

SE PRESENTA COMO AMIGO DEL TRIBUNAL

Honorable Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires:

INNOCENCE PROJECT ARGENTINA (en adelante "IP Argentina", o "Proyecto Inocencia"), representada por su Presidente Carlos Manuel Garrido (T. L. F. 338 del Colegio de Abogados de San Isidro) y por la abogada Natalia Lippmann Mazzaglia (T. LXIII F. 301 del Colegio de Abogados de La Plata), con domicilio en [REDACTED] en los autos caratulados "T., P.R. s/RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL" -Causa Nº (en adelante "el caso T., P.R.") se presenta respetuosamente ante V.E. a fin de solicitar se lo tenga como Amigo del Tribunal.

ESTRUCTURA DE ESTE AMICUS CURIAE:

- A) PERSONERÍA.**
- B) INTERÉS E IDONEIDAD DE IP ARGENTINA EN ESTE *AMICUS CURIAE*.**
- C) HECHOS Y JUICIO DE SUBSUNCIÓN.**
- D) CONSIDERACIONES SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA.**
 - I. ESTÁNDAR JURISPRUDENCIAL DE LA VALORACIÓN PROBATORIA (CASO CASAL).**
 - II. ESTÁNDAR DE LA VALORACIÓN PROBATORIA EN EL CASO CARRERA.**
- E) VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL CASO T., P.R. LA FALTA DE EXPLORACIÓN DE UNA HIPÓTESIS ALTERNATIVA COMPATIBLE CON LA INOCENCIA.**
 - I. DEFICIENCIAS EN LOS MÉTODOS DE RECOLECCIÓN, PRESERVACIÓN Y CADENA DE CUSTODIA DE LA PRUEBA EN MUESTRAS BIOLÓGICAS.**
 - II. PRODUCCIÓN Y VALORACIÓN INADECUADA DE LAS PERITACIONES CIENTÍFICAS.**

- a) Implicancias de la detección de PSA en el informe pericial bioquímico.*
- b) Imprecisión sobre las circunstancias de tiempo y modo de las lesiones.*
- c) Falibilidad del método de determinación del tiempo de evolución del hematoma a partir de su visualización directa o de fotografías.*
- d) Falta del relato del niño e incorporación de un informe psicológico impertinente.*

III. LA DECLARACIÓN DE LA DENUNCIANTE COMO PRUEBA CONCLUYENTE DE LA CONDENA. LA VISIÓN DE TÚNEL COMO FACTOR DE DISTORSIÓN DE LOS CASOS PENALES.

F) INEXISTENCIA DE PRESERVACIÓN Y EVALUACIÓN SOBRE EL PRESUNTO LUGAR DEL HECHO.

G) CONCLUSIONES.

H) PETITORIO.

A) PERSONERÍA

Carlos Manuel Garrido, en su carácter de Presidente, es apoderado de Innocence Project Argentina, tal como surge del documento constitutivo que se adjunta.

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

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

Los miembros de IP Argentina son, además, profesionales de reconocida trayectoria. Por lo tanto, la visión, el objeto y los antecedentes de IP Argentina, como así también de sus integrantes, le permite realizar el aporte que respetuosamente ofrece a V.E. en el marco de la presente causa en carácter de Amigo del Tribunal.

C) HECHOS Y JUICIO DE SUBSUNCIÓN

Se halla bajo análisis la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N°3 de San Isidro, que en fecha 24 de julio de 2015 condenó a T., P.R. a la pena de SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con más INHABILITACIÓN ESPECIAL POR EL TÉRMINO DE CINCO AÑOS para el ejercicio de la profesión de kinesiólogo, accesorias legales y costas, por haberlo encontrado penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal (cfr. arts. 5, 12, 19, 20 bis, 20 ter, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 119 —primer párrafo y tercer párrafo— del Código Penal y arts. 210, 375, 399, 530 y 531 del Código Procesal Penal). En este sentido, el Excmo. Tribunal Oral en lo Criminal N°3 de San Isidro, consideró debidamente probado:

“Que el día 31 de octubre de 2013, entre las 16:00 y las 17:00 hs, en circunstancias en que el menor H., R. de 3 años de edad, se encontraba en uno de los consultorios del Instituto Terapéutico ‘S’ sito en la calle , un sujeto masculino aprovechándose de la prematura edad del niño y que padece síndrome de Down, procedió mediante el uso de la violencia —facilitado por su mayor contextura física y valiéndose de la inexperiencia e incapacidad del menor- a accederlo carnalmente por vía anal para satisfacer su libido” (cfr. fs. 661 vta./662). Por otra parte, atribuyó ese suceso al señor T., P.R., en tanto “acreditada la materialidad del ataque, debe analizarse quién estuvo con el niño ese día y de la evidencia surge que fue el aquí imputado T., P.R. —y ningún otro masculino— quien acometió contra el menor” — (cfr. fs. 714 vta.).

D) CONSIDERACIONES SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

I. ESTÁNDAR JURISPRUDENCIAL DE LA VALORACIÓN PROBATORIA (CASAL)

De acuerdo al Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires: “Para la valoración de la prueba solo se exige la expresión de la convicción sincera sobre la verdad de los hechos juzgados, con desarrollo escrito de las razones que llevan a aquella convicción. Esta regla rige para cualquier etapa o grado de los procedimientos, salvo el caso del juicio por jurados en el que rige la

íntima convicción”¹. Tal precepto supone que los jueces realicen **un análisis objetivo y razonado sobre la credibilidad y la eficacia de la prueba** ofrecida en el proceso, de modo que sea posible alcanzar una conclusión certera sobre la ocurrencia de los hechos que se discuten y sobre la autoría de los presuntos responsables, de conformidad con los estándares que estableció la Corte Suprema de Justicia en el caso Casal (Fallos: 328:3399)². Allí también se destacó que la falta de elementos de convicción debe conducir necesariamente a una decisión absolutoria de acuerdo a la garantía fundamental de *in dubio pro reo*.

En el fallo *Casal*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “CSJN” o la “Corte”) delinea el alcance del derecho a la doble instancia estableciendo como estándar el del máximo esfuerzo revisor por parte de los jueces de casación, lo que incluye -por inescindibles- cuestiones de hecho y prueba, y cuestiones de derecho. Para ello, la Corte sostuvo que “...se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia, para que ésta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Por ello se le impone que proceda conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado”³.

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

¹ Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, artículo 210.

² “Casal, Matías Eugenio y otros s/ robo simple en grado de tentativa”, sentencia del 10 de septiembre de 2005. Considerando n° 30.

³ *Ibid.*, considerando n° 29. El subrayado nos pertenece.

Finalmente, cuando en el marco de un proceso penal se presenten elementos probatorios que pueden servir para sustentar diversas hipótesis, la Corte destacó que, los jueces, deben aplicar el beneficio de la duda a las conclusiones o síntesis, de acuerdo con lo normado en la Constitución Nacional⁴.

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

“Que, conforme a lo señalado, la regla de la sana crítica se viola cuando directamente el juez no la aplica en la fundamentación de la sentencia. Puede decirse que, en este caso, la sentencia carece de fundamento y, por ende, esta es una grosera violación a la regla que debe ser valorada indefectiblemente tanto por el tribunal de casación como por esta Corte. Cuando no puede reconocerse en la sentencia la aplicación del método histórico en la forma en que lo condicionan la Constitución y la ley procesal, corresponde entender que la sentencia no tiene fundamento. En el fondo, hay un acto arbitrario de poder.”⁵

En sentido convergente con el de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) ha reiterado en su jurisprudencia que:

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

⁴ *Ibíd.*, considerando n° 30.

⁵ *Ibíd.*, considerando n° 31.

conjunto de pruebas ha sido analizado.”⁶ Como consecuencia de tales consideraciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluye que “el deber de motivación es una de las ‘debidas garantías’ incluidas en el artículo 8.1 del debido proceso” –de la Convención Americana sobre Derechos Humanos–.

II. ESTÁNDAR DE LA VALORACIÓN PROBATORIA EN EL CASO CARRERA

En octubre de 2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación avanzó sobre los criterios de valoración probatoria, sentando un importante precedente en el fallo “CARRERA”, destacando:

“Que no es posible reconocer que en la sentencia que aquí se examina, al momento de excluir las diferentes tesis fácticas, se haya procedido con estricta sujeción a los estándares indicados.

En este sentido, ya a partir de la simple lectura de sus considerandos, se evidencia que asiste razón al apelante en relación al análisis parcial con que se examinó la versión del imputado con relación a su completa ajenidad a los hechos que se le atribuyeran”⁷ (Fallos 339:1493).

Y, dirigiéndose al órgano juzgador, la CSJN enfatizó que:

“...resulta decisivo que el juez, aun frente a un descargo que pudiera estimarse poco verosímil, mantenga una disposición neutral y contemple la alternativa de inocencia seriamente, esto es, que examine la posibilidad de que la hipótesis alegada por el imputado pueda ser cierta. Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia consagrada en el artículo 18 puede ser vista, en sustancia como el reverso de la garantía de imparcialidad del tribunal”⁸ (Fallos 339:1493).

E) VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL CASO T., P.R. LA FALTA DE EXPLORACIÓN DE UNA HIPÓTESIS ALTERNATIVA COMPATIBLE CON LA INOCENCIA

⁶ Corte IDH. Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, párr. 224 y sus citas.

⁷ “Carrera, Fernando Ariel s/causa n° 8398”, sentencia del 25 de octubre de 2016. Considerando n° 10.

⁸ *Ibid.*, considerando 22.

Teniendo en cuenta el estándar de valoración de la sana crítica de acuerdo con las exigencias constitucionales, corresponde analizar a la luz del criterio jurisprudencial de la Corte Suprema las consideraciones del Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 de San Isidro.

En el caso T., P.R., surge del expediente que existían alternativas a la hipótesis acusatoria, habida cuenta de que la totalidad de las peritaciones biológicas arrojaron resultado negativo respecto del imputado.

La sana crítica supone que el juzgador mantendrá la plena objetividad a la hora de valorar la totalidad del acervo probatorio y de decidir sobre la responsabilidad criminal de un individuo. Pero el sistema de valoración de la prueba se complementa, además, con criterios indispensables para la determinación objetiva del hecho histórico que se pretende establecer: la cadena de custodia de la prueba y la preservación de los elementos utilizados como prueba; y la calidad de las evaluaciones forenses.

I. DEFICIENCIAS EN LOS MÉTODOS DE RECOLECCIÓN, PRESERVACIÓN Y CADENA DE CUSTODIA DE LA PRUEBA EN MUESTRAS BIOLÓGICAS

La cadena de custodia constituye “el conjunto de procedimientos tendientes a garantizar la correcta preservación de las evidencias encontradas en el lugar de los hechos; durante todo el proceso investigativo, y que dentro de la etapa del juicio [tiene por finalidad] garantizar que el objeto o sustancia que se presente en juicio como elemento de prueba sea el mismo que se recolectó como indicio relacionado con la ejecución de un posible delito... para garantizar la autenticidad de los mismos, acreditando su identidad y estado original, las condiciones y personas que intervinieron en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos elementos y asimismo, en los cambios hechos en ellos por cada custodio”⁹.

⁹ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Subsecretaría de Política Criminal, Programa Nacional de Criminalística, Manual de Procedimiento para la Preservación del Lugar del Hecho y la Escena del Crimen –Resolución SJ y AP N° 56/04-, 2011, disponible en <http://www.ius.gob.ar/media/185258/MANUAL2011.pdf>, título V [fecha de última consulta, 13 de abril de 2018].

Complementariamente, el empaquetado o embalaje debe ser “adecuad[o] al elemento, rastro y/o indicio recolectado, con características que eviten la modificación, alteración, contaminación o destrucción. Con la firma de dos testigos, éstas deberán ser cerradas, lacradas o selladas, evitando su posible violación”¹⁰. Asimismo, se requiere la preservación de los elementos, rastros o indicios que corran peligro de deterioro o pérdida por la acción del tiempo, el clima o la labor del personal actuante, a través del uso de “cubiertas adecuadas que no permitan su modificación, alteración, contaminación o destrucción”¹¹.

A su vez, añadimos que la cadena de custodia y la adecuada preservación de los elementos recogidos en la escena del crimen o del cuerpo de la víctima o del presunto agresor, es de fundamental importancia frente a la posibilidad de revisar una condena injusta y a la posible identificación de otro responsable. De acuerdo con las declaraciones de S., N. (en adelante “la denunciante”), al cambiar el pañal de su hijo advirtió que tenía un vello púbico en la pelvis por lo que lo revisó y notó que el niño tenía el ano dilatado; más tarde habría exhibido el pañal al padre de su hijo y ambos se trasladaron con el niño con el pañal conservado en una bolsa de plástico al Sanatorio San Lucas, donde fueron recibidos por una pediatra de guardia que revisó al menor y observó el pañal, confirmando la presencia de lesiones en el ano compatibles con un posible abuso sexual. Finalmente, la denunciante se trasladó a la Comisaria, donde radicó la denuncia y entregó el pañal al médico forense, que procedió a la preservación de las muestras varias horas más tarde (cfr. fs. 8 vta. y 664 vta.). El Dr. Amatore Rodríguez indicó que “los pañales -el aportado por la madre y el que tenía puesto el niño al momento de la revisión- se envolvieron y después se cerraron en un sobre grande de papel madera” (cfr. fs. 686 vta.) sin que de las afirmaciones vertidas constaran fotos o videograbaciones. Asimismo, dispuso que la ropa del menor no debía ser recolectada “porque tenía pañales” (cfr. fs. 686 vta.), no obstante, su capital

¹⁰ *Ibid.*, punto 50.

¹¹ *Ibid.*, punto 52.

importancia en la determinación del hecho en el caso de delitos de abuso sexual.

Finalmente, según indicó el Dr. Amatore Rodríguez el vello aportado por la denunciante “se colocó en tela adhesiva, en un cartón blanco, o en una gasa y ensobrado, lacra y rótula ...” (cfr. fs. 686 vta.), de modo que no fue posible realizar peritaciones de ADN.

En el informe pericial bioquímico se dejó constancia de que las muestras no cumplían con las normas de recolección y preservación de material biológico, dado que:

La muestra B —el vello— “debería haberse adherido sin tocar ninguna de las dos puntas”; la muestra C —pañal que contenía filamentos de aspecto piloso— “se presenta[ba] con humedad”; y la muestra D —pañal que presentaba materia fecal y una mancha de color amarillento— “presenta[ba] un gran contaminante como lo es la materia fecal” (cfr. fs. 246).

En el informe pericial N° 161/2013 se afirma que “[l]os filamentos pilosos que presentan bulbo son aptos para pericias de cotejo de perfiles de ADN” (cfr. fs. 247 vta.).

Seguidamente, el Informe Pericial N° 2129/2013 describe haber recibido la Muestra B: “bulbo presente, médula ausente y probable origen humano” (cfr. fs. 247) y la Muestra D: —pañal con filamentos de aspecto piloso— en el que se hallaron dos filamentos de aspecto piloso de probable origen animal y uno de probable origen humano, con bulbo presente y médula ausente (cfr. fs. 247).

Sin embargo, en el informe Preliminar N° 161/2013, realizado por el Departamento de Genética Forense, se indica que “en las muestras tomadas de las evidencias filamentos pilosos B y C no se obtuvo ADN cuantificable” (cfr. fs. 251), sin exponer motivo alguno por el cual el cotejo de perfiles de ADN no pudo realizarse a pesar de que los supuestos filamentos pilosos contaban con bulbo.

Asimismo, en el informe preliminar de ADN N° 161/2013, efectuado sobre la base de la peritación realizada en fecha 18 de noviembre de 2013, se califica a la “evidencia pañal”, 11 muestras recortadas sin indicar si se trata de la

muestra C o D, como “compleja, contaminada y [que] presenta inhibidores, por lo que se necesita realizar distintas técnicas de purificación Pre-PCR y Post-PCR a fin de agotar todas las determinaciones posibles” (cfr. fs. 251).

En suma, se advierten contradicciones entre el relato de la denunciante -que asegura haber encontrado un vello púbico entre el pañal y el pubis de su hijo- y los informes que destacan el hallazgo de varios filamentos pilosos recogidos para su análisis, de entre los cuales uno resultaba ser de origen humano y otros tres de origen animal (cfr. Fs. 255 a 262).

Los extremos evaluados no arrojan certeza ni sobre lo declarado por la madre ni respecto del curso de la cadena de custodia y resguardo de los elementos peritados, toda vez que el hallazgo de varios filamentos pilosos en el pañal pone en crisis lo declarado por la madre y sugiere la posibilidad de contaminación de los objetos peritados.

II. PRODUCCIÓN Y VALORACIÓN INADECUADA DE LAS PERITACIONES CIENTÍFICAS

A la luz de lo desarrollado corresponde considerar la calidad de las evaluaciones forenses llevadas a cabo y el criterio de valoración empleado por el Tribunal para la determinación de certeza respecto del decisorio que condenó a T., P.R.

a) Implicancias de la detección de PSA en el informe pericial bioquímico

El informe pericial bioquímico obrante a fs. 246/247 vta. detectó la presencia de Antígeno Prostático Específico (PSA) a través del método de inmunocromatografía cualitativa, con resultado positivo en el segundo pañal extraído (Pañal D) y con resultado negativo en el primer pañal (Pañal C) y en el hisopado anal. Pero no se observaron elementos celulares con las características morfológicas del espermatozoide humano a través de la observación microscópica directa.

Sobre la base del mencionado examen, se concluyó que “en el contenido del pañal identificado como ‘D’ [pañal con presencia de materia fecal] se detectó presencia de componentes del Plasma Seminal Humano. En el material

obtenido del hisopado anal y en el pañal identificado como 'C' [pañal con filamentos de aspecto piloso], no se detectó presencia de componentes de Esperma Humano”.

Sin embargo, tanto por la falibilidad de la cadena de custodia de la prueba como por las características de los elementos analizados, debe tenerse en cuenta las consideraciones siguientes:

La existencia de Antígeno Prostático Específico no logra acreditar que la mancha amarilla en la muestra “D” corresponda a semen de un hombre adulto. El semen de un hombre adulto está compuesto por espermatozoides (10%), plasma seminal (90%), leucocitos y células epiteliales, y contiene altas concentraciones de fosfatasa ácida y de antígeno específico de próstata (proteína p30 o PSA)¹².

El Antígeno Específico de Próstata (PSA) es una glicoproteína producida por células de la glándula prostática en el varón y la comunidad científica de forenses la considera como una prueba confirmatoria de la presencia de semen.

Sin embargo, si bien en un principio se creyó que era un marcador prostático específico, hoy se sabe que también está presente en bajas concentraciones en otros fluidos humanos, como veremos luego.

Se estima que en el producto normal de una eyaculación se encuentran alrededor de 60 a 100 millones de espermatozoides por mililitro de semen. Y sus excepciones son la oligozoospermia (menor cantidad de espermatozoides) y azoospermia (ausencia de espermatozoides).

En estos últimos casos o cuando transcurra un tiempo prolongado desde el momento del hecho o cuando existan penetraciones sin eyaculación es de interés forense identificar fosfatasa ácida y PSA. Sin embargo, es preciso destacar que tanto la Fosfatasa Ácida como el PSA **“no son tests confirmatorios; el PSA es un antígeno presente tanto en fluidos**

¹² Quispe Mayta S.E., et. al., Investigación Forense del fluido seminal en víctimas de Violencia Sexual, por el Laboratorio de Biología Forense, disponible en: http://www.revistasbolivianas.org.bo/pdf/rbfb/v18n2/a11_v18n2.pdf.

biológicos masculinos como femeninos y, en consecuencia, solo debe empleado junto con otros métodos de diagnóstico¹³.

En este sentido, pueden producir resultados positivos de prueba de PSA —en ausencia de semen— la orina femenina; hisopados vaginales no menstruales; hisopados vaginales menstruales; leche materna; sangre y saliva femenina; líquido amniótico, lavandina, lubricantes íntimos y espuma espermicida¹⁴. Por tal motivo -la difundida presencia de este marcador bioquímico-, los expertos forenses recomiendan utilizar esa prueba solo junto con análisis de ADN y espermatozoides, fosfatasa ácida, etc.¹⁵.

Por otra parte, se han detectado niveles de PSA en niños y niñas sin patologías urogenitales o endócrinas, entre los dos días y los 204 meses de edad¹⁶, así como en niños entre 5 y 14 años¹⁷, que se incrementa particularmente cuando los varones alcanzan la pubertad, como efecto de la estimulación hormonal de la próstata.¹⁸ La pubertad precoz ha sido descrita en diversos desórdenes genéticos, incluyendo el síndrome de Down, el de McCune–Albright, neurofibromatosis, síndrome de fragilidad X, mielomeningocele y esclerosis tuberosa¹⁹.

¹³ Martínez, Pilar, Semen searching when sperm is absent, *Science and Justice* 55 (2015), pp. 118, párr. 2. Disponible en [http://www.scienceandjusticejournal.com/article/S1355-0306\(15\)00009-X/pdf](http://www.scienceandjusticejournal.com/article/S1355-0306(15)00009-X/pdf) [fecha de última consulta, 13 de abril de 2018].

¹⁴ S.J. Denison, et al., Positive prostate-specific antigen (PSA) results in semen-free samples, *Can. Soc. Forensic Sci.* 37 (4) (2004) 197–206; F. Mannello, G. Bianchi, G. Gazzanelli, Immunoreactivity of prostate-specific antigen in plasma and saliva of healthy women, en *Clinical chemistry*, American Association for Clinical Chemistry, vol. 42, Issue 7, jul. 1996, pp. 1110–1111, disponible en <http://clinchem.aaccjnls.org/content/42/7/1111.full.pdf> [fecha de última consulta: 8 de mayo de 2018]; Á. Laffan, et al., Evaluation of semen presumptive tests for use at crime scenes, *Med. Sci. Law* 51 (2011) 11–17.

¹⁵ S.J. Denison, *op cit*, pág. 197–206.

¹⁶ Antoniou A, et al., Assessment of serum prostate specific antigen in childhood, *BJU Int.* 2004 Apr;93(6): pág. 838-40, disponible en <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1464-410X.2003.04740.x/epdf>.

¹⁷ Ioannis Efthimiou et al., Determination of the Association of Urine Prostate Specific Antigen Levels with Anthropometric Variables in Children Aged 5–14 Years, *International Braz J Urol* Vol. 36 (2): 202–208, March - April, 2010, disponible en http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-55382010000200011

¹⁸ Randell EW, et al., Serum prostate-specific antigen measured in children from birth to age 18 years, *Clin Chem.* 1996 Mar;42(3):420-3, disponible en <http://clinchem.aaccjnls.org/content/clinchem/42/3/420.full.pdf>

¹⁹ Siraj U Siddiqi et al., Premature sexual development in individuals with neurodevelopmental disabilities, *Developmental Medicine & Child Neurology* 1999, 41: 392, disponible en <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1469-8749.1999.tb00624.x>

En el presente caso, no han existido otros exámenes diagnósticos complementarios de la determinación de PSA y tampoco consta información respecto del grado de concentración detectado. Extremos que comprometen seriamente la relevancia de este hallazgo.

En suma, las peritaciones bioquímica y genética no permiten acreditar: a) Que la mancha amarilla señalada corresponda a plasma seminal, dadas las probabilidades de tratarse de un falso positivo; b) que, aun tratándose de plasma seminal corresponda a un hombre adulto, en atención a que ha sido detectado en niños de la edad de H., R. y c) que, aun tratándose de plasma seminal de un hombre adulto corresponda al señor T., P.R., en atención a la ausencia de la determinación de un perfil genético.

b) Imprecisión sobre las circunstancias de tiempo y modo de las lesiones

Tampoco resulta posible determinar que el presunto abuso sexual tuvo lugar en fecha 31 de octubre de 2013 en hora posterior a las 16 horas, toda vez que no fue posible precisar el tiempo de evolución de las lesiones (cfr. fs. 8vta., 182vta., 72, 73, 177, 178, 625/628) y según surge de las fotografías presentadas en el expediente (cfr. fs. 337/340).

Asimismo, el examen físico de T., P.R. arrojó que no tenía marcas o lesiones en el cuerpo ni en el pene que pudieran confirmar el abuso (fs.69 vta.). A su vez, no se realizó un examen serio para determinar si las lesiones del niño eran susceptibles de ser producidas con la anatomía de T., P.R.

Finalmente, era de fundamental importancia la evaluación de la historia clínica del niño a fin de determinar las consecuencias que una agresión sexual debería haber generado en atención a la reciente intervención quirúrgica a la que el niño había sido sometido, la medicación que recibía (en tanto pudo tener que ver con las características de las lesiones) e información sobre otros factores posiblemente determinantes del estado clínico del niño.

Debe repararse también en la deficiente calidad de las fotografías extraídas, ya que el registro fotográfico de lesiones físicas es de fundamental importancia para asegurar el resultado de las investigaciones.

Al respecto, el Dr. Ferrari advirtió que las fotografías obrantes a fojas 337/340 no se hallaban identificadas, en tanto no se registró a qué paciente pertenecían (ya que no eran fotografías de cuerpo entero), no se indicó la fecha ni si fueron de obtención cronológicamente simultánea y tampoco se señalaron las imágenes con tabla métrica, de modo que no se pudieron establecer relaciones métricas (cfr. fs. 626/628). Asimismo, indicó que las imágenes presentan “distintas características colorimétricas”, lo que torna imposible determinar el tiempo de evolución de las lesiones en ellas consignadas (cfr. fs. 625 vta. y 626 vta.).

Finalmente, en relación con lo dicho en el apartado anterior, tampoco se extrajeron fotografías del cuerpo del agresor, principalmente del pene, para la realización de peritaciones que pudieran determinar la proporcionalidad de las lesiones con relación a la anatomía del presunto agresor.

c) Falibilidad del método de determinación del tiempo de evolución del hematoma a partir de su visualización directa o de fotografías

Diversos estudios han advertido sobre la falibilidad de “*la utilización del color de un hematoma como criterio principal para determinar su tiempo de evolución [en tanto] la investigación disponible es limitada y la literatura sobre el tema es defectuosa e inconsistente*”²⁰.

En efecto, “[l]a evidencia científica concluye que no es posible datar exactamente un hematoma a través del análisis clínico en vivo o a partir de una fotografía. Todo médico que ofrezca una estimación definitiva del tiempo de evolución de un hematoma en un niño a partir de su observación, está realizando ese acto sin contar con evidencia adecuada publicada sobre el tema”²¹.

Por el contrario, los métodos que pueden arrojar mayor precisión incluyen exámenes histológicos, histoquímicos, bioquímicos, análisis de mediciones estandarizadas a través de técnicas de imagen digital, o técnicas forenses

²⁰ Nash KR, et al., Can one accurately date a bruise? State of the science, J Forensic Nurs. 2009;5(1):31-7.

²¹ Maguire S, et al., Can you age bruises accurately in children? A systematic review, Arch Dis Child. 2005, 90:187-189, disponible en <http://adc.bmj.com/content/archdischild/90/2/187.full.pdf>.

como la espectrometría²² o la fotografía ultravioleta²³. Sin embargo, ninguno de estos estudios forenses fue aplicado al caso bajo análisis.

d) *Falta del relato del niño e incorporación de un informe psicológico impertinente*

Durante la Investigación Penal Preparatoria se obvió la realización de una Cámara Gesell para la evaluación del niño (cfr. fs. 466), de acuerdo con lo prescripto en el artículo 102 bis del CPPBA, fundado en el informe producido por el Lic. Martín Pincardini, que en oportunidad de una visita al domicilio de los denunciados destacaba que *“el menor H., R. de 3 años de edad, quien presenta Síndrome de Down, y conforme lo expuesto por sus progenitores es poseedor de un vocabulario escaso y un lenguaje monosilábico, no se hallaría en condiciones psíquicas, evolutivas o emocionales de prestar declaración testimonial”* (cfr. fs. 111 vta.).

No obstante, se valoraron informes psicológicos que indicaron supuestas precisiones respecto a la autoría del imputado. Al respecto, la bibliografía más seria existente en nuestro medio destinada a promover y reproducir buenas prácticas en materia de investigación de delitos contra la integridad sexual de Niños, niñas y adolescentes, elaborada por UNICEF, ADC y JUFEJUS, establece como principio la “compatibilización de las garantías del imputado y los derechos de la víctima: es necesario respetar y propender a una compatibilización armónica entre las garantías constitucionales del imputado y los derechos constitucionales de la víctima dentro del proceso. En este sentido, es imprescindible que se tomen todos los recaudos procesales y técnicos necesarios al momento de la entrevista de declaración testimonial, no solo para asegurar la protección integral de la NNyA evitando su

²² Bohnert M, Baumgartner R, Pollak S. Spectrophotometric evaluation of the colour of intra and subcutaneous bruises. Int J Legal Med 2000;113:343–8; Rutty GN. Bruising: concepts of ageing and interpretation. In: Rutty GN, eds. Essentials of autopsy practice. London, New York: Springer-Verlag, 2001:233–40; Vanezis P. Interpreting bruises at necropsy. J Clin Pathol 2001, pág. 352-353, disponible en <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1731416/pdf/v054p00348.pdf>; Randeberg LL, et al. A novel approach to age determination of traumatic injuries by reflectance spectroscopy, Lasers Surg Med. 2006 Apr;38(4):277-89.

²³ Hempling SM. The applications of ultraviolet photography in clinical forensic medicine. MedSciLaw 1981;21:215–22.

revictimización y el deterioro de las pruebas, sino también para garantizar el derecho de defensa del imputado. Por ejemplo, es sumamente relevante que el imputado sea adecuadamente notificado de la entrevista de declaración testimonial a los fines de llevar a cabo un efectivo control de la prueba”²⁴.

A su vez, es de vital importancia diferenciar la declaración testimonial de un niño del tratamiento terapéutico en tanto “[e]l objetivo específico de la entrevista de declaración testimonial es obtener información precisa, confiable y completa de lo que habría ocurrido a través del relato de la NNyA [Niña, niño y adolescente], por lo que no constituye un examen pericial ni una sesión terapéutica”²⁵ y “tampoco es recomendable que la psicoterapeuta de la NNyA intervenga en la entrevista de declaración, por ejemplo como perito de parte, ya que estos roles son diferentes, tienen objetivos claramente distintos y no resultan intercambiables”²⁶.

En el caso que nos ocupa la terapeuta particular del niño, con quien la madre mantenía un vínculo de confianza, elaboró un informe presentado como peritación psicológica a partir de entrevistas privadas mantenidas con el niño en presencia de la madre, las que para peor son de fecha imprecisa y, en todo caso, tuvieron lugar varios meses después del hecho, ya que empezó a atender al menor recién en febrero de 2014.

Tales entrevistas no se sujetaron a ninguna de las pautas recomendadas como buenas prácticas en la literatura de mención, que recomienda establecer condiciones adecuadas para que el niño pueda expresarse libremente, en un entorno conforme a sus necesidades, características y particularidades, lo que incluye la adaptación de los procedimientos en aquellos casos en que el niño presente alguna condición especial, como por ejemplo la discapacidad mental o un desarrollo insuficiente del lenguaje²⁷. En relación al momento adecuado del proceso en que debió efectuarse la

²⁴ JUFEJUS, ADC y UNICEF, Guía de Buenas Prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos. Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso, pág. 17, disponible en http://files.unicef.org/argentina/spanish/proteccion_Guia_buenas_practicas_web.pdf [fecha de última consulta, 13 de abril de 2018].

²⁵ *Ibid*, pág. 37.

²⁶ *Ibid.*, pág. 40.

²⁷ *Ibid.*, pág. 16.

entrevista al niño, se señala que en general es muy importante que se realice a la mayor brevedad posible, lo que es fundamental para evitar el deterioro que se produce por el paso del tiempo y por otro lado para minimizar las influencias post-evento, como ser presiones del entorno familiar. La relevancia de este extremo (ignorado, como hemos visto, en la causa), no solo supone la protección del niño sino también se trata de una importante garantía del imputado²⁸.

La valoración del informe de la terapeuta particular resulta cuestionable en varios sentidos: por un lado, anula la posibilidad de conocer si el abuso pudo haber ocurrido en el entorno familiar del niño, toda vez que reproduce lo declarado por la madre respecto de circunstancias de hecho, tiempo y lugar en que habría ocurrido el abuso; por otro lado, la decisión de que el niño no fuera evaluado en una Cámara Gesell vulneró el derecho fundamental del niño a ser oído (en los términos del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño) en condiciones seguras y aptas para que pueda ser entendido por profesionales ajenos al círculo familiar, habiéndose impedido el acceso a su propia versión de los hechos y a que éstos fueran tenidos debidamente en cuenta; y, finalmente, se vulneró el principio de confrontación de la prueba, al tomarse en cuenta el relato materno y no el del niño, además de la consideración de lo informado por una psicóloga no objetiva y carente de un abordaje forense, que tampoco dio cuenta de un relato sino de su interpretación de determinados comportamientos. Cuestiones que generan serias dudas sobre la eficacia del acervo probatorio.

III. LA DECLARACIÓN DE LA DENUNCIANTE COMO PRUEBA CONCLUYENTE DE LA CONDENA. LA VISIÓN DE TÚNEL COMO FACTOR DE DISTORSIÓN DE LOS CASOS PENALES

En el presente caso la mayoría de la prueba se produjo a partir del relato de la denunciante y condicionada por su afirmación de que el único agresor posible era T., P.R., al extremo de obviarse la producción de prueba

²⁸ Ibid., pág. 56.

determinante o de técnicas forenses concluyentes para conocer datos objetivos y certeros sobre el hecho y sobre la autoría. Esta circunstancia es particularmente grave ante la lectura de elementos de prueba presentados y no valorados por el tribunal que revelan que con anterioridad la denunciante, en el marco de las terapias orientadas a la institucionalización del niño en un establecimiento educativo, la madre ya había manifestado temor frente a la posibilidad de que su hijo sufriera un abuso y no pudiera expresarse (Fs. 33 a 43 y declaración de fs.20).

La estructuración de la investigación y del proceso posterior exclusivamente en torno a la versión de la madre del niño nos enfrenta a los riesgos derivados del problema de la visión de túnel en los casos penales.

La visión de túnel es una tendencia humana natural que tiene perniciosos efectos en el sistema de justicia criminal y que consiste en el conjunto de interpretaciones comunes y de falacias lógicas a las que todos somos susceptibles , que conduce a los actores del sistema de justicia penal a focalizarse en un sospechoso, seleccionando y filtrando la prueba que apunte a la construcción de un caso contra éste, ignorando o dejando a un lado posibles evidencias que lo alejen de la hipótesis de culpabilidad. Este proceso conduce a los investigadores, fiscales, jueces y abogados defensores a focalizarse en una conclusión particular y a filtrar toda la evidencia de un caso a través del cristal de esa conclusión. A través de ese cristal, toda la información que sustente la conclusión adoptada se magnifica y se ve como consistente con el resto de la prueba, mientras que la evidencia inconsistente con la teoría adoptada es fácilmente pasada por alto, descartada y considerada irrelevante, carente de credibilidad o de confiabilidad.

Bien entendida, la visión de túnel es más frecuentemente el producto de la condición humana y de las presiones institucionales y culturales que de la malicia o la indiferencia²⁹.

²⁹ Findley, K.A.; Scott, M. S., The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases, Legal Studies Research Paper Series, Paper 1023, June 2006, University of Wisconsin Law School, pág. 291 y siguientes (disponible en <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=findley-scott.pdf&ie=UTF-8&oe=UTF-8>); MacFarlane, B. A., Wrongful Convictions. The effect of Tunnel Vision and Predisposing Circumstances in the Criminal Justice System (disponible en

Como hemos señalado, el enfoque dado al caso no ha asumido y prevenido los riesgos inherentes a esta visión y, por el contrario, los ha magnificado.

F) INEXISTENCIA DE PRESERVACIÓN Y EVALUACIÓN SOBRE EL PRESUNTO LUGAR DEL HECHO

Lo ya dicho sobre la preservación, conservación y cadena de custodia de la prueba tiene su punto de partida en el lugar físico en que el presunto hecho supuestamente habría sido cometido.

Es indispensable considerar aspectos tales como las características del espacio (calidad de techos, paredes, puertas, ventanas, presencia de equipos de audio, televisores) y del ambiente (lluvia, vientos) del supuesto día en que ocurrieron los hechos, de modo que se pueda determinar la sonoridad del lugar para establecer la probabilidad de producción del hecho violento. Debe tenerse en cuenta que, por las características de las lesiones verificadas, era probable que el niño hubiera manifestado su dolor de manera audible, sin que ello se haya verificado.

En el caso en cuestión, al momento de acceder al lugar en el que presuntamente se perpetró el hecho, no se realizó un levantamiento de rastros, ni se preservó la zona que solo se elaboró un croquis ilustrativo de la disposición de los gabinetes y de la sala de espera, con lo que se omitió una investigación sobre los elementos de limpieza utilizados, los residuos descartados (toallas higiénicas, pañales) y la evaluación de telas u otros objetos con posibles rastros biológicos.

Durante una verificación realizada por Innocence Project en el lugar, varios entrevistados -pertenecientes al equipo de profesionales del Instituto “S” - nos manifestaron que mantuvieron preservados los residuos del consultorio durante varios días posteriores a la denuncia previendo el interés de los investigadores sobre ese material, lo que sorprendentemente nunca ocurrió,

con el consiguiente perjuicio para la determinación adecuada del presunto cuerpo del delito.

En suma, la precariedad de la investigación sobre este aspecto, también compromete la acreditación del hecho atribuido a T., P.R. con la mínima seriedad requerida.

G) CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto, se advierte que la investigación llevada adelante en el caso T., P.R. y la valoración de los elementos probatorios realizada por el Tribunal juzgador no contempla ni da respuesta a la débil calidad epistémica de la prueba reunida y valorada.

Entendemos, en consecuencia, que no se han satisfecho las exigencias de valoración y fundamentación establecidas en el citado fallo Casal, ni se han tomado con seriedad las explicaciones alternativas al hecho, tal como exigió la Corte en el citado fallo Carrera, con la consiguiente merma de los estándares del debido proceso, reconocidos en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

H) PETITORIO

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

- I. Se tenga a Innocence Project Argentina por presentada como “*Amicus Curiae*”.
- II. Se declare formalmente admisible el presente escrito.
- III. Se tengan en cuenta las consideraciones vertidas.
- IV. Oportunamente, **se revise la pertinencia de la condena dictada.**

TENER PRESENTE LO AQUÍ MANIFESTADO,

SERÁ JUSTICIA.