía una violación al párr. 1 del art. 6, tomado en conjunto con el párr. 3.d del art. 6, señalando que 'al condenar al demandante en el presente caso (de un delito sexual contra un menor), los tribunales nacionales se basaron solamente en las declaraciones realizadas en los Estados Unidos antes del juicio y que el demandante e n ninguna etapa del proceso tuvo la posibilidad de confrontarse con sus acusadores' (véase la sentencia 'A. M. v. Italy', n. 37019/97, del 14/12/1999, §§ 26 y 28)" (sent. cit., fundamento § 24). Recientemente, el TEDH ha confirmado esta doctrina en el caso "D. v. Finland", sent. del 7/7/2009, causa 30.542/04, en el que un ciudadano americano residente en Finlandia había sido condenado por abuso sexual agravado de su hija, de unos 3 o 4 años al momento del juicio, presunta víctima que el tribunal consideró incapaz para ser testigo, pero la condena se basó en la videograbación de su conversación, sin que el acusado pudiera formular ninguna pregunta ni por sí ni por terceros, lo que el TEDH consideró violatorio del art. 6, párrs. 3.b (tiempo razonable para la preparación de la defensa) y 3.c (derecho de examinación de los testigos de cargo).

(104) Ver supra, nota 28, p. 34 y ss.

(105) Ver supra, nota 28, p. 41.

(106) Ver supra, referencias de nota 32, p. 300.

(107) Valen aquí los estudios de Ferrajoli en su monumental trabajo "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal", trad. de P. Andrés Ibáñez y otros (de la edición italiana de 1989), Ed. Trotta, Madrid, 1995: "Esta solución consiste en la teoría de las llamadas pruebas legales negativas, según la cual si es cierto que ninguna prueba legalmente predeterminada puede ser considerada suficiente por sí sola para garantizar la verdad de la conclusión en contraste con la libre convicción del juez, ni siquiera la libre convicción puede ser considerada por sí sola suficiente a tal fin, al ser necesario que vaya acompañada de alguna prueba legalmente predeterminada" (ob. cit., p. 147). Véase también la nota 55, de p. 191: "Y Romagnosi había advertido: 'La máxima de la íntima convicción es una

Por un lado, en estos casos está comprometido el principio de que la propia persona interesada en el asunto, la que se dice "víctima", no puede ser testigo en sentido estricto, sino más que como un "testigo sospechoso". Su "derecho a ser oída", que ciertamente le corresponde, no puede echar por tierra la razonabilidad de un principio que rigió durante siglos, y con razón: nemo testis in propria causa (nadie puede ser testigo en causa propia) (108). El hecho de que el derecho positivo haya girado en Occidente, tras el final de la Segunda Guerra Mundial en particular, hacia la admisión del testimonio de la "víctima" no puede hacer perder de vista que cuando la propia "materialidad del hecho" no está en sí misma acreditada, sino que se dice ocurrida por sus propios dichos, se está en presencia de una persona que se dice víctima ("particular damnificada"), pero cuando aún no sabemos si realmente lo ha sido. El argüir, como a menudo se hace, que el poner en duda su palabra es "revictimizarla" encierra una petitio principii, un argumento circular propio de ejemplos de manual, porque primeramente habría que determinar, justamente, si es víctima, como para que recién después se pudiera hablar de una duplicación de su situación, por el hecho de que se haya puesto en duda su palabra (109). Pero nadie tiene un derecho adquirido a que su palabra tenga que ser tenida por verdadera. Por lo demás, si lo que dice un niño no se ajusta a los hechos objetivos, sería más saludable para él desengañarlo que mantenerlo en la falsedad.

Cierto es que la víctima, si lo hubiera sido, lo será desde antes de que comience el juicio; pero también lo es que, jurídicamente, el juicio penal nace regido por el principio de inocencia; y este principio reniega de favorecer a los testigos de la acusación. Ya los autores de la Ilustración llamaron la atención sobre el trato desigual dado a los testigos de la defensa frente a los testigos de la acusación, lo que en sí mismo implica una violación al principio de igualdad.

En efecto, en las notas de Benjamin Constant a la obra de Filangieri se lee (ortografía original de la época):

"Al mismo tiempo que se animan los testigos de acusación, que se les advierte de las contradicciones en que incurren á fin de que las hagan desaparecer ó las concilien, que se les sugieren esplicaciones y se les tributan elogios, los testigos en defensa se ven amenazados, interrumpidos y aun muchas veces acusados de impostura. El Ministerio Público ó los presidentes toman en medio de los combates sus reservas por falsos testimonios, y de esta suerte la espada de Damocles amenaza á unos hombres que han jurado decir la verdad, y con el gesto y la voz se les enseña el banco de los acusados preparado para ellos mismos si no declaran contra lo que les dicta su conciencia" (110).

Y contra la mera demostración de los hechos por alguien que tenía interés en la causa o bien por la palabra de un solo testigo (mucho peor es aún si ambas circunstancias concurren en el mismo declarante) se había expedido ya Cesare Beccaria a fines del siglo XVIII, en su conocido pronunciamiento "Dei delitti e delle pene":

"Todo hombre razonable, es decir, que tenga una cierta conexión en sus propias ideas y cuyas sensaciones sean conforme a las de los otros hombres, puede ser testigo. La verdadera medida de su credibilidad no es más que el interés que tenga en decir o no decir la verdad... Es necesario más de un testigo porque mientras uno afirme y otro niegue nada hay de cierto, y prevalece el derecho que cada hombre tiene a ser creído inocente. La credibilidad de un testigo se hace notoriamente tanto menor cuanto más aumenta la atrocidad de un delito (111)

máxima de sabiduría y razón y no de capricho y despotismo'". Y en la nota 72, de p. 194, Ferrajoli agrega: "Puesto que en la práctica de la inquisición las pruebas legales fueron habitualmente entendidas como necesarias (o negativas), además de como suficientes (o positivas), ha de reconocerse que, aunque lógicamente absurdas y demasiado a menudo injustas, tuvieron una cierta valía garantista (cfr., para su apreciación problemática, Cordero, F., 'Tre studi sulle prove penali' cit., p. 45, que habla de ellas como de un 'intento científicamente respetable de trasplantar al proceso el método matemático, bajo el presupuesto de que la posible, descontada, injusticia de la decisión en el caso concreto estaría acompañada de una mayor probabilidad de resultados verídicos en el universo de la experiencia judicial'; Nobili, M., ob. cit., p. 108, que ve en ellas 'una especie de contrapeso al poder del juez' y recuerda el juicio de Carrara según el cual fueron 'un respetable intento de erradicar el arbitrio del juicio de hecho')".

(108) Cito según el diccionario de Detlef Liebs "Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter. Zusammengestellt, übersetzt und erläutert von Detlef Liebs" ("Reglas jurídicas y aforismos latinos, reunidos traducidos –al alemán– y explicados por Detlef Liebs"), 5ª ed., Ed. C. H. Beck, 1991, letra N, n. 82: "Nadie es testigo en causa propia. Quien es parte en un proceso o participa de cualquier otro modo no puede aparecer en ella como testigo, sino que debe proceder como parte, o bien como acusador o acusado (Dig. 22, 5, 10 –Pomponio–)...".

(109) En el mismo sentido, es decir, en el de que aquí se encierra una petitio principii, cfr. De Gregorio Bustamante, "Abuso sexual infantil..." cit., p. 285 y ss., con un repaso de otras falacias frecuentes en el discurso de la constatación de abuso sexual infantil.

(110) Cfr. Filangieri, "Ciencia de la legislación", t. 5, con anotaciones de B. Constant, según la traducción castellana de la 3ª edición publicada por Ed. Librería Española de Lecointe, París, 1836 (la 1ª edición data de 1780), p. 222 y ss.

(111) Conf. Beccaria, "Dei delitti e delle pene", a cura di Piero Calamandrei, Firenze, Felice Le Monier, 1945, de la famosa obra publicada por vez primera en forma anónima en Livorno, durante el verano de 1764. Ver la versión española de Beccaria, "De los delitos y de las penas", de Francisco Tomás y Valiente, con intrducción del traductor y ficha bibliográfica de otras versiones, Aguilar, Madrid, 1969, p. 54. En ambas ediciones el texto transcripto corresponde al VIII. Dei testimoni (ps. 198 y 200 de la versión italiana citada, y p. 86 y ss. de la edición en español). Ver la referencia a Montesquieu ("Esprit", libro XII, cap. II), que se lee en la edición italiana al cuidado de Calamandrei. Respecto de que la atrocidad del delito hace disminuir la credibilidad y no a la inversa, como eran las sentencias del antiguo régimen, véase la nota del propio Beccaria (ed. italiana, p. 199, ed. española, p. 87 y ss.). Sobre el principio de inocencia apuntará poco después, bajo el capítulo de la tortura: "Un hombre no puede ser llamado culpable (reo, dice la versión italiana) antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la protección pública, sino cuando se haya decidido que violó

Éste es el legado de la Ilustración. ¿Cómo estaríamos más "ilustrados" revirtiendo todos estos principios, precisamente, en el caso, a la postre, el de inocencia?

b) Si la víctima realmente lo ha sido –y mucho más aún si no lo ha sido–, tiene que asumir los costos de la causa penal, como un efecto de su propia decisión –o de la de aquellos que deciden por ella–, decisión que justamente puede estar muy en contra del "interés superior del niño". Sin querer defender una hipótesis en un área en que no soy experto, acaso sí pueda al menos arriesgar la pregunta de si en caso de niños pequeños el interés superior del menor no estaría mejor protegido fuera de todo proceso penal. En cualquier caso, es seguro que el llamado "interés superior del niño" no prevalece sobre el principio de inocencia (112). El acusado de abusador sexual está tan amparado por la presunción de inculpabilidad como lo está el acusado de cualquier otro delito.

Muy en contra del "interés superior del niño" se estará especialmente en los casos en que se parta apodícticamente de su carácter de víctima y realmente no lo haya sido. ¿Cuántos hoy ya adultos estarán pagando al presente actual, con extremos conflictos de conciencia, ya irresolubles, el saber que hace un tiempo ellos acusaron falsamente a un hombre, acaso su propio padre, su niñera, su maestra, de haber cometido un hecho grave en su contra, un hecho que, culturalmente, se halla unido a los tabúes más profundos de las comunidades de Occidente? ¿Cuánto daño se le puede haber causado a un tal niño, cuando aún lo era, por partir de la base de que si él lo decía "tenía que ser verdad"? ¿Qué hará él ahora con esa carga? La carga será apenas menor cuando el sujeto en realidad no tenga certeza de si ha acusado falsamente o no, es decir, si sus recuerdos entrelazan realidad con fantasía. El tormento apenas disminuirá aquí hacia la siguiente configuración: "¿No será que mandé a prisión a un inocente, por haber sido sugestionado por intereses espurios de terceros?".

c) La razonabilidad de la regla de que nadie puede ser testigo si tiene interés propio en la causa, que en nuestro régimen procesal positivo rigió pacíficamente al menos hasta la derogación del "Código de Obarrio" (113), y que en los inicios de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue también un valor entendido (114), se fortalece en estos casos por la razonabilidad derivada

los pactos con los que aquella protección le fue acordada" (XII, "De la tortura", p. 213 y ss., p. 95, respectivamente). ¿Pero cómo sería legítimo revertir ese principio de inocencia, entonces, con la mera declaración de un testigo que tiene interés en la causa, si no fuese arrasando los principios de la Ilustración?.

(112) Los intereses en conflicto deberían entenderse aquí como el del niño, por un lado, y el de la sociedad, por otro. Ésta tiene un interés legítimo en perseguir penalmente todo quebrantamiento del pacto social, tanto más cuanto mayor sea el valor jurídico quebrantado (y pertenece, por cierto, a nuestros valores nucleares la libertad sexual de todo sujeto y el normal desarrollo sexual de los niños). Pero la misma sociedad ha sentado la regla de que hay un "interés superior del niño", el cual, así como en casos en que un niño comete un delito puede conducir a restringir la "judicialización" del caso, en pos de vías alternativas –y, entonces, a la renuncia a la persecución penal de él (véase la opinión consultiva OC-17/2002 de la Corte IDH, del 28/8/2002)–, así también cabría pensar en la posibilidad de buscar vías alternativas cuando él ha sido la víctima, en aquellos casos en que la punición del autor representara un alto valor para la comunidad, pero ninguno o uno más bien escaso, para el niño. En cambio, el "interés del niño" nunca es superior al "principio de inocencia".

(113) Código de Procedimientos en Materia Penal (ley 2372):
"Art. 276.– No pueden ser testigos sino para simples indicaciones y al solo objeto de la indagación sumaria: ...7. Los amigos íntimos del querellante y del procesado, sus socios, sus dependientes o sirvientes y los cómplices en el delito. 8. Los que tuvieren interés en el resultado de la causa". De todos modos, no se puede negar que los jueces incumplían estas reglas de diversos modos, por ej., dictando la sentencia condenatoria definitiva sobre la misma base de la "indagación sumaria".

(114) Cfr. Fallos 10:342, causa LXVI, "Criminal v. Brocate, Tristan, por hurto á bordo del pailebot 'Arrogante Emilia'", sent. del 24/8/1871. Se trataba del caso de un hurto supuestamente cometido por un marinero del pailebot Arrogante Emilia, en la noche del 15/4/1870; el patrón del pailebot acusaba al marinero de haberle sustraído tres onzas y media de oro, una moneda de once patacones y una libra esterlina, además de haber abandonado el barco. El acusado negó la comisión del hurto, aunque sí reconoció que había hecho abandono del barco. La libra esterlina había aparecido en el bolsillo del marinero, pero éste afirmaba que el patrón se la había puesto allí cuando lo prendieron. El juez de sección lo halló culpable, considerando inverosímiles las alegaciones del marinero (quien, por lo demás, había sido hallado ebrio en la calle 25 de Mayo). Pero la Corte Suprema revocó la condena, sentando tanto el demérito de la declaración de quien tiene interés en la causa como el valor del principio de inocencia (ortografía de la época):
"Primero, que la ley exije muy sabiamente para justificar la imposición de pena en las causas criminales 'que el proceso muestre una prueba tan clara como la luz del mediodía', de manera que 'non venga dubda alguna' en el ánimo del juez á cerca de la perpetración del delito y de la persona del delincuente; Segundo, que en el presente caso no está acreditado el hurto de dinero imputado á Brocate (el marinero), pues apenas existe el levísimo indicio que nace de la denuncia de Bignoli, patron del pailebot (cuyo nombre, sin embargo, al principio del fallo, aparece escrito con 'V'), que, en su declaracion de foja trece vuelta se supone robado, no teniendo esa deposicion valor alguno, 'tanto por ser interesado en la causa', como por no haber sido aquella ratificada en el plenario según consta á foja tres; Tercero, que no concurriendo contra el acusado sinó presunciones tan leves como la que queda refutada, no se le puede imponer pena alguna, por lo prescrito en la Ley octava, Titulo catorce, Partida tercera, que, dando la razon de su disposicion dice 'Ca las sospechas muchas vegadas non aciertan con la verdad' (dado que las sospechas muchas veces no aciertan con la verdad), y ademas porque 'es tambien un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le pruebe lo contrario'; por estas consideraciones, y con arreglo á lo dispuesto en las leyes primera y doce, título catorce, partida tercera, y veinte y seis titulo primero, partida séptima, se revoca la sentencia apelada y se declara a Tristan Brocate libre y quito de toda culpa y cargo, devolviéndose el proceso al juez á quo para que le mande poner inmediatamente en libertad" (el énfasis en comillas simples con bastardilla está agregado).

de otra máxima de mayor abolengo aún: testimonium unius non valet (115) (o bien, unus testis nullus testis (116)), lo cual, como se vio, era patrimonio común de la Ilustración. La libre apreciación de la prueba no debe quedar desvinculada del hecho de que las narraciones de una sola persona, que además tiene interés en la causa, no pueden configurar una prueba suficiente de la comisión del hecho ni, concurrentemente, de su autoría. A la regla de que el testimonio de un único testigo es insuficiente puede sentirse vinculado cualquier juez razonable, en tanto quiera sentir sujeto su pensamiento a reglas de sana crítica racional (117).

Dejar de lado la doble debilidad del "testigo" único, que además tiene interés en que la causa finalice como él dice que tiene que finalizar (es decir que no es un verdadero testigo: nemo testis in propria causa), parece de por sí una lesión a las debidas garantías del proceso penal aseguradas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8, párr. 1), y en particular al principio de inocencia (art. 8, párr. 2, CADH), porque, en tales casos, la base sobre la cual la sentencia condenatoria muta el estado de inocente del acusado por el estado de culpable sólo puede comprenderse si el juez parte del presupuesto de que el acusante se atiene a la verdad y el acusado, no. Mientras las llamadas neurociencias no nos aporten herramientas sólidas e indubitables para discernir con probabilidad lindante en la certeza entre declaraciones veraces y mentidas -de todos modos, no podrían identificar a aquel que cree haber vivido una situación que no vivió efectivamente-, aquel procedimiento implica de por sí una lesión al "principio de inocencia" (118).

Ésa no es, empero, como se verá infra, apart. VIII.b, la visión dominante en el mundo contemporáneo. Pero sí es un valor entendido que el principio rector del proceso penal es el principio de inocencia, definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y justamente en relación con la posibilidad de que exista una "prueba incompleta", en estos términos:

"El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del art. 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla".

d) Pero también está en juego aquí el principio de igualdad ante la ley: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley" (art. 24, CADH).

Ésta es una razón determinante para que, especialmente en casos en que el tribunal de juicio debe enfrentarse ante una imputación basada en una declaración que se contrapone a otra declaración, la así llamada "declaración contra declaración" (especialmente, la contraposición: víctima versus acusado), tenga que haber razones de peso, contundentes, prácticamente excepcionales, para que se le dé más valor a la palabra del acusador que a la del acusado. Lo contrario implicaría lesionar la dignidad del acusado como persona, pues no hay ninguna razón para decapitar su palabra como menos creíble que la palabra de su acusador (119).

Contra ello no cabe argumentar que acusador y acusado no están en plano de igualdad en razón de que el decir

(115) Diccionario de Liebs, Detlef "Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter..." cit., letra T, n. 19: "Un testimonio único no vale. Principio del Derecho Procesal Penal del judaísmo antiguo, del de la antigüedad y del Derecho canónico, según el cual para la convicción de la culpabilidad son necesarios al menos dos testigos presenciales del hecho. Damasus, Regulae canonicae 43. V. ya Cód. Just., 4, 20, 9, sobre el final (Constantino); y ya Deuteronomio, 19-15. Hoy ya no rige".

(116) Diccionario de Liebs, Detlef "Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter..." cit., letra U, n. 28: "Un solo testigo es nulo. El testimonio de un único testigo no basta para hacer convicto a alguien de un delito. V. Cód. Just., 4, 20, 9, frases 2 y 3 (Constantino). V. ya Deuteronomio, 19-15; y Evangelio de San Mateo, 18-16. Rigió hasta 1800...". Entre nosotros es más conocida la formulación invertida: "Testis unus testis nullus".

(117) El principio, además de haber formado parte del patrimonio de la Ilustración, no se origina en ella: tiene un antiguo abolengo en la tradición judeo-cristiana. En el Libro de los Números (35-30) aparece formulado como una restricción para la condena capital por homicidio: "En cualquier caso de homicidio se matará al homicida según la declaración de los testigos; pero un solo testigo no bastará para condenar a muerte a un hombre". En el Deuteronomio (19-15), en cambio, la regla se presenta de modo absoluto: "Un solo testigo no es suficiente para declarar culpable a un hombre de cualquier crimen o delito; sea cual fuere el delito que haya cometido, sólo por declaración de dos o tres testigos será firme la causa". En el Evangelio según San Mateo, cap. 18, la regla aparece difusa dentro de las recomendaciones relativas a cómo corregir al hermano: "Corrección fraterna: [15]Si tu hermano llega a pecar, vete y repréndele, a solas tú con él. Si te escucha, habrás ganado a tu hermano. [16]Si no te escucha, toma todavía contigo uno o dos, para que todo asunto quede zanjado por la palabra de dos o tres testigos. [17]Si no les hace caso a ellos, díselo a la comunidad. Y si ni a la comunidad hace caso, considéralo ya como al gentil y al publicano". En la Segunda Carta del Apóstol San Pablo a los Corintios, cap. 13, se lee: "[1]Por tercera vez voy a vosotros. Por la palabra de dos o tres testigos se zanjará todo asunto" (cfr. otras referencias en Dt. 17-6; 1ª Ti., 5-19; Heb., 10-28. En el Código de Derecho Canónico se sigue reconociendo este principio, pero como regla general, que admite excepciones. Véase supra, notas 44 y 45).

(118) Véase el caso "Cantoral Benavidez v. Perú", sent. del 18/8/2000, párr. 120.

(119) Por cierto, ése no es el caso cuando se dan razones "objetivas o subjetivas que persuadan de otra cosa", tal como lo dice la parte final del canon 1573, CDC. Pues, como se sabe por mera presunción hominis, las personas están rodeadas de características personales, hábitos, oficio, estima general, etc., que las hacen más o menos fiables. No es arbitrario ni implica un argumento discriminatorio el basarse en la pulcritud general de la persona, en su conducción de vida en el entorno social, para darle credibilidad a sus dichos. Todos hemos experimentado la sensación de que ciertas personas (acaso pocas) son incapaces de mentir o lo harían en circunstancias extremas o muy particulares, eventualmente, incluso en forma justificada. De esta condición de determinada

verdad le está impuesto legalmente al "testigo", mientras que el acusado no tiene ese deber, como si esta diferencia deontológica permitiera un trato desigual. En primer lugar, en el caso de niños menores, su declaración ni siquiera está alcanzada por la conminación penal del falso testimonio, de modo que, jurídicamente, su deber de decir verdad se diluye en una difusa responsabilidad civil eventual, que muy difícilmente podría concretarse en la práctica (y este ligero riesgo nunca habría de operar como factor para abstenerse de mentir). En segundo lugar, en caso de testigos ya alcanzados por la conminación penal, por ej., si han cumplido 16 años o son lisa y llanamente mayores de edad, justamente no se tiene ninguna prueba a priori de que el testigo esté ajustándose a su deber de decir verdad. Si él faltara a la verdad, la "víctima" sería el acusado. De modo que no podemos responder en favor de la veracidad sólo a partir de la premisa de que la conducta le sería al testigo obligatoria, puesto que justamente no tenemos probado el cumplimiento de la obligación. El acusado, de hecho, al negar la acusación, afirma el falso testimonio de su contradictor –salvo que él mismo parta de la base, también posible en estos casos, de declaraciones inducidas por error (120)–. ¿Por qué razón al acusado de ese falso testimonio sí se le habría de creer, como no autor de tal hecho, mientras que a quien lo acusa de ello no se le cree ni en su descargo ni en su imputación? Si se lo viera desde un plano puramente deontológico, también habría que presumir que el acusado "ha cumplido su deber de neminem laede", de modo que, como estaba obligado a no cometer abuso, no lo ha cometido. Si no se acepta este razonamiento, no hay por qué aceptar que el testigo, por el mero hecho de estar obligado a decir verdad, ha dicho la verdad. Esto demuestra que estar a que él sí dice la verdad, y el acusado no, viola el principio de igualdad ante la ley.

Por último, que el acusado no esté obligado a decir la verdad no implica que no tenga el derecho a hacerlo. Por lo que el caso regresa al inicio: declaración contra declaración. ¿Cómo ha de resolverse esa confrontación sin que se viole el principio de igualdad? (121).

e) En un voto otrora en disidencia del juez Enrique C. Petracchi en la causa "Molinas, Ricardo v. Nación Argentina" (122), en cuyo caso estaban básicamente en discusión cuestiones relativas al juicio político, Petracchi hizo una cita histórica sobre la base de un precedente de la Corte Suprema de los Estados Unidos (123), en una toma de posición que más tarde fue recogida por la jurisprudencia posterior de la Corte Suprema (124). El juez recordó allí que en épocas del Imperio romano el gobernador Numerius, quien gobernaba Narbonensis, se hallaba sometido a juicio criminal, y había asumido su propia defensa negando la culpabilidad y alegando la falta de prueba en su contra, en tanto que Delphidius, su adversario, previendo el posible rechazo de la acusación, se dirigió a Juliano diciendo: "Oh, ilustre César, si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?", a lo que Juliano habría respondido: "Y si fuese suficiente con acusar, ¿qué le sobrevendría a los inocentes?".

Allí las cosas están planteadas en términos del "principio de inocencia", en particular porque en el caso "Jonte, Abraham" el tribunal de juicio había hecho afirmaciones que implicaban ya una inversión de la carga probatoria. Pero, respecto del principio de inocencia como tal, los tribunales de juicio suelen calmar su conciencia argumentando que tienen por probados los hechos, y, entonces,

persona en el caso particular pueden dar fe también otras personas –lo que, sin embargo, remite a un regreso cuasi ad infinitum: ¿son éstas, a su vez, fiables?–. Comoquiera que fuese que la "materialidad del hecho" surja de los dichos de un sujeto, es darle a la "excepción" un alcance demasiado amplio, por pulcra que sea la fama del declarante. Por lo demás, la condición de "víctima" per se –se trate de un niño o no– nunca puede constituir una razón suficiente para tener por cierta su palabra contra la del acusado. A quien pensara que cabría hacer una excepción per se para el caso de los niños cabría oponerle el argumento de que, entonces, el acusado tendría que tener el derecho de pedir la suspensión del juicio hasta que el menor cumpla sus 18 años, para que quedasen así equiparados los valores de sus respectivas palabras (lo que naturalmente sería absurdo).

(120) Un testigo puede haber llegado al juicio en mayoría de edad pero el hecho puede referirse a una época pretérita, en la que aún hubiera podido ser inducido de buena o mala fe, en contra de la verdad.

(121) La "igualdad" por la que propugno entre acusador y acusado tiene que regir, naturalmente, ceteris paribus. Circunstancias que en otros contextos podrían considerarse distinciones discriminatorias irritantes (la persona conduce su vida "desordenadamente", no observa parámetros de conducta estables, es "sumamente viciosa", o bien, incluso, tiene antecedentes penales, por ej., registra una condena por estafa, por hechos violentos, etc.) podrían ser dignas de ser evaluadas lícitamente para que la palabra de uno de los términos de la confrontación sufra ciertacapitis deminutio frente a la del otro. También indicadores objetivos de las declaraciones (riqueza de detalles, precisión, autolimitación en las afirmaciones sobre las que el declarante no tiene seguridad, etc.) pueden jugar su papel como para alterar una paridad. Con todo, si la hipótesis acusatoria estuviera "realmente probada", es decir, corroborada por suficientes rastros objetivos contundentes –o bien se diera el caso, al contrario, de que la inocencia estuviera objetivamente demostrada–, la confrontación entre la palabra de uno frente a la del otro no desempeñaría ya ningún papel. Por ello, en principio, se debe partir de la vigencia de un "principio de igualdad" que se halla en la base del "principio de inocencia".

(122) Fallos 314:1091, esp. ps. 1122 y ss. y 1128, consid. 13 (sent. del 24/9/1991).

(123) In re "Coffin v. United States" (156 US 432, p. 453 y ss.).

(124) "Abraham Jonte, Ronaldo F. s/ recurso de casación", sent. del 7/12/2001, en la que la Corte Suprema sigue en todo el dictamen del procurador fiscal, que invoca aquel voto de Petracchi al que se refiere el texto de la nota 122 (tomo estas referencias de una ponencia de Carla V. Amans, "El principio de inocencia y duda beneficiente en el proceso penal romano", en la que la autora defiende la tesis de que el principio de inocencia ya estaba reconocido en el Derecho romano, que no sería, en suma, un producto de la Ilustración. A partir de la lectura de ese mismo trabajo he tomado conocimiento del fallo de la Corte Suprema de 1871, "Criminal v. Brocate" cit. supra nota 114, que, a su vez, ella toma de D'Albora).

ya no hay inocencia, bien que gracias a la declaración "testimonial" del acusador. Pero se da así, de todos modos, una violación al principio de igualdad, al menos en todos los casos en que el acusado ha negado la acusación.

Concedo que esta interpretación lleva en ciernes el riesgo de que la declaración del acusado –que, a mi juicio, no debe tener nunca efectos incriminantes, incluso en caso de "confesión" (porque ésta no exime al Estado de demostrar efectivamente la realidad de la acusación)– pase a tener una significación probatoria, al menos a efectos de producir la situación de paridad. Una declaración acusatoria no contradicha por el acusado tendría más valor, en principio, que una que sí ha sido contradicha. Pero esto no significa que la declaración no contradicha "demuestre el caso", sino, a la inversa, que la declaración contradicha, de por sí, queda neutralizada, si no se quiere violar el principio de igualdad.

VIII. EL ESTADO DE LA DOCTRINA ACTUAL SOBRE ESTA MATERIA

a) Estándar "ideal" versus el estado "real" de la situación

Las consideraciones anteriores marcan el camino que en mi opinión es la única vía jurídicamente correcta. Pero no se puede decir que ese camino sea el que recorre la doctrina y jurisprudencia actual vigente en Europa, a cuyo reflejo se han formado y se forman las ideas jurídicas de América Latina, y que el propio autor de este trabajo toma normalmente como punto de referencia para establecer el estado de las opiniones sobre determinado asunto jurídico y formar sus propios juicios. Uno puede pretender alcanzar un estado de opiniones más justo, más cercano a los derechos fundamentales, tal como éstos están reconocidos en los tratados internacionales, sin que sean "decapitados"; pero no puede desconocer que la praxis actual no opera conforme a ese estándar de respeto (real) al "principio de inocencia", sino que fluctúa en soluciones de compromiso, oscuramente fundamentadas, incluso en la doctrina de tribunales internacionales de protección de los derechos humanos (125).

Por ende, sería demasiado optimista, por no decir ilusorio, aspirar a que la jurisprudencia argentina se rebelara contra la situación actual y se corrigiera a sí misma, sólo sobre la base de una argumentación como la desarrollada hasta aquí. Pues ni siquiera en países de culturas jurídicas muy avanzadas la tensión entre "principio de inocencia" y "libre valoración de la prueba" es resuelta como el autor de este trabajo lo propone de modo imperativo.

Por ello es útil mostrar, por comparación, cuál es el panorama actual de la doctrina y la jurisprudencia alemanas, pues si bien éstas admiten la posibilidad de una condena fundada en la declaración de un testigo, incluso si tiene interés en la causa, los controles de racionalidad y estrictez de una tal declaración son mucho más rigurosos que los que están al uso en nuestro medio.

El panorama que paso a describir está tomado de un informe que ha preparado a mi pedido Thomas Kliegel–asistente científico de la Universidad de Düsseldorf–, sobre la valoración de la prueba en casos de abusos sexuales en la doctrina y la jurisprudencia alemanas (126), lo que a grandes rasgos se asemeja a la situación en Italia (127),

(125) Incluso en una sentencia como la del caso "P. S. v. Germany" (ver supra, nota 103), en la que el TEDH dio la razón al demandante en el sentido de que hubiera habido violación a las garantías de un juicio justo por privación del derecho de examinar a los testigos de cargo –cuando la condena se había basado precisamente sólo en la declaración de la víctima o principalmente en ella–, se parte de la base de que, en principio, fuera válida una condena fundada en dichos de la víctima, en tanto se cumplan las restantes garantías, y se presupone en la base del razonamiento que las garantías del juicio justo deben ser sopesadas o contrabalanceadas con los derechos enfrentados a ellas. Así reza el fundamento del § 22 de la sentencia: "En los casos que corresponda, los principios de un juicio justo exigen que los intereses de la defensa sean contrabalanceados con los de los testigos o víctimas llamados a declarar como testigos, en particular cuando están en juego la vida, la libertad o la seguridad de la persona u otros intereses que caen bajo el ámbito del art. 8 del Convenio (véase la sentencia antes citada en 'Doorson' –'Doorson v. The Netherlands', sent. de 26/3/1996, Reports 1996-II–, p. 470, § 70)". Pero ¿por qué razón un principio básico de los derechos fundamentales, como el de inocencia, el de defensa, el de determinación del hecho objeto de acusación, etc., tiene que ser balanceado con intereses contrapuestos? Esto valdría tanto como decir que para resguardar los derechos contrapuestos hace falta que el acusado parta de una situación de menor inocencia, menor defensa, menor determinación del hecho imputado, etc.

(126) Todas las referencias doctrinales y jurisprudenciales que siguen están tomadas del "Informe Kliegel", del cual adopto incluso su redacción, con ciertas reducciones o expresiones interpoladas de mi propia opinión, en cuyo caso esto se hace notar. Con todo, de la reproducción de su informe suprimo, por razones de espacio, un acápite relativo a "La distancia temporal entre el hecho y la manifestación del hecho" y un excursus suyo sobre "Exigencias para los dictámenes sobre psicología de la declaración".

(127) A este respecto he contado con el informe particular que debo a Kolis Summerer, que fue becaria de la Universidad de Bologna, actualmente investigadora de la Universidad de Bolzano. Por razones de espacio, me limito a reproducir algunos extractos de su trabajo: la formación de la convicción del juez puede fundarse también en los testimonios de las víctimas, que se han constituido en partes civiles, siendo suficiente con que el juez demuestre su credibilidad poniendo en relación tales testimonios con otros elementos probatorios (Cass., 13/11/2003, n. 3348; Cass., 26/11/1997, n. 766; Cass., 11/11/1992, "Lippolis"; Cass., 15/6/1983, "Mancini"; Cass., 18/11/1982, "Pasini"). Mas es necesaria una valoración más atenta de la autenticidad de las declaraciones de la víctima respecto de las de un testigo común, puesto que la víctima es –al menos potencialmente– portadora de intereses propios en el proceso. Aunque la deposición de la víctima no está equiparada a la de un testigo extraño, puede ser tomada también por sí sola como fuente de prueba, si es sometida a un atento control de credibilidad objetiva y subjetiva, no siendo necesaria la corroboración por elementos externos, cuando no existen situaciones que inducen a dudar de su credibilidad (Cass., 3/7/2008, n. 35201; Cass., 1/4/2008, n. 20279; Cass., 14/4/2008, n. 27322; Cass., 10/10/2007, n. 40787; Cass., 18/10/2006, n. 2893). En particular en

y, más allá de las divergencias propias del sistema de jurados, que le agrega a la cuestión la complejidad de las directrices impartidas a sus miembros, las cosas son correspondientes también en los países del mundo anglosajón (128).

b) El estado de la doctrina y la jurisprudencia alemanas

El sistema general parte de la base, como es sabido, de la "libre valoración de la prueba". En lo que se refiere a la declaración de testigos se sigue el modelo de la llamada "psicología de la declaración" –al que más arriba ya he aludido, sobre todo valiéndome del trabajo de Garrido y Masip– (129). Si bien la decisión final sobre la credibilidad de un testigo queda en manos del juez, los peritajes sobre psicología de la declaración son mencionados y al mismo tiempo reconocidos en la jurisprudencia de los tribunales superiores alemanes, especialmente respecto de declaraciones de niños, a partir de una sentencia del Tribunal Supremo Federal dictada en 1954 (130).

En la valoración de la declaración se distingue entre "credibilidad general" del testigo, referida más bien a su persona, capacidades cognitivas, etc., y verosimilitud de la declaración ("credibilidad especial"). Esta diferenciación es paralela a lo que hemos referido anteriormente sobre los tests conocidos como SVA y CBCA. Sobre todo el autor alemán Udo Undeutsch ha acentuado que el punto neurálgico del dictamen "no es la credibilidad del testigo, sino la verosimilitud de la declaración" (131). De allí que aun los psicólogos españoles antes citados utilicen la expresión "hipótesis de Undeutsch" para referirse a los criterios del CBCA.

De este modo, la valoración de la credibilidad se basa en el presupuesto (algo optimista, a mi juicio) de que existe una diferencia cualitativa entre sucesos vividos por uno mismo y declaraciones inventadas, lo cual podría reconocerse –se dice– mediante los llamados caracteres de credibilidad o indicadores de realidad.

Expuestos en comprimida síntesis, tales indicadores presentan los siguientes lineamientos:

1.– Grado de detalle

Se presupone que un suceso vivido por uno mismo se caracteriza por una multiplicidad de detalles. En principio, para un testigo sería difícil, según este criterio, inventar una declaración falsa con muchos detalles y luego continuar adornándola. Así, una comunicación global, que se

caso de delitos de abuso sexual, también el testimonio de la víctima puede ser fuente de prueba en la que se funde la sentencia, incluso exclusivamente, si es valorado como intrínsecamente fidedigno, puesto que, en la mayoría de los casos, la verificación de la responsabilidad atraviesa la necesaria valoración del contraste entre las opuestas versiones del imputado y de la víctima, únicos protagonistas de los hechos, faltando elementos objetivos u otros elementos que puedan atribuir mayor credibilidad, de lo externo, a una tesis o a otra (Cass., 22/10/2008, n. 45067; Cass., 21/6/2005, n. 30422). Pues en el caso de delitos sexuales el testimonio de la víctima es frecuentemente la única fuente del convencimiento del juez, la valoración de la credibilidad del testigo es esencial. La decisión del tribunal del hecho no es revisable en Casación, en tanto el juez haya dado una explicación plausible de su análisis probatorio (Cass., 5/10/2006, n. 41282). La jurisprudencia ha precisado, pues, que la declaración de la víctima debe ser sometida a un atento y riguroso examen de credibilidad; debe tener una intrínseca coherencialógica y no debe presentarse como contradictoria, incierta o confusa; no son fidedignas las acusaciones genéricas y vagas, las declaraciones que no hacen referencia a circunstancias o episodios específicos. Las declaraciones deben aparecer lineales, particularmente circunstanciadas y constantemente confirmadas y repetidas por la víctima –en su núcleo esencial– en las diversas ocasiones en que ella es escuchada. La señal o el indicio de la mentira es generalmente representado por la presencia de intrínsecas contradicciones, ilogicidad, incongruencias y contrastes con eventuales otros datos probatorios. Con particular referencia al testimonio del menor víctima de delitos sexuales, la Casación afirma que, al fin del juicio de credibilidad de las declaraciones, el razonamiento probatorio no puede prescindir de la necesidad de que tales declaraciones deben referirse a cosas y personas realmente existentes, respecto de quienes sea verosímil, más allá de toda duda razonable, por la especificidad de los detalles y de las narraciones, que el menor pueda haber vivido una experiencia sentida como inusitada, fastidiosa y a menudo traumática (Cass., 4/10/2007, n. 42984; Cass., 18/05/2007, n. 28530). La valoración del contenido de la declaración del menor víctima en casos de delitos sexuales debe implicar un examen de la aptitud psicofísica del testigo para exponer las vicisitudes de manera útil y exacta; de su posición psicológica respecto del contexto de las situaciones internas y externas. Es útil el uso de la investigación psicológica, que concierne a dos aspectos fundamentales: la aptitud del menor para testimoniar, bajo el perfil intelectivo y afectivo, y su credibilidad. El primero consiste en la verificación de su capacidad de recibir las informaciones, de conectarlas con otras, de recordarlas y de expresarlas en una visión compleja, en consideración de la edad, de las condiciones emocionales que reglan sus relaciones con el mundo externo, de la calidad y naturaleza de las relaciones familiares. El segundo atañe directamente a examinar el modo en que la joven víctima ha vivido y reelaborado la vicisitud de manera de distinguir sinceridad, alteración de los hechos y mentira (Cass., 3/7/1997, n. 8962).

(128) Es lo que me informa un trabajo de Alejandro Chehtman, quien acota: "...con excepción, posiblemente, de Escocia, que exige alguna forma de corroboración 'externa' a la declaración de la víctima". Allí, no obstante, la atención se centra, en gran medida, en las líneas directrices o advertencias dadas a los jurados (al respecto, véase en general, Lewis, Penney, "Delayed Prosecution for Childhood Sexual Abuse" –"Persecuciones penales tardías en casos de abuso sexual de menores"–, Oxford University Press, Oxford, 2006, cap. 6).

(129) La bibliografía general al respecto en Alemania es incomensurable. Véase como referencia la que se reproduce en la contribución de Köhnken a la obra conjunta regida por Widmaier, "Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung" (esto no puede traducirse de modo comprensible; aproximadamente valdría: "Manual muniquense de abogados de defensa penal"), Munich, 2006, § 62 ("Glaubwürdigkeitsbegutachtung" –"Dictamen sobre la credibilidad"–), hallable en http://beck-online.beck.de/default.aspx?VPATH=bibdata%2 fkomm%2. Esta nómina bibliográfica ocuparía aquí varias páginas.

(130) BGHSt, t. 7, p. 82.

(131) Undeutsch, "Forensische Psychologie", Göttingen, 1967, p. 51.

mantiene en lo general, sería indicadora de una declaración que no se apoya en una vivencia propia, mientras que, en cambio, una declaración apoyada en la vivencia puede ser considerada como probable cuando el testigo menciona numerosos detalles en principio colaterales (132). Por contraposición, un testigo que declara falsamente habrá de limitarse, por lo general, a la presentación del núcleo del suceso, a fin de no complicar innecesariamente la declaración. Se agrega que hablaría en favor de la verdad de una declaración también su equivalencia estructural, esto es, que la declaración se mantenga constante respecto de su grado de detalle y presentación, desde el comienzo hasta el final, lo cual también alcanza a los sucesos colaterales (133). Habla en favor de una declaración inventada el que el declarante se concentre en el suceso objeto de controversia (el así llamado "quiebre de la estructura"). Se presupone también que la expresión de detalles peculiares es indicadora de veracidad, puesto que sería raro que el testigo haya inventado esos episodios extraños, especialmente en caso de testigos niños (134). Asimismo, relatos sobre complicaciones de la acción, por ej., por obstáculos surgidos u otras dificultades imprevistas, son un indicador de la corrección de lo declarado (135), puesto que quien no dijera la verdad raramente se detendría en tales complicaciones que no hacen al objetivo, especialmente si actúan en descargo del imputado.

Otros aspectos vinculados al criterio de "grado de detalle" se relacionan con los intercambios de conversaciones con el autor del hecho, estados de ánimo del declarante, manifestaciones de aspectos fácticos que el sujeto –especialmente si es un niño– no puede comprender por completo, velocidad de la declaración o declaración más bien pausada y con lagunas temporales para pensar en la respuesta, etc. (136).

2.– Consistencia lógica

Obviamente, se parte también del presupuesto de que toda presentación acorde con la verdad debe tener coherencia interna, corrección en la secuencia lógica y ausencia de contradicciones (137). El contenido de una declaración se debe poder reunir sin inconsecuencias en un contexto coherente, lógico, comprensible y plausible. La declaración resulta consistente cuando las diferentes partes del relato se apoyan y confirman recíprocamente. Esto rige especialmente cuando el testigo aporta los hechos particulares en forma no estructurada, pero éstos se pueden reunir en un todo unitario sin dificultad. Las declaraciones falsas se caracterizan, más bien, por una forma de presentación estructurada, generalmente cronológica, pues se trata de una historia inventada que el testigo tiene que retener con esfuerzo.

3.– Forma de la declaración

Otro criterio utilizado en la psicología de la declaración –a mi juicio, sumamente débil y expuesto a manipulaciones emocionales– atañe a que también hablaría en favor de una declaración acorde con la verdad el hecho de que la declaración sea prestada con una reacción acorde con los sentimientos y el ánimo. En los testigos, especialmente durante la declaración, puede producirse un revivir el hecho, lo cual se manifiesta en la forma de declarar (por ej., hacer pausas, llorar, comenzar a hablar más bajo, tragar, etc.). Se reconoce que, evidentemente, esto dependería fuertemente de la naturaleza del testigo, por lo cual se debe determinar si se trata de una persona racional o emocional. Y también constituiría un factor importante la distancia temporal y la repetición del relato en muchos interrogatorios, lo cual debería reducir el efecto emocional.

4.– Elementos referidos a la motivación

Se presupone también que testigos conscientemente falsos y los que declaran conforme a la vivencia perseguirán diferentes motivos con su declaración; se asume que los elementos de la declaración referidos a la motivación aparecerán con mayor frecuencia frente a sucesos realmente vividos. Aquí de lo que se trata, por ej., es de correcciones espontáneas de la propia declaración, objeciones en contra de la corrección de la propia declaración, la atribución a sí mismo de una cierta responsabilidad, frases de descargo del imputado o el reconocimiento de lagunas en los recuerdos (138). Se piensa así que sólo los testigos que reproducen un suceso real han de esforzarse por una presentación exacta del verdadero acontecer, y llegado el caso, habrán de corregirse. Los testigos que declaran intencionalmente en forma falsa tratarían de no dañar su credibilidad, y se corregirían más bien poco, lo cual también tiene que ver con que no pueden evocar ningún recuerdo, sino que únicamente reproducen un suceso inventado, propiamente armado. Si el testigo habla en descargo del imputado, mostrará una actitud benévolamente neutral frente a éste, lo cual habla en favor de una declaración referida a las vivencias y en contra de motivos de incriminación parciales.

(132) Sent. del BGH, publ. en NJW, 1999, p. 2746 (esp. p. 2748); ver también Köhnken, en su contribución en Widmaier, "Münchener Anwaltshandbuch..." cit., § 62, n. m. 62.

(133) Bender, Nack y Treuer, "Tatsachenfeststellung vor Gericht", 3ª ed., Munich, 2007, n. m. 350 y ss.

(134) Bender, Nack y Treuer, "Tatsachenfeststellung..." cit., n. m. 338 y ss.

(135) BGH, NJW, 1999, p. 2746 (esp. p. 2748); Bender, Nack y Treuer, "Tatsachenfeststellung..." cit., n. m. 319 y ss.; Köhnken, en Widmaier, "Münchener Anwaltshandbuch...", § 62, n. m. 60.

(136) En este párrafo he comprimido en demasía los detalles explicados al respecto en el "Informe Kliegel".

(137) Bender, Nack y Treuer, "Tatsachenfeststellung..." cit., n. m. 297 y ss.; Köhnken, en Widmaier, "Münchener Anwaltshandbuch..." cit., § 62, n. m. 54; Undeutsch, "Forensische Psychologie" cit., p. 138.

(138) BGH, NJW, 1999, p. 2746 (esp. p. 2748); Bender, Nack y Treuer, "Tatsachenfeststellung..." cit., n. m. 357 y ss.; Köhnken, en Widmaier, "Münchener Anwaltshandbuch..." cit., § 62, n. m. 67 y ss.

5.– Origen de la declaración (la así llamada "génesis de la declaración")

Tal como lo demuestran los antes referidos casos "Friedman", "Michaels", "Montessori" y tantos otros, sí concedo que si es que un juez va a aceptar la incriminación del acusado sobre la base de los dichos de quien se dice afectado por éste, entonces, tiene que tener un gran celo por controlar cómo se ha gestado la declaración. La cuestión de si se han logrado criterios claros al respecto es harina de otro costal. En mi opinión, este criterio más bien vale por la negativa, es decir: hay ciertas génesis de declaraciones que convierten a éstas de por sí en no fiables, pero una génesis impoluta no demuestra aún, obviamente, que el contenido de lo declarado sea verdadero.

La jurisprudencia y la doctrina alemanas siguen el siguiente criterio: en principio, tiene especial importancia la reconstrucción de las condiciones en que surge la declaración y su desarrollo ulterior (139). En este punto, se dice que se debe examinar en primer lugar la primera declaración, y sobre esta base se deben analizar las demás declaraciones con relación a sus modificaciones. En la primera declaración se trata de las preguntas acerca del cuándo, en qué circunstancias y, especialmente, frente a quién se producen los primeros relatos del suceso que está en el centro del interés. Aquí se hace hincapié en que la primera declaración del testigo que se registra en las actas generalmente no será la primera declaración del testigo acerca del delito. También el tiempo entre el hecho y los primeros datos aportados por la víctima cumplen un papel relevante. Básicamente, rige la regla de que la primera declaración "es la mejor" (140). Se sostiene, además, que, por cierto, ello debe restringirse a aquellos casos en que la declaración sigue inmediatamente a la vivencia o (atenuadamente) cuando la primera recepción de la declaración se produce para la persona que brinda la información en forma sorpresiva. Pues una mentira verdaderamente convincente lleva tiempo, se la debe controlar mentalmente varias veces con relación a puntos débiles y contradicciones. En cambio, si entre el suceso y la primera declaración han transcurrido varios meses o más tiempo y la persona que aporta la información está preparada, esta "primera" declaración ya no tendría una significación especial.

Si un testigo en una ulterior declaración completa los datos aportados primero, esto no resultaría problemático si los nuevos detalles no contradicen la primera declaración, sino que únicamente "la afinan". Un testigo que dice la verdad, por lo general, no tendrá dificultades en enriquecer su primera declaración mediante otros detalles, pues realmente habrá vivido la situación, mientras que el testigo que declara falsamente tendrá cuidado de no presentar demasiados detalles para no contradecirse después.

La constancia de la declaración es un criterio especialmente importante para la referencia de la declaración a las vivencias (141). Ya en la segunda declaración frecuentemente se produce una modificación de la declaración según la situación del proceso. La declaración es considerada constante cuando un suceso, al ser relatado repetidamente, se mantiene idéntico en sus contenidos esenciales y en los detalles característicos. En esa medida, se debe distinguir entre el suceso central y las acciones colaterales. Si un testigo puede reproducir el suceso central en forma constante, un déficit de constancia en las acciones colaterales no necesariamente habla en contra de la verdad de la declaración. Antes bien, una repetición de cuestiones sin importancia susceptibles de ser olvidadas habla de una declaración falsa entrenada. Esto es especialmente dudoso cuando el testigo, frente a repreguntas, no está en condiciones, o lo está apenas, de realizar complementaciones.

6.– Motivación de la declaración

El presente criterio parece de importancia obvia. El "Informe Kliegel" en el que me baso para esta compilación lo expone del siguiente modo:

La razón de una declaración conscientemente falsa residirá con frecuencia en una determinada motivación del testigo. Por ello se debe analizar en detalle la relación entre el testigo y el imputado, respecto de si el testigo puede tener eventualmente un motivo para imputar injustamente al acusado (142). Por regla general, no existe un único motivo, sino que el testigo actúa en una cierta situación motivacional que se compone de diversos motivos. Resulta beneficioso para el origen de una declaración objetivamente verdadera que entre el testigo y el imputado no exista ninguna relación, es decir, que se trate de un "testigo neutral". Si resulta imputada una persona cercana a la víctima, entonces, la declaración siempre deberá ser examinada con cuidado. En esos casos, por regla general, no se parte de la existencia de una declaración imparcial.

También se deben considerar las consecuencias que la declaración tiene para el imputado. Si el testigo se beneficia de la declaración aunque sea en forma indirecta, entonces, el valor de la declaración es menor (143). A la

(139) BGH, NJW, 1999, p. 2746 (esp. p. 2748 y ss.); Köhnken, en Widmaier, "Münchener Anwaltshandbuch..." cit., § 62, n. m. 86 y ss.

(140) Bender, Nack y Treuer, "Tatsachenfeststellung..." cit., n. m. 254 y ss.; cfr. también Köhnken, en Widmaier, "Münchener Anwaltshandbuch..." cit., § 62, n. m. 92.

(141) Bender, Nack y Treuer, "Tatsachenfeststellung..." cit., n. m. 388 y ss.; Köhnken, en Widmaier, "Münchener Anwaltshandbuch..." cit., § 62, n. m. 80 y ss.

(142) BGH, NJW, 1999, p. 2746 (esp. p. 2747); cfr. también Köhnken, en Widmaier, "Münchener Anwaltshandbuch..." cit., § 62, n. m. 96 y ss.

(143) El problema de este criterio reside en que quien sea tenido por víctima de un abuso, jurídicamente, queda de suyo ya "beneficiado", por nacer de allí una acción indemnizatoria en su favor. En todo caso, tendría que ser presupuesto de este "indicador" que el testigo

inversa, habla en favor de la veracidad de una declaración que el testigo, como consecuencia de su declaración, deba contar con dificultades de cualquier índole.

En el caso de los delitos sexuales se puede agregar una cierta tendencia a la ocultación, dado que la víctima se inhibe frente a la manifestación o quiere tomar en consideración situaciones familiares.

7.- Particularidades en las declaraciones de niños (144)

En Alemania la cuestión de la infuenciabilidad de los niños adquirió renovada importancia en razón de que fueron creadas varias asociaciones de ayuda con el objeto de combatir el abuso sexual. Los interrogatorios producidos allí, altamente sugestivos, desencadenaron una discusión acerca del rol de los testigos niños, víctimas en los procesos de abuso (145).

Al respecto, se parte de la base de que estos testimonios deben ser analizados con especial cuidado y que, en principio, la credibilidad de un niño es más difícil de valorar que la de un adulto. Por ello, si bien no es estrictamente obligatorio –el juez puede prescindir de un dictamen pericial si cuenta con conocimientos en materia de psicología de la declaración, especialmente puede prescindir de un peritaje si el hecho está corroborado por otros datos–, se tiende a exigir el dictamen de un perito que disponga de conocimientos especiales y experiencia en materia de psicología infantil; esto es prácticamente obligatorio cuando la declaración es la única base para una condena, aunque siempre se lo considera una cuestión propia del caso particular (146). Según los Lineamientos para el Proceso Penal y el Proceso de Multas (n. 222), se considera recomendable que intervenga un perito ya en la primera declaración del niño.

El "Informe Kliegel" hace detalladas consideraciones sobre las particularidades en caso de testigos niños, las que aquí pueden quedar de lado.

8.- Evitación de interrogatorios sugestivos

Como principio rige respecto de la interrogación judicial de todo testigo que se le pida a éste que, en primer lugar, realice un relato completo acerca de cómo sucedió el hecho. Las preguntas recién deberían ser formuladas después, y además, sólo en forma específica y sucesiva (147). Este principio tiene aun mayor importancia respecto de los niños, puesto que los testigos niños son especialmente receptivos a las preguntas sugestivas y se orientan, en parte, a aquello que el interrogador quiere oír, y no a aquello que realmente ha sucedido (148).

Las investigaciones (149) parten de que especialmente los interrogatorios repetidos e intensamente sugestivos de testigos pueden producir los así llamados "pseudo-recuerdos". De lo que se trata aquí es de contenidos de la memoria que no son el resultado de las propias percepciones respecto del suceso en cuestión, sino la consecuencia de interrogatorios sugestivos. Entonces, las personas afectadas posiblemente están subjetivamente convencidas de haber vivido realmente los sucesos (ficticios). Esta influencia puede producirse intencionalmente con el objetivo de conducir al niño a una declaración falsa. Sin embargo, en muchos casos los intervinientes (interrogador y testigo) ni son conscientes de la sugestión ni necesariamente quieren dañar con ella al imputado. En ocasiones, en lugar del daño a otra persona, lo que está en el primer plano es la necesidad de encontrar una explicación para los propios problemas psíquicos o particularidades en la conducta del niño presuntamente afectado, sin que las personas intervinientes necesariamente sean conscientes de esto. Esta clase de influencia, por ello, es denominada "no intencional". Precisamente debido a que puede faltar la motivación de dañar, aquélla puede pasar fácilmente inadvertida.

Si bien, como se vio hasta aquí, la jurisprudencia y la doctrina alemanas no se contraponen a una condena basada en la declaración de la víctima, cuando no se puede excluir la posibilidad de que una cierta declaración se apoye en la influencia de terceros, no es posible, por ese motivo, una condena que se apoye solamente en esa declaración ni una determinación posterior de los hechos (150).

Como ya se explicó, en Alemania constituye un problema de particular atención el de las declaraciones "sugeridas", especialmente por lo ocurrido en el caso "Montessori" –como así también en el llamado "Caso de abuso de Worms"–. En el caso "Montessori", como se vio, el perito constató treinta puntos indicadores de influencias sugestivas; además, algunas declaraciones de los niños resultaron indudablemente falsas, de tal modo que ya no era posible distinguir lo que era verdad de lo que no lo era. Finalmente, el tribunal, sobre la base del peritaje y por aplicación del in dubio pro reo, absolvió al docente.

---

que se dice "damnificado" renuncie de antemano a toda pretensión civil resarcitoria. Concedo que, fácticamente, en determinados casos el testigo no tendría posibilidades reales de ejercer una acción de resarcimiento; así, por ej., si el hecho invocado se habría cometido por un sujeto manifiestamente insolvente. En tales casos el "beneficio" residual sería la punición en sí.

(144) El "Informe Kliegel" trata este punto en un acápite particular, con diversos subpuntos. Hago, pues, en el texto una reproducción sumamente comprimida respecto del original, siguiendo, sin embargo, sus palabras en las partes que sí incluyo.

(145) Al respecto, cfr. supra, apart. V.b.3, la relación sobre el caso "Montessori".

(146) Meyer-Goßner, "Kommentar zur Strafprozessordnung", 52ª ed., Munich, 2008, § 261, n. m. 4.

(147) Bender, Nack y Treuer, "Tatsachenfeststellung..." cit., n. m. 808 y ss.; Jansen, "Zeuge und Aussagepsychologie", Heidelberg, 2004, n. m. 181.

(148) Jansen, "Zeuge..." cit., n. m. 182, 426.

(149) Köhnken, en Widmaier, "Münchener Anwaltshandbuch..." cit., § 62, n. m. 36.

(150) Cfr. BGH, NStZ, 1996, p. 294 (esp. p. 295); Scholz y Endres, "Sexueller Kindesmissbrauch aus psychologischer Sicht - Formen, Vorkommen, Nachweis", publ. en NStZ, 1995, p. 6 (esp. p. 10).

La dificultad particular respecto de las declaraciones sugeridas es que ellas son consideradas verdaderas subjetivamente por el declarante, y por esa razón la diferencia usual entre mentira y realidad apenas se patentiza (151). Un procedimiento seguro para el esclarecimiento de declaraciones sugeridas es la formulación de preguntas de situación luego del suceso e inmediatamente luego de acaecido el hecho. Habla en contra de que haya habido influencia externa que el declarante pueda relatar conversaciones más prolongadas, complicaciones y detalles originales (152).

Para el contexto argentino esta toma de posición es de especial relevancia, porque en caso de que haya razones fundadas para sospechar sugestión en los interrogatorios iniciales habría que prescindir del valor probatorio de la declaración respectiva, lo que hasta hoy, hasta donde yo conozco, no se ha llevado a cabo, aunque hay casos de influencia externa evidente (153).

c) Valoración crítica provisional del panorama ofrecido hasta aquí

El cuadro que se ha resumido de la situación doctrinal y jurisprudencial alemana es alentador sólo en el sentido de que los criterios sobre la verosimilitud de la declaración del testimonio (credibilidad específica) tienen un mayor grado de rigor que las frases cliché del estereotipo argentino: "el niño no tiende a la fabulación", "no presenta signos de mitomanía", con más la afirmación final del juez en la sentencia de que los dichos de Fulano han "impresionado mi ánimo", "es mi sincera convicción", etc.

Aun así, yo veo la situación alemana como el resultado de un balanceamiento compromisorio. Si bien las soluciones, de hecho, no están presentadas como si fueran "de compromiso", sólo pueden entenderse como resultado de esta ponderación: si realmente se quiere que haya un cierto número de condenas por abuso sexual (especialmente en caso de víctimas menores de edad), entonces, se tiene que aceptar por necesidad un sistema que conduzca a la punición de personas cuya culpabilidad no estará demostrada cabalmente sino presumida; esto, al costo inevitable de que algunas (o muchas) condenas serán sufridas por inocentes; sólo se tratará de hacer, en cada cultura social –más o menos desarrollada–, algunos esfuerzos por reducir los casos de "falsos positivos" (aquí, en el sentido de condenas de personas inocentes) a un número menor o al mínimo posible.

Lo aquí afirmado no significa negar el valor progresivo que ha registrado la así llamada "psicología de la declaración". Los lineamientos recién esbozados, así como los omitidos por razones de espacio, al igual que el inmenso marco bibliográfico que aporta esa disciplina, muestran sin duda un marco útil para reducir el margen de error en la apreciación de la verosimilitud de declaraciones (lo cual vale también para evaluar la declaración del propio acusado). Pero un avance de la ciencia respectiva no necesariamente significa un cumplimiento de los principios procesales del Estado de Derecho. Dicho a modo de ejemplo: si el avance de la medicina logra reducir el nivel de mortalidad de cierta enfermedad, en un determinado lapso de tiempo, del 70% de mortalidad al 40%, habrá registrado sin duda un gran avance. Pero si los jueces penales se contentaran con criterios de psicología de la declaración que sólo pudieran reducir el margen de error –por ej., del 70 al 40%– pero no evitarlo por completo, no podrán basarse tan sólo en dichos de testigos –por "creíbles" que sus declaraciones les parezcan a sus íntimas convicciones–, sólo en razón de que al caso se lo ha analizado con herramientas científicamente más afinadas que las que había treinta años atrás.

Para mostrar cuán débiles siguen siendo las conclusiones en materia de "psicología de la declaración" transcribiré aquí las conclusiones íntegras del citado trabajo de Garrido y Masip (154):

"Conclusión:

"A lo largo del presente trabajo hemos expuesto las dificultades que presenta la evaluación del abuso sexual infantil. Las características propias de este tipo de delito, así como las limitaciones de determinados procedimientos que se han propuesto para constatar su ocurrencia –tales como los indicadores conductuales y los exámenes médicos–, dejan pocas alternativas a la hora de averiguar si se trata de una alegación verdadera o falsa. Una posibilidad consiste en atender al propio discurso del menor, pero esta opción no está exenta de dificultades, ya que dicha declaración puede estar distorsionada, ya sea inadvertidamente (debido a problemas de memoria, sugestionabilidad, etc.) o deliberadamente (mentiras por parte del menor).

"En un intento por superar estas dificultades, se ha propuesto la Evaluación de la Validez de la Declaración (SVA), orientada a discernir si una narración describe acontecimientos vividos por el narrador o acontecimientos no experimentados.

(151) BGH, NJW, 1999, p. 2746 (esp. p. 2748); Köhnken, en Widmaier, "Münchener Anwaltshandbuch..." cit., § 62, n. m. 115.

(152) Bender, Nack y Treuer, "Tatsachenfeststellung..." cit., n. m. 270 y ss.

(153) Incluso en nuestro caso inicial del "padre estricto" las denunciantes habían consultado a una psicóloga de una iglesia local (Iglesia Cita con la Vida), congregación que luego reclamaba a la familia afectada que ésta debía aportar la casa a la iglesia en razón de que se hubiera logrado por su intermedio la expulsión del hogar del marido denunciado. Ya estas actitudes deberían hacer pensar en una "maniobra sugestiva", por más que hubiera operado sobre personas en sí mayores de edad que podrían "resistir" a una influencia o bien que, al contrario, lisa y llanamente se plieguen a ella en forma consciente. En contra de esto no cabría argumentar que la "consulta misma" demuestre la existencia previa del hecho, pues, por ej., uno puede ir en consulta a cierto lugar (por ej., a un estudio de abogados) por problemas de "violencia doméstica", y salir de allí con el consejo de hacer, "mejor", una denuncia por "abuso sexual" –sobre todo si los jueces se conforman con palabras, sin indicios externos de abuso, lo que no puede valer para la imputación de hechos de violencia–.

(154) Garrido y Masip, "La evaluación del abuso sexual infantil" cit., p. 43 y ss.

"La SVA no está libre de problemas, entre los que se cuentan la dificultad de los profesionales para hacer una entrevista no sugerente y con muchas preguntas abiertas, el limitado poder discriminativo de algunos criterios de contenido del CBCA, algunas decisiones poco sistematizadas que hay que tomar al aplicar la lista de validez, etc. La SVA en su conjunto no es pues un rígido procedimiento perfectamente articulado y sistematizado, sino un protocolo de evaluación clínica constituido por una serie de orientaciones que permiten obtener información sobre el acontecimiento de interés y formular una decisión global, necesariamente cauta, acerca de la ocurrencia o no del abuso.

"Hoy por hoy es, no obstante, lo más elaborado y sistematizado de lo que disponemos. Esperamos que la presente exposición haya sido de ayuda para aquellos profesionales que habitualmente trabajan con menores".

Por otra parte, se da la siguiente paradoja. Cuanto más agudos pudieran ser los criterios de distinción entre relatos verídicos y mentidos y más se conociera sobre cada uno de los indicadores respectivos, éstos podrían ser "aprendidos" por los declarantes falsos, de tal modo de anular precisamente los criterios de distinción. Dicho a modo de ejemplo: si se dice que echarse la culpa a sí mismo en algún aspecto es indicio de credibilidad, entonces, un testigo "bien preparado" por un "entrenador" eficiente se echará la culpa a sí mismo en algo; si se dice que hablar bien d el acusado en algún aspecto es indicio de credibilidad, entonces el testigo "bien preparado" elogiará en algún aspecto al acusado; si se dice que "llorar" es indicio de credibilidad, el testigo "bien preparado" llorará, etc., etc.

Entonces, más allá de la debilidad de todos los indicadores reunidos que marcan las conclusiones de Garrido y Masip se presenta la cuestión de que al menos muchos de tales indicadores son además "falsificables" por quien los conozca de antemano. Bastará con que el incriminador haya consultado a alguien para que pueda "prepararse bien". Pero, entonces, ¿qué valor real les restarían a los indicadores?

d) El problema particular de la llamada "declaración contra declaración"

1.- La cuestión

Si bien la jurisprudencia actual (155) acepta –como ya se dijo– que una condena pueda basarse en los meros dichos de la víctima, el Tribunal Supremo Federal alemán es especialmente estricto con la "calidad especial" que debería revestir la declaración incriminante en caso de que sea contradicha por la declaración del acusado ("declaración contra declaración").

Para la presentación de esta cuestión continuaré valiéndome del "Informe Kliegel", mientras que en el punto siguiente (infra, pto. 2) daré cuenta de algunos fallos del Tribunal Supremo Federal, de los que traduciré las partes pertinentes. La pregunta que cabe formularse a este respecto es la de si detrás de la jurisprudencia restrictiva de los casos de "declaración contra declaración" no se oculta en verdad un resurgimiento de las viejas máximas (correctas) de que un testigo único y con interés en la causa no puede ser base suficiente de una condena legítima, sin violar el principio de igualdad, aunque la doctrina y la jurisprudencia alemanas no lo formulen así, ni pretendan un alcance tan amplio.

Kliegel presenta la cuestión de la siguiente forma.

Según jurisprudencia constante del Tribunal Supremo Federal, actualmente, un imputado –cuando se da una declaración contra otra declaración– también puede ser condenado sobre la base de una única declaración testimonial que lo incrimine (156). Sin embargo, esto, sólo cuando se trata del testigo directo del hecho, incluso la víctima, y no se trata de un mero testigo de oídas (157). No obstante, la declaración debe ser de una calidad especial, pues la decisión depende únicamente de qué declaración sigue el tribunal (158).

El Tribunal Supremo Federal para esos casos establece exigencias especiales de presentación y valoración de la prueba para la sentencia de los jueces del hecho. Según esto, es necesaria una presentación completa, en particular se debe narrar en la sentencia el contenido esencial de las manifestaciones del testigo, y también se debe comunicar en forma comprensible el surgimiento y desarrollo de la declaración, cuando esto resulta de importancia para el examen de la verosimilitud (159). Si se funda en la constancia de las declaraciones, esto debe ser constatado mediante la descripción de las declaraciones y de los datos que han permanecido constantes y, dado el caso, los detalles divergentes. Debe ser reconocible que los jueces del hecho han sido conscientes de que la declaración de tal testigo debe ser sometida a un análisis especial en cuanto a su verosimilitud, pues el acusado prácticamente no cuenta con posibilidades de defensa (160). Si se llega a una condena, el tribunal debe incluir y valorar todas las circunstancias que hacen a la verosimilitud de la declaración del testigo, en su consideración global. Si no se satisfacen estas exigencias en forma suficiente, se plantea un error de

(155) En cambio, según la Constitutio Criminalis Carolina, de 1532, primera ley alemana que reguló por ley imperial el derecho penal y procesal penal, y que distinguía entre hechos principales (prueba directa) y auxiliares (indicios –indirectos–), un imputado sólo podía ser condenado cuando estaba confeso o había sido imputado por dos declaraciones testimoniales "inobjetables" (cfr. al respecto Jansen, "Zeuge..." cit., n. m. 7). Mi pregunta reza: el "liberarse de las cadenas de las pruebas legales" ¿es el logro de un derecho penal más ilustrado o de uno que facilita la "labor de condenar"?

(156) BGH, NJW, 1998, p. 3788 (esp. p. 3789 y ss.).

(157) Cfr. al respecto BGH, NStZ, 1988, p. 144.

(158) Meyer-Goßner, "Kommentar..." cit., § 261, n. m. 11.

(159) BGH, StV, 1998, p. 250; Nack, "Revisibilität der Beweiswürdigung - Teil 2", publ. en StV, 2002, p. 558.

(160) BGH, NJW, 1998, p. 3788 (esp. p. 3790); Nack, "Revisibilität..." cit., p. 558.

derecho material que da lugar a la revocación de la sentencia (161).

Un acusado no puede ser condenado cuando existen circunstancias en su favor o ellas (por no ser refutables) deben ser presumidas, las cuales, por motivos racionales, no permiten llegar a la conclusión con un alto grado de probabilidad de una coincidencia entre la declaración del testigo y lo realmente acontecido (162). Razones que dan motivo a dudas razonables se oponen a la condena. La "duda razonable" tiene su fundamento en la argumentación racional que abarca en forma completa los indicios en favor del acusado y su significación con relación a la situación de hecho. En esa medida, se plantean exigencias más altas en orden a la valoración de la prueba, cuando el único testigo de cargo no mantiene su reproche en el debate, total (163) o parcialmente, no se sigue la descripción inicial de otros hechos (164) o, incluso, se determina que no es verdad una parte de la declaración. La refutación de la declaración del único testigo de cargo con relación a los hechos individuales o modalidades del hecho cuestiona fuertemente su credibilidad (165). En tal caso los jueces del hecho, en todo caso, deben mencionar, por regla general, razones de peso externas a la declaración del testigo que le permitan, de todos modos, darle crédito a la declaración del testigo en lo demás (166). La condena debe presentar con exactitud y fundamentar, cuando el testigo de cargo, en parte, abandona su imputación, pero el tribunal, sobre la base del restante testimonio, condena al acusado. Aun más importante es el caso en el que los datos del testigo con respecto a los hechos individuales o a las modalidades del hecho son comprobadamente mentidos. Aquí rige que no es posible apoyar una condena sólo en los datos de un único testigo de cargo cuya declaración debe ser considerada como deliberadamente falsa en un detalle importante (167). Si el juez, de todos modos, quiere seguir la declaración, deben existir indicios de su corrección por fuera de la declaración.

2.- Fallos del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH)

El resumen anterior sólo puede cobrar fuerza explicativa suficiente, para el lector argentino, si se presentan específicamente algunas de las numerosas decisiones del Tribunal Supremo Federal que han revocado sentencias condenatorias en casos de "declaración contra declaración".

En efecto, el Tribunal Supremo Federal alemán, que opera como tribunal de casación (revisión), tiene una constante jurisprudencia acerca de las razones de peso que el tribunal de juicio debe exponer para basar una condena en los dichos de un testigo cuando a éstos se contrapone la versión del acusado. Tales razones de peso deben estar expresadas en la sentencia. Y, con frecuencia, cualquier falla menor en la declaración incriminante es señalada por el Tribunal Supremo como una razón de error de derecho de la sentencia condenatoria. Ahora bien, cuantas más exigencias se ponen a los tribunales de juicio para poder fundar una condena de esa forma, más se restringe la posibilidad de condenar por vía de un testimonio único de quien además tiene interés en la causa.

Esta jurisprudencia se halla firmemente consolidada en una extensa cadena de decisiones, que con frecuencia atañen a casos de abusos sexuales, pero no sólo a ellos (por ej., también a delitos de robo) (168).

Aquí comentaré tan sólo algunas de las sentencias de este grupo de casos.

i) En un caso de hace ya diez años (169) la sala 1ª del Tribunal Supremo Federal consideró que si se pone de manifiesto la falsedad de la declaración del testigo de cargo en una parte de su testimonio, tienen que darse razones de peso, que se hallen fuera de la declaración del testigo, que les posibiliten a los jueces del hecho creerle al testigo en lo demás, a pesar de aquella falsedad; y tales razones de peso deben estar expresadas en la sentencia condenatoria para que ésta pueda sostenerse jurídicamente.

(161) Por cierto -dice el mismo Kliegel-, la valoración de la prueba por parte del tribunal del hecho está sujeta en Alemania a una revisión, por medio del tribunal de casación, sólo restringida, el cual puede revisar la valoración de la prueba sólo por defectos de derecho y no sustituirla por su propia valoración (§ 337, StPO). Sin embargo, la valoración de la prueba tiene que hacer realizable y plausible para el tribunal de casación la determinación de los hechos del tribunal del hecho. La valoración de la prueba es revisable cuando es en sí contradictoria, está afectada de lagunas o es oscura, o bien infringe las leyes del pensamiento y máximas de experiencia. Contradicciones y oscuridades quedan expuestas a un análisis hecho por el tribunal de casación, y, por ello, son errores de derecho material de la sentencia. Lo mismo rige para las lagunas, es decir, cuando no han sido valoradas todas las circunstancias que resultan de la sentencia, que admiten conclusiones en favor o en contra del acusado (al respecto, cfr. Meyer-Goßner, "Kommentar..." cit., § 337, n. 26 y ss.; Nack, "Revisibilität..." cit., p. 558 y ss.).

(162) BGH, NStZ, 1990, p. 603.

(163) BGH, StV, 1998, p. 250. En este caso la víctima menor de edad había revocado su declaración hecha ante la Policía, por lo cual solamente entraba en consideración como fundamento de la condena el certificado de la persona que había recibido la declaración (un policía).

(164) BGH, NStZ-RR, 1999, p. 13 (esp. p. 14); NStZ, 1996, p. 294; Nack, "Revisibilität..." cit., p. 558 (esp. p. 560).

(165) BGH, NJW, 1998, p. 3788 (esp. p. 3790).

(166) BGH, NStZ-RR 2004, S. 87; BGH, NJW, 1998, p. 3788 (esp. p. 3790).

(167) BGH, NJW, 1999, p. 802 (p. 803 y ss.); NJW, 1998, p. 3788 (esp. p. 3790); Nack, "Revisibilität..." cit., p. 558 (esp. p. 560).

(168) Véase, entre muchas otras, BGH, sala 2ª, 394/08, sent. del 19/11/2008 (abuso sexual); sala 5ª, 169/08, sent. del 9/6/2008 (abuso sexual); sala 5ª, 519/06, sent. del 1/2/2007 (robo); sala 4ª, 426/06, sent. del 9/11/2006 (abuso sexual); sala 2ª, 59/05, sent. del 12/4/2005 (abuso sexual), con otras remisiones en cada fallo. Véanse también fallos anteriores con esta jurisprudencia, con transcripción parcial de las sentencias respectivas, en Sancinetti, "Análisis crítico del caso 'Cabezas'" cit., t. II, p. 829 y ss.

(169) Sent. del BGH, sala 1ª, del 10/5/2000, publ. en NStZ, 2000, p. 496; véase también la sentencia, de doctrina similar, del 23/5/2000 de la misma sala 1ª, publ. también en NStZ, 2000, p. 496.

La divergencia consistía aquí en que la víctima había reconocido que uno de los hechos que ella le había atribuido al acusado (una lesión corporal peligrosa) no había sucedido, aunque sí –decía– los dos hechos de violación. El Tribunal Regional de Ellwangen había condenado al acusado, por violación, en dos hechos, a la pena conjunta de prisión de tres años y seis meses y lo absolvió en lo demás. Pero el acusado tuvo éxito en casación en su tacha material.

El BGH formuló así los fundamentos de su sentencia revocatoria:

"1) El Tribunal Regional consideró verosímil la declaración de la testigo S., damnificada, de que el acusado la había violado dos veces en el año 1994, aunque, en el juicio oral, la testigo tuvo que reconocer que, respecto de un tercer reproche de la acusación, había inculpado al acusado de manera conscientemente contraria a la verdad, de haber sido autor de una lesión corporal peligrosa cometida en el año 1998 en perjuicio de la testigo (corte en la cara con una navaja). Por cierto, en su valoración probatoria la Cámara Penal se basa, respecto del suceso base, junto a la declaración de la damnificada, también en otras declaraciones testimoniales. Pero la prueba que conduce a la autoría, precisamente, del acusado, está apoyada solamente en la información de la testigo S.; en los fundamentos de la sentencia no se explica otro medio de prueba que apoyase la autoría del acusado. Dado que el acusado ha discutido desde el comienzo las violaciones, se está, entonces, para la cuestión de la autoría, ante 'declaración contra declaración'.

"2) En aquellos casos en los cuales se está ante 'declaración contra declaración' y en los que se pone de manifiesto la falsedad de una parte de la declaración del testigo de cargo, el BGH ha exigido razones de peso, que se hallen fuera de la declaración del testigo, que posibiliten al juez del hecho creerle al testigo, a pesar de ello, en lo demás. Estas razones de peso deben estar expresadas en la sentencia (BGHSt, t. 44, ps. 153, 158 y ss.). Esto no ha ocurrido aquí.

"3) Los fundamentos de la sentencia no permiten reconocer que, más allá de los datos de la testigo S, otras circunstancias de peso hubieran conducido a afirmar la autoría del acusado. En tanto el Tribunal Regional valora otros medios de prueba, a saber: declaraciones testimoniales incluidas en su apreciación, no resultan de éstas –al menos según los fundamentos de la sentencia que aquí son los únicos decisivos– indicios directos referidos a la persona precisamente del acusado como autor. Sin embargo, habrían hecho falta razones de peso que fueran más allá de ello, si, en esa medida, el Tribunal Regional quería creerle a la damnificada...".

ii) Otro caso interesante, con la misma doctrina, corresponde a la sala 4ª del mismo Tribunal Supremo, de fecha 12/4/2005. Se trataba allí de una acusación por tres hechos de violación en perjuicio de la hija del acusado. Dado que el acusado negaba los hechos, se daba un caso de "declaración contra declaración". La exigencia que el Tribunal Supremo consideró incumplida por el tribunal de juicio fue el no advertir que había cierta divergencia en la frecuencia con la que se habrían cometido los hechos según un primer relato de la menor a una amiga y sus padres (tan frecuente que "ni los podría contar"), y según el relato de la madre a una investigadora policial (la violaba "cada fin de semana que iba a visitarlo, así de frecuente"), con la versión que la víctima dio en su declaración final: sólo tres hechos. Esta divergencia fue suficiente para que la declaración no fuera considerada de suficiente peso.

El BGH recordó así su doctrina de que "...los fundamentos de la sentencia tienen que dejar reconocer que los jueces del hecho han incluido en sus reflexiones todas las circunstancias que pueden influir en la decisión, cuando, como aquí sucede, ésta depende de a quién le da crédito el tribunal, cuando hay una declaración contra otra declaración (BGH, t. 44, ps. 155, 158 y ss.; BGH, NStZ, 2002, p. 494, con otras referencias). Si, en tales casos, el único testigo de cargo, durante el debate, diverge en un punto esencial respecto de su anterior descripción del hecho, los jueces del hecho tienen que expresar además que, en esa medida, no haya habido una declaración conscientemente falsa (BGHSt, t. 44, p. 256)". Con relación a los datos contradictorios sobre la frecuencia de los hechos dijo el BGH: "...el Tribunal Regional no les atribuyó ninguna importancia al valorar la credibilidad de la querellante... explicó que la declaración divergente de la querellante frente a los padres de su amiga sobre la frecuencia de los casos de abuso, respecto de los datos dados posteriormente, podía ser explicada por el hecho de que 'ella quisiera cerrar el tema por ese momento'".

Tras esto el BGH entra en el análisis de detalles de las declaraciones preliminares de la menor, que eran divergentes respecto de la declaración final, y a tal divergencia le dio un peso esencial, que no le había dado el tribunal de juicio (el Tribunal Regional) y vio en ello un error de derecho material, resolviendo lo siguiente:

"La sala no puede excluir que el Tribunal Regional, en caso de que hubiera habido una valoración de la declaración de la querellante exenta de errores de derecho, le habría atribuido un mayor peso a sus datos contradictorios sobre el número de hechos y, como consecuencia de ello, habría juzgado de otro modo que como lo hizo la credibilidad de la principal testigo de cargo. Por ello, la causa debe ser tratada y resuelta nuevamente".

Como he dicho, esta doctrina no fue sentada en un caso aislado, sino que fluye en numerosos precedentes del tribunal y conduce, en definitiva, a una mayor protección del principio de inocencia, y a poner al acusado en condiciones de igualdad, aun cuando no se plantee la cuestión, expresamente, como violación al "principio de igualdad".

iii) Una sentencia de la misma orientación fue dictada el 9/6/2008 por la sala 5ª del Tribunal Supremo, también

en un caso de abuso sexual. El acusado había sido condenado por un Tribunal Regional de Brauschweig a la pena conjunta de dos años y nueve meses de prisión por abuso sexual reiterado en 108 casos. Se trataba del padrastro de la querellante (nacida en 1991), al que se le atribuía haber tocado a la chica por debajo de la ropa en la zona genital y en los pechos, durante dos años (de mediados de 2003 a mediados de 2005), al menos dos veces cada dos semanas en la habitación de la querellante.

Por un lado se sostuvo aquí que la sentencia condenatoria no resistía el análisis jurídico-casatorio, ya respecto del modo en que se fijaba la serie de abusos y la cantidad de hechos. A este respecto se dijo que si bien para tener por probada una cierta cantidad de delitos en una serie de actos de abuso sexual de niños no siempre hace falta una concreción precisa del momento del hecho y de la forma exacta en que se produjo el suceso, el juez sí debe explicitar a partir de qué fundamentos llega a la convicción precisamente de esa cantidad mínima de hechos punibles, lo cual no se habría cumplido en el caso, sino que se despertaba la "preocupante impresión de que el Tribunal Regional, en forma contraria a derecho, no ha llegado a una convicción respecto de cada uno de los hechos en particular, sino que, al calcular la cantidad de hechos por los que condena, lo ha hecho sin una base fáctica suficiente". Por otra parte, había una individualización insuficiente de los hechos, "más allá de un suceso central de contenido sexual esquematizado (tocamientos bajo la ropa de cama en la zona genital y en los pechos)".

Contra ello, el acusado negaba la realidad de los hechos atribuidos, mientras que el Tribunal Regional había arribado a la convicción de su autoría, "a partir de los datos aportados por la querellante", los cuales habrían sido considerados creíbles en razón de que daban cuenta "de los episodios con el acusado en forma detallada". Por contraposición, el BGH consideró que ello carecía de apoyo "en la parca presentación del acontecer fáctico". Pero que, además, la condena tampoco resistía el examen de derecho material desde el punto de vista de la "especial constelación de casos de 'declaración contra declaración'", en los cuales los jueces del hecho deben dejar en claro que han "reconocido e incluido en sus consideraciones todas aquellas circunstancias que pueden influir sobre la decisión".

En particular, la revocatoria de la condena se basó a este respecto en lo siguiente:

"Los fundamentos de la sentencia no satisfacen estas exigencias. Una presentación completa de las informaciones de la querellante falta ya en su declaración ante la Fiscalía. No era posible prescindir de esto, toda vez que el Tribunal Regional a fs. 8 afirma que la damnificada, en el transcurso del debate, sólo pudo superar sus inseguridades y lagunas en la memoria al serle leídas sus anteriores afirmaciones.

"Tampoco las constataciones relativas al origen de la declaración resisten un control jurídico-casatorio. Para ello, habría sido necesario un relato detallado acerca de qué datos aportó la querellante tanto frente a sus padres, el 12/3/2006, como también frente a la testigo H., en ocasión de la entrevista de asesoramiento. De las consideraciones de la sentencia sólo surge que la querellante habría declarado haberle informado a sus padres acerca del incidente el 12/3/2006 (cfr. fs. 7); inmediatamente, tiene lugar una conversación en el seno de la familia acerca del incidente (cfr. fs. 8). Por ello y en un contexto en el que la madre de la querellante, a su vez, increpa al acusado con relación al abuso y su hija le informa de ello, el Tribunal Regional debería haber examinado, en detalle, por qué la damnificada, siete meses después, en la Fiscalía, agrega al incidente del 12/3/2006, datos relativos a una serie de abusos".

3.– Conclusiones sobre esta jurisprudencia

No hace falta seguir extendiendo en demasía la transcripción o explicación de fallos basados en esta doctrina. Basta con la referencia de que se trata de una jurisprudencia constante y cuya problemática se presenta una y otra vez ante el BGH. Si bien esto indica, por un lado, que los tribunales de juicio se basan con frecuencia exclusivamente en la declaración de la parte damnificada contra los dichos del acusado que niega el hecho, el Tribunal Supremo Federal alemán es sumamente estricto al revisar estas condenas, revocándolas ante el menor defecto de sustentación. Tales defectos de Derecho se hacen residir en las circunstancias más disímiles.

Por su parte, también el Tribunal Supremo español ha revocado sentencias condenatorias en que se enfrentaban los dichos del acusado con los de la víctima, sobre la base de que las inseguridades que exhibía la sentencia condenatoria en la valoración de la prueba de cargo enfrentada a la de descargo implicaban una violación al principio de inocencia (170).

Nuevamente vale la pregunta de si detrás de estas restricciones casatorias no se oculta la convicción de que una base tan endeble como la declaración única de quien se dice víctima carece de la fuerza suficiente como para desvirtuar la presunción de inculpabilidad (principio de ino-

(170) STS 1.579/2003, del 21/11/2003 (ponente: Perfecto A. Ibáñez), en la que se concluyó: "La sala de instancia, en su apreciación de la prueba, claramente, descartó –sin considerarlos– todos aquellos datos favorables a la defensa que pudieron servir para cuestionar la hipótesis de la acusación. Pero la obligada reintroducción de éstos en el cuadro probatorio ha hecho posible comprobar que los elementos que fueron valorados como inobjetables e inequívocamente de cargo presentan serias quiebras en su valor convictivo; y que, en la misma medida que obligan a cuestionar la versión acogida en la sentencia, otorgan fundada plausibilidad a la pretensión del imputado, abriendo, cuando menos, un importante margen de duda, más que razonable, que la sala debería haberse planteado, de haber procedido con el rigor exigible. Y que sólo puede valorarse en el sentido del art. 24.2, CE, esto es, haciendo prevalecer el principio de inocencia". Sobre esta base, el Tribunal Supremo español absolvió definitivamente al recurrente (mientras que en los casos del Tribunal Supremo Federal alemán antes narrados se trata siempre de sentencias de reenvío a un nuevo juicio).

cencia), y muy especialmente cuando los dichos del acusador se enfrentan a los del acusado (principio de igualdad).

IX. DOS SENTENCIAS ARGENTINAS DE PESO QUE MARCAN EL CAMINO CORRECTO

En la línea de pensamiento que aquí defiendo se mueven dos fallos de altos tribunales de la jurisprudencia argentina. Ellos no muestran la verdadera tendencia de la práctica judicial cotidiana en nuestro medio, pero sí marcan el camino jurídicamente correcto, que todos deberían transitar.

a) Cámara Nacional de Casación Penal

En un ya antiguo fallo de la sala 3ª de la Cámara Nacional de Casación Penal (171), mediante los votos de los jueces Mitchell y Tragant (con la disidencia del juez Hornos), fue revocada una sentencia condenatoria del Tribunal Oral en lo Criminal n. 7 que imponía diez años de prisión por corrupción agravada por el vínculo a un padre que supuestamente había abusado de sus hijos: J., de 3 años; A., de 5; y M., de 8.

En efecto, en tiempos en que aún no se había desarrollado la doctrina "Casal", de revisar, de la base fáctica de una condena, todo aquello que fuese posible sin afectar la inmediación, es decir, la prueba de cargo, la Cámara de Casación revocó aquella sentencia condenatoria por falta de "razón suficiente", dada como base probatoria de los hechos objeto de condena.

Por un lado, en el voto del juez Mitchell se puso el acento en que "el respeto al principio lógico de razón suficiente requiere la demostración de que un enunciado sólo puede ser así y no de otro modo"; que entonces se "exige que los elementos probatorios en los que se basan las conclusiones a las que se arriba en el decisorio sólo puedan dar fundamento a ellas y no a otras, o dicho de otro modo, que deriven 'necesariamente' de las pruebas invocadas en su sustento". Así, el juez puso de resalto lo tardío de la denuncia de la madre contra su ex marido, respecto del momento en que habrían sido cometido los hechos, como un indicio en contra de la verosimilitud del hecho (172).

Y la prueba habida se tuvo por insuficiente:

"Resumiendo" –se lee en el mismo voto–, "la única prueba en la que se basa el juicio de reproche es la imputación de los menores presuntas víctimas de los hechos que refieren; el valor atribuido a ésta aparece como el fruto de la impresión personal de los juzgadores, tal vez influenciada por la gravedad de los sucesos acriminados".

A partir de ello el juez Mitchell afirmó que las conclusiones del tribunal de juicio "se basa(ba)n en hipótesis que admiten que los hechos acriminados ocurrieran de otro modo".

El juez Tragant, por su parte, a los argumentos del juez Mitchell unió la valoración del testimonio del hijo mayor, quien decía no haber sido víctima de abusos, no obstante lo cual no fue creído por el tribunal de juicio, por la particular forma sonrojada de la declaración del menor. El juez Tragant argumentaba así que "en esta línea de pensamiento se hace difícil comprender que le hayan adjudicado la condición de víctima de tan graves delitos, a quien según la propia sentencia negó sistemáticamente haberlo sido". ¿Cómo explicaría él luego, a terceros, que se hubiera convertido en víctima por decisión judicial? Claro que este argumento valía limitadamente para la condena con relación al caso del hijo mayor, no de los restantes.

La disidencia del juez Hornos se fundó, básicamente, en la interpretación restrictiva entonces tradicional del recurso de casación respecto del análisis de los hechos, sobre la base de que el tribunal de juicio había dado fundamentos suficientes (un criterio, sin embargo, que a partir de la doctrina "Casal" ya no podría sostenerse).

De esta sentencia de la causa "B.", de la Cámara Nacional de Casación Penal, quizá sea lo más destacable el haber marcado como indicio contrario a la veracidad de la acusación lo tardío de una denuncia, la debilidad probatoria de los exclusivos dichos de los menores víctimas y la exigencia de "razón suficiente": si, con la misma base probatoria, los hechos pudieron ocurrir de otro modo, la acusación no está acreditada.

b) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut

Una doctrina similar, pero acaso más cercana a la defensa de un "principio de igualdad" en el proceso penal, luce en una sentencia más reciente del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut (173). En este caso el tribunal revocó una sentencia dictada por la Cámara en lo Criminal de Comodoro Rivadavia, a un año de prisión, por abuso sexual presuntamente cometido por el señor P. sobre una menor de 7 años de edad al momento del hecho, que habría consistido en tocarla en su vagina en dos oportunidades; la niña era, además, hija de la hermana de su concubina.

El recurrente se agraviaba en razón de que la base probatoria se reducía a los dichos de la menor, sólo "corroborados" por la transmisión de la madre y de una psicóloga de esos mismos dichos. El juez que había llevado el primer

(171) Sent. del 20/2/2001, causa "B., Claudio s/ rec. de casación".

(172) Eso no significa que una denuncia tardía, hecha, por ej., varios años después, sea necesariamente falsa (existen casos en que una persona se reserva muchos años el dolor de haber sido víctima de abuso sexual, sin comentarlo con nadie). Pero, a la inversa, si la persona reacciona inmediatamente, esto le da más verosimilitud a su posición y permite también constatar posibles rastros objetivos del hecho. La denuncia tardía, por lo demás, le reduce al acusado sus posibilidades de defensa efectiva. Por ello el acusador tardío debe asumir los costos de su silencio, que se traducen en una disminución de credibilidad. En suma, el fallo es acertado también en ese punto.

(173) Sent. del 19/6/2008, causa "P., Mario F. s/ abuso sexual reiterado, dos hechos, en concurso real".

voto en el tribunal de juicio había sido de la opinión, justamente, de que por difícil que sea probar estos hechos llamados "de alcoba", eso no justificaba que la prueba se pudiera basar "únicamente en la versión de la víctima...", cuando no concurría "ningún otro indicio que corrobore sus dichos". Y no le daba ese sentido a un informe psicológico de validación, porque "se limita a sostener que la niña no fabula", siendo que no se había indagado en profundidad en busca de otros indicios. Pero los dos jueces restantes fueron de la opinión contraria. El primero de ellos hizo mérito, al parecer, de la "espontaneidad" de los dichos de la menor y de la declaración de una maestra que había percibido cambios de conducta tras las vacaciones de invierno (lo cual se entendía poco, siendo que un hecho fue establecido en el 17/12/2004 y otro hecho quedó temporalmente indeterminado). El juez restante, que dirimió la cuestión, se había basado en que "la niña se ha(bía) mostrado sumamente inteligente y locuaz; además clara en su descripción del hecho, con buena memoria de lo ocurrido, sin incurrir en ninguna exageración ni deformación, que pueda hacer sospechar sobre la falta de veracidad o sinceridad". Contra esto cabría ya la siguiente pregunta: el acusado ¿se habrá mostrado acaso menos "inteligente y locuaz", "oscuro al negar el hecho", o habrá incurrido en "exageraciones" al decir que no ocurrió nada? ¿Sobre qué base aquellas características de una declaración dan fe de veracidad contra la palabra del acusado?

En todo caso, el Superior Tribunal revocó esa sentencia. El juez Cortelezzi, que votó en primer término, afirmó que había una "carencia absoluta de indicios que permitan acreditar fehacientemente el relato de la víctima". Y que los testimonios agregados de la madre y la docente no eran suficientes para darle certeza a la ocurrencia de los hechos. A la misma consecuencia llegó el juez Pfleger, que advirtió que ejercía la revisión del fallo ya en vigencia de un recurso de casación amplio en el sentido de la doctrina del fallo "Casal"; y, por lo demás, recalcó que, "aun partiendo de la premisa de que en el juicio rige el principio de la amplitud probatoria..., es menester que --para evitar la arbitrariedad-- se den razones que abonen cada uno de los presupuestos del hecho que declara (tomado esto en sentido amplio: materialidad y autoría)". Por otro lado, el juez destacó como dato contrario a una afirmación de suficiencia probatoria el hecho de que la testigo fuese "víctima y de corta edad"; y que "esta realidad imponía a los directores de la investigación un especial esfuerzo procesal dirigido a obtener otros elementos que, aunque más no sea en forma indicativa, sirvieran a los fines señalados arriba". El juez Pfleger puso también el acento en que la madre de la menor se refirió también a otros hechos más graves, que la niña negaba. También indicó que cuando la maestra había convocado a la madre por un cambio en la atención de la niña en clase, la madre había hecho referencia a que echaba de menos al padre, que se había marchado (174). Más allá de la versión de la (presunta) víctima y la contraria del acusado, no había mayores elementos de juicio. Si ninguna versión se imponía como certera, restaba "la paridad; tablas, como en el ajedrez", se lee aún en este voto.

Ésa es, a mi juicio, una correcta formulación del "principio de igualdad", como parte del "principio de inocencia" o "presunción de inculpabilidad".

X. BALANCE Y CONCLUSIONES

No pretendo haber hecho demostraciones terminantes, porque de cualquier modo se trata de un tema muy sensible, ligado a tabúes básicos de la cultura occidental; como balance, ofrezco las siguientes conclusiones:

a) Los medios de comunicación adoptan una posición ambivalente sobre la cuestión del abuso sexual. Por un lado, prohíjan denuncias de escaso fundamento; pero por otro se escandalizan si se constata que ha estado en prisión, por acusaciones de esa índole, un sujeto que era inocente.

b) Hay que partir de la hipótesis de que en la situación actual tendría que haber en prisión numerosos "presuntos" culpables de tales hechos, que en verdad fueran inocentes (175); comoquiera que fuese, es seguro que en

(174) Tal como ya he tratado, con apoyo en Garrido y Masip y sus diversas fuentes de información (ver supra, apart. VI, ptos. a, in fine, y b.2.i), los cambios en los patrones de conducta no son indicio de un único factor causal, precisamente porque pueden deberse a otras razones. En la sentencia comentada se cita una razón distinta, que casualmente había sido mencionada en el juicio por la madre de la presunta víctima. Pero bien podría no haber sido mencionada; aun así, un cambio de conducta, por sí mismo, sólo es un indicador de abuso si uno parte previamente del presupuesto de que sí ha habido abuso, es decir, nuevamente, de una petitio principii.

(175) Hallándose este trabajo en ciclo de trabajo editorial, se dio a conocer la noticia de que un padre estuvo en prisión por más de dos años, por haber abusado, supuestamente, de una hija menor, sordomuda... Esto ocurrió también en Córdoba. El diario Clarín, en nota del 26/3/2010, lo presenta así: "Estuvo preso más de dos años acusado de violar a su hija y terminó absuelto... La chica es sordomuda. Expresó que su testimonio fue malinterpretado". "H. M. (45) tiene una felicidad inmensa. Y un gusto amargo en la boca. Hace apenas unas horas que acaba de ser absuelto por la J(j)usticia cordobesa de uno de los crímenes más aberrantes: haber abusado sexualmente de su hija sordomuda. Ayer, los jueces de la Cámara Cuarta del Crimen lo absolvieron y no le pidieron disculpas. H. M. pasó en prisión dos años, un mes y quince días. La fiscal Laura Batistelli había solicitado nueve años y medio de cárcel... Durante la investigación, su hija –que lo habría denunciado porque él era riguroso con ella– dijo que fue malinterpretada. Los distintos intérpretes declararon que la chica habría sido sometida sexualmente hasta los 21 años. Pero el testimonio principal fue el de una pariente, que aseguró que M. había violado a la chica...". La declaración periodística del acusado absuelto reza: "Un viernes, mientras yo estaba en Villa María trabajando en la construcción, mi hija se fue a lo de su novio. El sábado llegué a casa y mi mujer me dice que mi hija estaba en lo de una amiga. No le creí y fui a buscarla a la casa de su novio. La reté, porque le estaba yendo mal en la escuela e iba a perder la beca. Entonces se fue a la casa de su tía y le dijo que yo la había abusado. Así empezó todo". Véase la nota de Gustavo Molina en: http://www.clarin.com/diario/2010/03/26/policiales/g-02167325.htm. Véanse otros relatos de este

muchos casos su supuesta culpabilidad no ha sido demostrada cabalmente.

c) Los dichos de personas son una base endeble para asentar una sentencia condenatoria si no están acompañados de indicios objetivos corroborantes. Los dichos, por sí solos, pueden rezar hoy de un modo, mañana del otro, y los jueces –de tenerlos por válidos– se atendrían hoy a la situación X, mañana a la Y, sin que el mundo objetivo haya variado en nada.

d) Especialmente en casos de abuso sexual de menores los procedimientos usuales suelen estar viciados de múltiples modos. Éste es el caso cuando los evaluadores asumen el rol de "validadores" o cuando en la génesis de la declaración se puede presumir una actuación sugestiva de adultos sobre la declaración de la presunta víctima. Cuando así sucede, la declaración no puede ser tenida en cuenta. Pero incluso en los casos en que se procediera con la mayor eficiencia de un experto ideal, hasta hoy no hay criterios fiables sobre la certeza de la declaración. En suma, eso no se diferencia de la valoración de los dichos de cualquier testigo. A la vez, las restricciones al derecho a examinar al testigo de cargo implican de por sí una lesión a derechos fundamentales.

e) Mas la debilidad de una condena que se basa en dichos de personas sin indicios objetivos que los avalen se acentúa intensamente si la declaración esencial proviene de la misma persona que se beneficiará en caso de ser creída (nemo testis in propria causa), mucho más aún si sólo ella aporta la base fáctica de la condena (testimonium unius non valet).

f) Darle preferencia a sus dichos frente a la firme negativa del acusado implica una lesión al "principio de igualdad" y, con ello, al "principio de inocencia". Como mínimo, los análisis de fiabilidad del contenido de una declaración por la variedad de matices de la declaración y restantes indicadores –en principio tenidos en cuenta por la doctrina dominante como indicios de verosimilitud– deben aplicarse también a la declaración del acusado, de tal modo que la riqueza de matices en su declaración sea tenida también como indicador de veracidad. Si se llega a una situación de relativa paridad, debe prevalecer el "principio de inocencia".

g) Algunos fallos de tribunales superiores nacionales y extranjeros apuntan en la dirección correcta. Los tribunales de casación de cada jurisdicción deberían seguir esa línea restrictiva, protectora de los derechos fundamentales comprometidos en materia penal.

h) Ello puede conducir al efecto indirecto de que en caso de guardar silencio el acusado quede procesalmente perjudicado, por lo que mi criterio contendría en ciernes el vicio de una coerción a manifestarse. Pero ello es la contrapartida que hay que pagar si se acepta como "prueba" la incriminación que formula la propia parte interesada en la condena. Si no se la aceptara, tampoco haría falta que el acusado la contradijese. Dado que de hecho se la acepta, al acusado le resulta conveniente librar una "batalla de palabras": declaración contra declaración.

i) Por cierto, no siempre se producirá una situación de verdadera paridad. Determinadas características del testigo o del acusado pueden hacer más fiable a uno que a otro, pero el mero hecho de ser "acusado" no puede ser tomado en cuenta para que su declaración sufra una capitis deminutio (respecto de la riqueza de detalles, constancia de la declaración, etc.). Lo contrario implicaría una lesión al "principio de igualdad de armas" y, de nuevo, a la presunción de inocencia.

j) A los abogados defensores les cabría plantear de algún modo los puntos de vista aquí expuestos, con miras a llevar finalmente el caso ante organismos internacionales de protección de los derechos fundamentales, para que éstos fijen una posición acerca de si el modo en que se hubiera procedido en el caso concreto es compatible con las garantías procesales aseguradas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y si, a la inversa, no se debería partir, en principio, de la desconfianza ante el testigo único que se dice víctima –cualquiera que fuese su edad al momento del hecho o del debate–.

k) Respecto de niños de muy corta edad, o acaso aun de mediana edad, cabría plantearse la pregunta de si el conflicto por un abuso sexual supuestamente sufrido por el menor –en la realidad o en su fantasía (lo que a veces los padres mismos no pueden discernir)– no sería mejor resuelto por fuera del proceso penal, cerrando el capítulo y comenzando de nuevo. El beneficio económico que podría recibir el niño a partir de la condena –a administrar por un representante, en general, uno de sus padres– podría estar más que neutralizado por la percepción inmediata o posterior de que, en una situación aún confusa para él, una persona –que acaso tenía lazos familiares o afectivos con él– resultó condenada a una pena severa, sin que él pueda saber nunca qué habrá pasado realmente en el episodio, si es que éste existió.

l) Contra la decisión de un menor casi adulto o de un adulto de ejercer la acción penal que estuviese orientada por una mala fe deliberada –es decir, por ej., motivada en un interés económico– no habría cómo luchar si los tribunales no son estrictos con la prueba de cargo, si no se consideran a sí mismos como guardianes del principio de inocencia, de la seguridad de todo hombre de no ser penado sin fundamentos.

caso en "26noticias.com.ar": http://www.26noticias.com.ar/por-error-de-la-justicia-estuvo- p reso-tras-ser-acusado-de- violar-a-su-hija-sordomuda-106868.html, así como también pueden ser consultadas en Internet muchas otras páginas con el relato de esta causa. Con este caso, regresamos al del inicio. No váyase a pensar que, por ser ambos casos de Córdoba, allí se sea más negligente en el encierro de personas inocentes, sino que, en todo caso, parece haber en esa jurisdicción una posibilidad mayor de que, en el juicio, no todo acusado "sin indicios objetivos que avalen la imputación", sea condenado, como sí ocurre, en general, en las demás jurisdicciones. Que haya algunos casos de absolución es una casualidad. El sistema en sí está configurado de tal modo que la condena de culpabilidad no se apoya en una demostración cabal de la culpabilidad del acusado. Queda invertido el principio de inocencia, como si el acusado partiera de una presunción de culpabilidad que él debe revertir y para lo cual ni siquiera dispone de una chance seria. Aquí ya se da un problema constitucional general, no una mera divergencia sobre la apreciación de los h echos de una causa particular.