



Libro de Sentencias Nº 27

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los 19 días del mes de setiembre de 2006, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala Dos de la Excma. Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de este Departamento Judicial, Doctores Horacio C. Viglizzo, Abelardo A. Pilotti y Leopoldo L. Peralta Mariscal, para dictar sentencia en los autos caratulados: "B., G. M. c/ A., M. E. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (expediente número 126.971), y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctores Peralta Mariscal, Viglizzo y Pilotti, resolviéndose plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

- 1) ¿Es justa la sentencia apelada, dictada a fs. 218/223?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR PERALTA MARISCAL DIJO:

A- El asunto juzgado.

Narró el actor en su demanda que contrajo enlace matrimonial con la accionada el 30 de marzo de 1990, en Bahía Blanca, habiendo nacido de dicha unión el 1 de septiembre de 1992 el hijo de ambos G. M.. Luego de un tiempo se generaron diversos problemas conyugales que desembocaron en el divorcio vincular de las partes solicitado en presentación conjunta, el cual fue decretado el 17 de noviembre de 1997. Se acordó en tal oportunidad que la tenencia del niño la detentaría la madre, con un amplio régimen de visitas a favor del padre, estableciéndose una cuota alimentaria a favor del niño.

Sin efectuar consulta alguna, en febrero de 2000 la emplazada se mudó a la ciudad de La Plata con su nueva pareja, donde llevó a vivir al menor. Sintiendo afectado en el vínculo paterno-filial, impetró el aquí actor al Tribunal de Familia una

medida cautelar para impedir que se concretara el traslado definitivo del niño, medida que fue concedida estableciéndose que el niño no podía tener un nuevo domicilio fuera del radio urbano de Bahía Blanca. A pesar de ello, en abril de 2000 la accionada se fue a La Plata con el menor, informándole que volverían muy pronto.

El 12 de mayo de 2000, la Sra. A. volvió a Bahía Blanca sin G. para tomar represalias y presentó en contra del aquí actor una falsa denuncia penal por abuso deshonesto, lo que dio lugar a la formación de la Investigación Penal Preparatoria caratulada "B., G. M. s/ abuso deshonesto calificado en Bahía Blanca".

Desde su óptica, se trató de un plan maquiavélico premeditado y tendiente a desacreditar su honra y herir lo más profundo de su persona: el amor hacia el ser que más quiere, su hijo.

Aproximadamente el 18 de mayo de 2000, cuando se encontraba en viaje de rutina por asuntos laborales en la ciudad de Tres Arroyos, sus compañeros de trabajo le comunicaron que la Policía había ido a buscarlo a la oficina de su empleadora, Q. E., sita en San Martín 578 de Bahía Blanca, lo que causó su asombro por desconocer el motivo del requerimiento.

Así las cosas, el 22 de mayo se presentó voluntariamente ante la Fiscalía junto con su abogado y allí tomó conocimiento de la falsa denuncia presentada, siendo detenido y alojado en la Comisaría Segunda de Bahía Blanca, donde permaneció privado de su libertad por veintitrés días hasta el 13 de junio de 2000.

La Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal revocó el auto de detención, lo que le permitió recuperar su preciada libertad; pero el proceso penal siguió su curso y durante cerca de dos años estuvo signado por el gravísimo estigma de "abusador sexual", lo que significó una pesada carga psicológica y una acusación social colectiva porque la gente y el entorno -salvo sus familiares más íntimos- dudaba de su calidad como "buena persona" o "buen padre".

El 25 de febrero de 2002, finalmente, el antedicho tribunal confirmó su sobreseimiento total en la causa "...por no haberse acreditado que el hecho investigado haya existido...".

Sostuvo que la denuncia efectuada se trata una calumnia o, cuanto menos, del delito civil de acusación calumniosa.

Puntualizó que la imputación falaz y temeraria realizada lesionó efectivamente su honor, tanto en lo que respecta a su autoestima como en su reputación frente a terceros, dañando su personalidad. Y atento la relevancia del daño impuesto por la demandada y sus secuelas, pidió que se le indemnice el agravio moral causado en la cantidad de \$ 150.000.

En su hora, M. E. A. resistió la demanda pidiendo su desestimación.

Afirmó la inexistencia de antijuridicidad o ilicitud en su actuar, destacando que el hecho que la denuncia formulada haya finalizado con un sobreseimiento del actor no implica que su interposición haya sido antijurídica.

Puntualizó que, impertinentemente, el actor atribuye responsabilidad a su parte por un accionar que claramente representa la actitud que una madre debe asumir ante el conocimiento que tiene a través de profesionales de la medicina de un delito del cual fue víctima su hijo, no habiendo imputado nunca directamente una conducta delictiva sino que solamente llevó la "noticia criminis" a manos de quien correspondía, "la justicia".

B- La solución dada en primera instancia.

El Sr. Juez de Primera Instancia, Dr. Rubén Daniel Moriones, hizo lugar a la demanda promovida y condenó a la accionada a abonar al actor la cantidad de \$ 50.000 (en concepto de daño moral), intereses y costas. Para así decidir merituó que en la sentencia que dispuso el sobreseimiento en el fuero principal se concluyó en que no se acreditó la existencia del hecho investigado, estimando irrefutables las conclusiones de dicha resolución, donde se refutaron las supuestas pruebas aportadas por la aquí demandada.

Consideró aplicable el art. 1103 del Código Civil, entendiéndolo por tanto que no puede revisarse aquí lo decidido en el fuero penal en cuanto a la inexistencia del hecho que fue materia de la denuncia.

Ponderó luego que los hechos denunciados son de tal gravedad que pueden generar con la sola denuncia daños irreparables, de modo que se debe exigir que quien denuncia que extreme todos los recaudos y no que sólo se comporte como una buena madre de familia. Entendió que el grave conflicto matrimonial de las partes obnubiló el razonamiento de la demandada, oscureciendo su juicio y llevándola apresuradamente - sin agotar los medios necesarios previos para confirmar los hechos- a poner en movimiento la investigación penal, máxime cuando contaba con la opinión en sentido contrario del médico de cabecera del niño.

Destacó especialmente el juez que "A cualquier ser humano que tenga hijos le resultaría escalofriante el verse involucrado en tamaña acusación. La interpretación debe ser restrictiva y estricta, no se puede admitir que se eche mano a este tipo de denuncias sin la existencia de un grado de certeza tal que no hagan exigible otra conducta que la denuncia misma, ya que el daño que se produce es mayor".

C- La pretensión recursiva.

Las dos partes recurrieron la sentencia.

La parte actora la apeló a fs. 224, concediéndosele libremente el recurso a fs. 225. Lo fundó a fs. 243/244 y la contraria lo replicó a fs. 252/253.

La parte demandada dedujo su recurso a fs. 233, habiéndoselo concedido libremente a fs. 234. Lo sostuvo a fs. 245/250 y la contraria lo respondió a fs. 254/255.

D- Los agravios.

D.1) Agravios de la parte actora:

La parte demandante se queja de la indemnización fijada en la instancia de origen, considerándola baja y afirmando que en nada se condice con la magnitud e importancia del daño ocasionado. Destaca que el juez de grado fijó sólo un tercio de la indemnización pretendida sin explicar por qué motivo no hizo lugar al total.

Al evacuar el respectivo traslado, la emplazada sostiene que no se ha probado cuál fue la disminución de bienes sufrida por el accionante. A todo evento, destaca que el monto fijado no sólo no es bajo sino que es elevado, razón por la cual impetró su disminución al sostener el recurso que interpuso.

D.2) Agravios de la parte demandada:

Se queja la emplazada de la responsabilidad atribuida a su parte y, en subsidio, del monto indemnizatorio concedido al actor.

Afirma que el único fundamento de la sentencia fue el pronunciamiento recaído en sede penal, sin efectuarse otro análisis sobre los graves hechos que en su momento se denunciaron.

Sostiene que no puede responsabilizarse a su parte por el daño que dice haber sufrido el actor pues no actuó ni con dolo ni con culpa a la hora de efectuar la denuncia; sólo se comportó con la intención de proteger psicológica y físicamente a su hijo menor G.. Afirma haber reflexionado profundamente acerca de las implicancias de la denuncia efectuada, reiterando que los médicos y los psicólogos diagnosticaban abuso sexual y enfermedad venérea y el niño también relataba hechos vividos con su padre.

Destaca que en sede penal no hubo sentencia absolutoria, sólo sobreseimiento; además, hubo semiplena prueba del hecho pues la justicia dispuso la detención del actor.

Relata las distintas consultas efectuadas y opiniones recogidas antes de efectuar la denuncia que desembocó en estas actuaciones, las cuales la llevaron a la convicción de la existencia del abuso sexual.

En definitiva, sostiene que no actuó en forma tal que le pueda ser reprochada, impetrando la desestimación de la demanda.

En subsidio pide la disminución del monto indemnizatorio fijado "en función que la reparación del daño moral no puede ser fuente de un beneficio ni de un E.cimiento injusto".

Al evacuar el traslado, el actor sostiene que la emplazada malinterpretó la sentencia pues el juez de grado sostuvo que ella actuó por lo menos en forma culposa,

no siendo cierto que haya fundado su decisión exclusivamente en el resultado de la sentencia penal.

Destaca que la accionada conocía los graves problemas de constipación del hijo de las partes antes de formular la denuncia, tal como resulta de su declaración a fs. 151 vta. en sede penal.

E- El análisis de la resolución atacada en función de los agravios expresados.

E. 1) Principiaré, por razones de orden lógico, por analizar los agravios de la parte emplazada atinentes a la responsabilidad que se le atribuye.

Cabe señalar, liminarmente, que es irrevisable en esta sede la conclusión arribada en el fuero represor acerca de la inexistencia del hecho que otrora fuera materia de denuncia penal por parte de la aquí emplazada. Ciertamente, establece el art. 1103 del Código Civil que "Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución".

Cierto es que dicha norma se refiere a "absolución" y en la especie ha habido "sobreseimiento" pero, a los efectos previstos en la norma transcripta, ambos conceptos deben considerarse equiparados.

Indudablemente, "...absolver no es lo mismo que sobreseer; ontológicamente considerado, etimológicamente manifestado y jurídicamente expresado {...}. Absolver, que proviene del latín *absolvere*, significa dar por libre algún cargo u obligación, o sea es la idea de proceso final cuando se lleva al convencimiento definitivo de que la persona no es la responsable de la obligación que se le imputaba. En cambio, sobreseer, del latín *supersedere*, significa cesar o desistir, y da una clara idea de que se está desistiendo del proceso penal, se está cesando en el proceso penal, por distintas causas, y en una etapa absolutamente diferente" (Piedecabras, M. A.: Incidencia de la sentencia penal en relación con la sentencia civil, en *Revista de Derecho de Daños*, 2002-3: "Relaciones entre la responsabilidad civil y la penal", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, pág. 89).

Sin embargo, igualmente cabe equiparar en supuestos como el que se debate en autos a la absolución con el sobreseimiento; y ello por varias razones, a saber: a) En la

época de redacción del Código Civil por Dalmacio Vélez Sarsfield no existía el sobreseimiento como instituto autónomo en el derecho procesal penal por lo que mal podría haber distinguido el codificador lo que en ese momento no era susceptible de distinción; b) La absolución y el sobreseimiento resuelven sobre los mismos aspectos y con el mismo efecto; c) Debe confiarse más, incluso, en una inexistencia del hecho criminal resuelta en un sobreseimiento definitivo que en una absolución porque en el primer supuesto el juez penal debe tener certeza absoluta de que el hecho investigado nunca aconteció mientras que en el segundo puede llegar a esa conclusión concediendo al acusado el beneficio de la duda; d) De ordinario, las resoluciones de la justicia penal que concluyen en la inexistencia del hecho criminal se encuentran encerradas en el marco del sobreseimiento pues habitualmente se toma conocimiento de tal inexistencia durante la investigación, sin que sea necesario llegar al plenario; ergo, interpretar literalmente el art. 1103 lo dejaría prácticamente vacío de contenido; e) El art. 1103 del Código Civil tiene por evidente finalidad evitar el escándalo jurídico; y éste se presentará siempre que el juez civil declare la existencia de un hecho reputado inexistente por resolución firme emanada del fuero penal, independientemente del marco procesal en que tal irrealdad se hubiera decidido por el juez del crimen.

En definitiva, a los efectos de este proceso, el abuso sexual denunciado nunca existió; es irrevisable en esta sede lo decidido en el fuero penal al respecto.

E. 2) Sentado lo anterior, con el objeto de determinar si existe responsabilidad de la demandada por haber efectuado la mentada denuncia de abuso sexual corresponde analizar si el hecho de haber actuado de esa manera fue o no contrario a derecho, debiendo entonces estudiarse si se han presentado, en conjunto, los distintos presupuestos de la responsabilidad civil: hecho, daño, nexo de causalidad entre ambos, antijuridicidad y factor de atribución.

El hecho indudablemente ha existido; A. efectuó una denuncia y en virtud de su contenido es que acciona en su contra el Sr. B..

El daño se encuentra más que probado; el actor estuvo privado de su libertad cerca de un mes y, durante todo el proceso, pendió sobre él el estigma de violador de su propio hijo, nada menos. Asimismo, se ha visto impedido largos años de ver a G..

El nexos causal, incuestionablemente, también se presenta: Los daños referidos son consecuencia de la denuncia formulada por la Sra. A..

La antijuridicidad, en el caso particular del delito de calumnias que se imputa a la empleada, se encuentra íntimamente ligada al factor de atribución por lo que no cabe sino analizarlos en forma conjunta. Es que la denuncia de un hecho configurativo de un delito no sólo no es a priori antijurídica sino que es un derecho de todo ciudadano y, en algunos supuestos específicos, un deber; pero si el delito no existió y, además, el denunciante actuó con dolo o culpa, entonces la conducta se transforma en antijurídica.

Determinada que fue la inexistencia del hecho materia de denuncia, cabe entonces analizar el aspecto subjetivo de la conducta de la denunciante para, según el resultado que arroje esa investigación, concluir o no en la existencia de antijuridicidad y, por lo tanto, de acto ilícito civil.

E. 3) Nos compete juzgar la conducta de A. al denunciar ante la justicia penal el día 12 de mayo de 2000 un hecho que no había existido: la violación de su hijo de siete años de edad por parte del aquí demandante, ex cónyuge de la empleada y padre de la criatura. Debemos determinar si actuó razonablemente a la hora de hacer la denuncia o, por el contrario, lo hizo culposa o dolosamente. Consecuentemente, nos incumbe analizar puntual y detalladamente qué elementos objetivos tuvo en cuenta la Sra. A. a la hora de denunciar, qué alternativas tuvo a su disposición, su actitud anterior a la denuncia y el escenario intersubjetivo que se presentaba entre las partes para ese entonces; para ello hemos efectuado un exhaustivo análisis de la causa y de los expedientes agregados como prueba y que corren atraillados al principal.

Comenzaremos el análisis con el contenido de la denuncia misma.

Narró la demandada que, estando divorciada de su ex cónyuge, su hijo comenzó el 20 de marzo de 2000 a "hacerse caca encima" y quejarse de dolor en la zona anal. A

raíz de ello, consultó con el pediatra del menor, Dr. M. A. M.; y "al no quedar conforme" con el diagnóstico de dicho profesional -que, adelante, concluyó en la inexistencia de violación y destacó que las lesiones del menor eran debidas a la constipación crónica que padecía y de la cual era perfectamente consciente la madre-, consultó con el Dr. E. J. Q. en la ciudad de Punta Alta, quien ordenó una endoscopia rectal y diagnosticó "sospecha" de violación. Luego recurrió al Hospital de Niños de La Plata "Sor M. Ludovica", donde el 2 de mayo fue atendido en el servicio de guardia por el Dr. C., quien le hizo un tacto rectal al menor, manifestándole a la denunciante que había "posibilidades" de abuso o de violación pues tenía el intestino dilatado. El mentado profesional derivó el caso a la Dra. O., quien se entrevistó "a solas" con el niño, haciendo pasar "luego" a la declarante, ocasión en que le explicó que el niño relató que "el papá le pone el dedo en la cola cuando se baña, debajo del agua, que es un dedo grande y que L. le hace lo mismo que el papá", siendo L. la actual mujer del Sr. B.. Todo ello, según manifiesta, está registrado por escrito. Continuó narrando que luego se dirigieron a la asistente social del hospital y a realizar diversos análisis en el servicio de infectología y virología, resultando la existencia de enfermedades venéreas provocadas por virus de "mujeres sexuales activas". Indicó también que el niño estaba con tratamiento psicológico pues estaba muy nervioso y "manifestaba miedo al padre".

Hasta aquí, sintéticamente, lo denunciado. Me pregunto ahora: ¿qué había ocurrido antes? ¿qué pasos cumplió la demandada antes de denunciar? ¿qué elementos tuvo a su disposición? ¿en qué contexto fue realizada esa denuncia? ¿fue totalmente veraz o fue tendenciosa al denunciar?.

Reseñaré todos los elementos relevantes de la causa que deben tenerse en cuenta a fin de juzgar la conducta de A. a la hora de denunciar, en lo posible siguiendo su cronología.

Antes de la denuncia, enfrentaba a las partes un gravísimo conflicto familiar y judicial cuyo punto culminante ocurrió cuando la demandada había manifestado su

intención de mudarse a la ciudad de La Plata con el menor, lo que se encuentra suficientemente probado en autos, a lo que se opuso el padre.

El 25 de febrero de 2000 declaró como testigo en la sede del Tribunal de Familia, en la causa sobre "medida precautoria" que corre atraillada al presente, A. O. M. -dando adecuada razón de sus dichos-, persona que narró que el niño en muchas ocasiones manifestó que quería vivir con su papá (fs. 27/28).

En la misma fecha y causa, declaró en idéntica condición S. D. C. (fs. 29/30), quien depuso que el niño no quería irse a vivir a La Plata con la madre.

El 28 de febrero de 2000, la asistente social N. C. D. concurrió al domicilio de la Sra. A., encontrándose en ese momento el niño en casa de su padre, ocasión en que la demandada expresó a la entrevistadora su intención de irse a radicar a la ciudad de La Plata, donde viviría con su novio C. G. y su hijo G., a quien ya había inscripto en una escuela primaria de esa localidad. Luego entrevistó al padre en su domicilio, con quien vivía el menor en ese momento por así haberlo dispuesto el juez de menores, expresando el actor críticas y desavenencias significativas con la madre del menor y haciendo referencia a un posible estado de riesgo emocional y psicológico del menor en el entorno familiar que le brinda la madre. Como conclusión, la asistente social no observó indicadores de riesgo físico para el menor tanto en el entorno familiar materno como en el paterno, aunque G. expresó su deseo de permanecer con su padre.

Ante un pedido del padre del menor, formulado como consecuencia de una lesión sufrida por el niño por haberlo dejado la madre sólo en la casa, lo que derivó en la desesperación de la criatura, el tribunal de menores resolvió el 25 de febrero de 2000: "1) Disponer el destino provisorio del niño G. M. B. junto a su progenitor, Don G. M. B. quien deberá velar por la salud e integridad de su hijo y estar a lo dispuesto por el Tribunal no pudiendo modificar el domicilio sin dar previo aviso del mismo. 2) Fijar la audiencia del día 2 de marzo del corriente año a las 9,00 hs. a fin de que se presente la progenitora del niño Doña M. E. A. a fin de mantener entrevista con la perito psicóloga." (fotocopia certificada de fs. 44 de la causa penal).

El 2 de marzo de 2000, la Sra. A. tomó conocimiento de la resolución del tribunal de menores que determinó el destino provisorio del menor junto a su progenitor, manifestando que no consentía lo decidido pues las lesiones del menor se habían dado en una circunstancia "casual" en que había salido a comprar cigarrillos; que "...no quiere pelear judicialmente pero solicita que todo vuelva a ser como antes..." (fotocopia certificada de fs. 52/53 de la causa penal).

El 3 de marzo de 2000 el tribunal de menores resolvió "Mantener la situación del statu-quo anterior al inicio de las presentes...", es decir que devolvió a la madre la guarda provisorio del menor (fotocopia certificada de fs. 66).

El 18 de abril la Sra. A. concurrió con el niño al consultorio del Dr. M., médico pediatra del niño, quien revisó a la criatura y haciéndole tacto anal constató la existencia de un bolo fecal y que los intestinos estaban muy dilatados, recetándole una enema, habiéndole indicado a la madre, textualmente, "por favor déjense de hinchar vos y el psicólogo con esas cosas", en clara referencia a la posibilidad de que el menor hubiera sido víctima de abuso sexual. No obstante la indicación, la madre no le colocó la enema por haber sido imposible "ya que el niño se resistió poniéndose a llorar" (declaración de A., fs. 151 vta. de la causa penal).

El 24 de abril la Sra. A. se comunicó telefónicamente con el Dr. M. para sacarle una radiografía al menor, porque "en la guardia del Hospital Municipal no le habían encontrado nada", habiéndole aconsejado M. otra enema a lo que la aquí demandada se negó. Todo ello surge de su declaración a fs. 152 de la causa penal.

El 26 de abril el Dr. Q. revisó al niño "sin tocarlo" y le manifestó que "ve marcas", aconsejándole que se busque el mejor proctólogo infantil (declaración de A. a fs. 152 de la causa penal). A fs. 284/285 de esas actuaciones obra declaración testifical prestada por el referido médico, Dr. E. J. Q. -prestada el 12 de junio de 2000-, en la que da cuenta de que efectivamente revisó al menor el 26 de abril, ocasión en la que concurrió con su madre, quien pretendía asesoramiento respecto a "un fuerte dolor anal e incontinencia del pequeño". A., a quien no conocía, manifestó haber acudido al deponente para tener "otra

opinión" respecto del dolor y la incontinencia del niño, porque el pediatra le había dicho que "no había nada", lo cual desde la óptica del testigo irritó a la Sra. A., quien indicó al Dr. Q. que existía la posibilidad de que el niño fuera víctima de abuso sexual, lo que "sólo lo sabía" por los dichos de G.. Relató A. al deponente que el niño padecía una alternancia entre incontinencia y formación de bolos fecales. Todo el relato fue, a juicio del testigo, "desordenado e incoherente". El deponente, ante la visualización de la incontinencia, la existencia del dolor y teniendo en cuenta el "relato de A.", tuvo la sospecha de la existencia de una lesión en el esfínter. Aclaró finalmente que "A. se mostró en una actitud de desesperación por saber qué ocurría con el menor G."

Declaró también la Sra. A. en sede penal (fs. 152 vta.) que "días después" (no consta la fecha) concurrió al Hospital de Niños de La Plata, donde determinaron la existencia de abuso sexual y el contagio de clamidias, habiendo la emplazada roto en llanto ante las manifestaciones del médico, quien habría indicado al niño que no puede ver más a su padre y a la accionada que su hijo se iba a "hacer caca encima" hasta los dieciséis años. Probablemente esa visita al Hospital de Niños de La Plata sea la documentada en la fotocopia certificada de fs. 80/81 de la causa penal (cuyo original corre glosado a fs. 198/199 de las mismas actuaciones). De dicho informe, fechado el 2 de mayo, resulta que ese día a las 11:45 hs. concurrió la demandada junto con G., trayendo "innumerables solicitudes de análisis, entre ellos un pedido de rectoscopía... En dicha orden médica se anunciaba el diagnóstico de violación...". La primera entrevistada fue la madre, quien indicó a la profesional -Dra. R. A. O.- que el niño se negaba a estar con su padre los días de visita y que desde hacía unos veinte días había comenzado a hablar con ella del abuso sexual al que supuestamente venía siendo sometido, relatando A. a la Dra. O. que "El niño le ha comentado que su padre le coloca el dedo en el ano con penetración del mismo lenta y lo saca de la misma manera. Esto viene ocurriendo desde que se separa el matrimonio es decir noviembre de 1996.... También comenta la madre que su ex-marido convive con un (sic) persona que dice llamarse L. L. H. de 40 años. Esta persona a veces ha dormido con el niño en la misma cama". Después de ello la

médica se entrevista con el niño, a quien le pregunta qué le ha pasado, a lo cual responde que "le pincha la cola" cuando defeca y espontáneamente dice el niño luego que "... me han metido supositorios pero primero el dedo de un grande... (suspira) ... el de mi papá". Luego relató el menor que desde que sus padres se separaron, mientras él se bañaba el papá le ponía el dedo en la cola. Bajando la mirada y ocultando la cara, negó "otras maniobras o solicitudes del padre hacia él". La médica detectó una dilatación anal de 1,7 cm., lo que es superior a lo normal. Dio resultado positivo, asimismo, el test tendiente a detectar la existencia de clamidias. Como consecuencia de todo lo anterior, emitió el siguiente diagnóstico: "En consideración al examen efectuado, las lesiones anales constatadas, la enfermedad de transmisión sexual comprobada y el relato compatible, es concluyente que el niño G. M. B., ha sido víctima de Abuso Sexual Infantil: penetración anal con objeto romo".

Antes de la referida entrevista ocurrida el 2 de mayo, sin que surja con precisión la fecha, el niño -junto con su madre- se entrevistó con el psicólogo H. A., surgiendo de la desgrabación de dicho encuentro (fs. 146/148 de la causa penal) claramente que es la madre quien va induciendo la exposición del niño, quien primero manifiesta no recordar nada y recién cuando la madre dice "y si a mi me contó, acá no lo charló pero...", el niño comenzó a asentir; pero sólo después que la madre diga textualmente "Contale (al médico) lo que vos me contaste a mí con tus palabras. Yo se que te cuesta empezar a hablar... decile del dolor de la cola pero contale cómo fue ese dolor pero al final tiene miedo de hasta ir al baño pero contáselo vos, contáselo vos G., porque es lo que a vos te hace bien...". Y después, una vez más la madre es quien sostiene que el niño empezó con dolores de panza muy fuertes "...y dice que no se quiere sentar arriba del inodoro porque él lo apretó para adentro (no se entiende bien) supositorio que le puso su papá. ¿eh? Y que bueno, y a raíz de eso (no se entiende bien) nunca problemas con la cola (no se entiende bien) esos supositorios no los quiere más...". Y una vez más es la madre quien narra que "cada vez que se va a bañar tiene miedo porque el papá, siempre le pone el dedo en la cola, seguramente hace mucho tiempo eh? Que más, contale a H., o desde

cuándo?, decile, a ver, ya lo dije yo, habla con H.". Luego el niño, como adelanté, asiente la existencia del supuesto abuso e indica que no quiere ir con el padre.

De fs. 16/18 del juicio de tenencia emerge un informe social suscripto por las Lic. en trabajo social M. C. G. y A. G. T., solicitado el miércoles 3 de mayo. Concurrieron el menor y la Sra. A., quien se encontraba confusa, desordenada en su discurso y nerviosa. Relató que a comienzos del ciclo lectivo, al regresar el niño de estar de vacaciones con su padre, comenzó a presentar cuadros de encopresis, negándose a concurrir a la escuela y "confesándole" a la madre que "su papá le metía el dedo en la cola". La madre asoció el "hecho de abuso" con la medicalización con supositorios para que el menor pudiera evacuar, dado su diagnóstico de encopresis. En la entrevista, los profesionales advirtieron un grave litigio entre los padres del niño, "problemática que aparece y priorizada desde el discurso materno, y por sobre la sospecha del abuso sexual infantil". Además, se detectó que "el discurso de la madre ante el hecho, evidencia un conocimiento acerca de situaciones de abuso, estrategias y acciones a realizar a partir de la confirmación del diagnóstico. Las mismas son en relación a la disputa con su ex-marido y no a cuidados y atención que su hijo necesita". Los relatos de la madre fueron detectados como "confusos" y "poco confiables" por el prolongado litigio reinante en la pareja.

El día 8 de mayo de 2000, el servicio de psicopatología y salud mental del Hospital "Sor M. Ludovica" de La Plata emitió informe -firmado por la psiquiatra infantil Dra. A. P.-, del que da cuenta el oficio fechado el 1 de junio y que corre glosado a fs. 195/196 de la causa penal, del que resulta que la Sra. A. había concurrido con el niño al referido servicio para su evaluación. Se detectaron trastornos neuróticos en el menor que ameritan atención psicoterapéutica. Se advirtió asimismo una "importante implicación materna en los avatares de la vida de relación del niño, con los efectos que sabemos producen en una relación entre madre e hijo...", por lo cual se indica la realización de tratamiento psicoterapéutico para la madre. En una nueva consulta al nosocomio, se presentó la progenitora aludiendo estar angustiada por la situación "sorpresiva" de que G.

estaba siendo abusado sexualmente por su padre, sospecha que la madre fundó -según dijo- en los dichos del niño. Advirtió la profesional actuante en la entrevista la existencia de "contradicciones y relatos confusos en relación a lo que afirma...". Si bien se dejó allí sentada la necesidad de un número de entrevistas suficientes para realizar un diagnóstico, se confirmó la existencia de trastornos neuróticos en G. y de una conflictiva de la pareja parental en la que el niño queda en situación de riesgo, tanto si se confirma la sospecha materna (de abuso sexual) como si no es confirmada. "Observamos una escasa posibilidad en G., de elaborar respuestas que puedan servirle de mediación frente a esta conflictiva. En donde lo que se observa es la forma compulsiva de respuesta, o la no diferenciación en relación a la posición materna...".

Hasta aquí las circunstancias que rodearon a la denuncia de A..

E. 4) Antes de asociar dichos elementos a fin de juzgar la conducta de la Sra. A., es dable especificar bajo qué óptica jurídica habrá de efectuarse tal análisis.

Dispone el art. 1089 del Código Civil que "Si el delito fuere de calumnia o de injuria de cualquier especie, el ofendido sólo tendrá derecho a exigir una indemnización pecuniaria, si probase que por la calumnia o injuria le resultó algún daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero, siempre que el delincuente no probare la verdad de la imputación". A renglón seguido, el art. 1090 del mismo cuerpo normativo estatuye que "Si el delito fuere de acusación calumniosa, el delincuente, además de la indemnización del artículo anterior, pagará al ofendido todo lo que hubiese gastado en su defensa, y todas las ganancias que dejó de tener por motivo de la acusación calumniosa, sin perjuicio de las multas o penas que el Derecho Criminal estableciere, tanto sobre el delito de este artículo como sobre los demás de este capítulo".

Es obvio que la mera desestimación de la denuncia penal no es suficiente para que proceda el reclamo indemnizatorio. Esto crearía un temor en todo pretense denunciante que en la mayoría de los casos lo llevaría a abstenerse de efectuar la denuncia pues ante su desestimación, por ejemplo por ausencia de prueba suficiente o por concederse al acusado el beneficio de la duda, correría el riesgo de verse afectado

por un reclamo indemnizatorio. Tal temor debe erradicarse de todo ciudadano pues es positivo para la sociedad toda que se radiquen, de buena fe, las denuncias de delitos de acción pública sobre los que se tuviese conocimiento o en virtud de los cuales se vieran damnificados los denunciantes. Como dice Salvat, citado por Kemelmajer de Carlucci (Comentario al art. 1090 del Código Civil, en Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado, Tomo 5, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 258), "muchas veces las imperfecciones prácticas del sistema inquisitivo impiden la condena; sería injusto que cuando la inmoralidad y la incorrección del acusado resultan justificadas, se le reconociera el derecho de reclamar una indemnización contra sus propias víctimas".

No obstante, el hecho que el art. 1090 del Código Civil se refiera a la "acusación calumniosa" no debe llevar a la falsa conclusión de que, al igual que en la figura penal de calumnias, su homónima civil admita solamente la forma dolosa. La nomenclatura de ilícitos del Código Civil sólo tiene un carácter ejemplificativo; son como muestras del modo de reparar que no cierran el catálogo. "El tema tiene obvias complicaciones. Quien denuncia suele sospechar, tiene la impresión, le parece, y ese estado de ánimo debe volcarse fielmente en la denuncia; si, por el contrario, pese a la falta de seguridad o certeza, actúa y se expresa como absolutamente convencido, dando nombres y supuestos detalles, su gestión debe considerarse reprochable y sancionarse. En la medida, claro está, de los daños, patrimoniales o extrapatrimoniales, causados al denunciado" (Mosset Iturraspe, Jorge; Piedecabras, M.: Código Civil Comentado - Responsabilidad Civil, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, comentario al art. 1090 del Código Civil, pág. 192). De lo que se colige, sin hesitación, que el ilícito civil de calumnia o acusación calumniosa admite la forma culposa. Además, éste no necesita de una denuncia penal previa (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala A, 4/9/85, E.D. 116-258), como otrora se entendía, pues por esta vía se estaría creando una nueva cuestión prejudicial que no tiene amparo legal (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala D, 10/10/91, II 1992-C-518). Si existe condena penal, el juez civil debe acatar la decisión; pero de no haberse iniciado tal acción, el juez civil es libre de

resolver al respecto e, incluso, de haber absolución penal por inexistencia de dolo, no obstante podría existir condena civil por haberse actuado con culpa, ya que es sabido que el delito penal de calumnias no admite la forma culposa, no obstante lo cual todos los ilícitos civiles la admiten salvo que la ley disponga expresamente lo contrario (Mosset Iturraspe - Piedecabras, ob cit., pág. 193/194).

E. 5) Efectuado el precedente encuadre jurídico, corresponde adentrarse en la cuestión central: ¿hubo dolo, o por lo menos culpa, en el acto realizado por A. consistente en la formulación de la denuncia penal de abuso sexual radicada el 12 de mayo de 2000?

Luego de largas meditaciones y profundas cavilaciones sobre esta compleja causa, llegué a la íntima convicción de que la respuesta que se impone es la afirmativa.

No se equivocó el Señor Juez de primera instancia cuando dijo en su sentencia (fs. 221): "...No estoy señalando que haya mediado mala intención por parte de la demandada, puesto que no concibo que una persona pueda tener semejante actitud. Pero el caso merecía una investigación mayor, puesto que tenía la opinión negativa del médico que conocía al menor y las otras opiniones no eran científicamente concluyentes como para descartar otros pasos previos a la terrible denuncia".

E. 6) Por empezar, descreo que el menor haya relatado en forma espontánea a su madre el supuesto abuso sexual.

Indudablemente, la madre ejercía influencia notoria en la conducta del niño. Ella relató, declarando a fs. 152 de la causa penal, que le indicaba a su hijo lo que tenía que decirle al padre. Contó como su hijo, un día que volvió antes de lo estipulado de la casa del padre, le manifestó a A.: "yo hice lo que me dijiste, rompí un plato y le dije si no me llevas a lo de mi mamá, te rompo todo", aclarando luego A. que le había aconsejado al niño comportarse de esa manera.

G., cuatro días después de la denuncia hecha por su madre, se mostraba confundido y se sospechaba que padecía un proceso de desorganización psíquica; se concluyó en que sus relatos podrían sufrir modificaciones según la figura parental que lo acompañara en la ocasión ya que el menor realiza un esfuerzo significativo por

acomodarse a las expectativas que cada uno de sus progenitores alimentan sobre él. Por ello, resultan limitadas las posibilidades de obtener elementos esclarecedores de los hechos a través del relato de G. (informe de la Lic. M. E. P. obrante a fs. 93 de la causa penal en fotocopia certificada).

El 17 de mayo de 2000, el lic. H. A. A., psicólogo del menor G. B., declaró como testigo en sede penal (fs. 95/96), oportunidad en la que sostuvo que el menor le había dicho que era verdad "lo relatado respecto de lo que había pasado con su papá, cuando había venido con su madre" y que también L. -la mujer del padre- le hacía lo mismo, no obstante lo cual, "al declarante le llamó la atención que G. aclarara que L. no sabía lo que le hacía su padre, como si se tratara de situaciones independientes". El deponente notó a G., durante la entrevista, "con una conducta muy desorganizada, impulsiva e inquieta", habiendo roto en llanto en dos oportunidades, lo que no había evidenciado en anteriores entrevistas.

Este relato, que al Lic. A. "le llamó la atención", aparece como inverosímil y demuestra lo poco creíble de las manifestaciones de G., circunstancia que se ve francamente robustecida ante la influencia que su madre ejercía sobre él.

Los relatos del niño ante los profesionales no fueron espontáneos sino siempre influidos y guiados por la madre.

Prueba elocuente de ello es que en la entrevista previa con el licenciado H. A., capturada en un cassette cuya desgrabación surge de fs. 146/148 de la causa penal, claramente es la madre quien va induciendo la exposición del niño -e, incluso, casi "para la película" o, en el caso "para la cinta"-, quien primero manifiesta no recordar nada y recién cuando la madre dice "y si a mi me contó, acá no lo charló pero..." es que el niño comenzó a asentir; pero recién después de que la madre diga textualmente "Contale (al médico) lo que vos me contaste a mí con tus palabras. Yo se que te cuesta empezar a hablar... decile del dolor de la cola pero contale cómo fue ese dolor pero al final tiene miedo de hasta ir al baño pero contáselo vos, contáselo vos G., porque es lo que a vos te hace bien..." Y después, una vez más la madre es quien dice que el niño empezó con

dolores de panza muy fuertes "...y dice que no se quiere sentar arriba del inodoro porque él lo apretó para adentro (no se entiende bien) supositorio que le puso su papá. ¿eh? Y que bueno, y a raíz de eso (no se entiende bien) nunca problemas con la cola (no se entiende bien) esos supositorios no los quiere más...". Y una vez más es la madre quien narra que "cada vez que se va a bañar tiene miedo porque el papá, siempre le pone el dedo en la cola, seguramente hace mucho tiempo eh? Que más, contale a H., o desde cuándo?, decile, a ver, ya lo dije yo, hablá con H.". Luego el niño, como adelanté, asiente la existencia del supuesto abuso e indica que no quiere ir con el padre.

El Tribunal en lo Criminal Nº 1 de Mar del Plata, en sentencia del 27/3/2006 (LLBA 2006 -abril- 366) ha efectuado un profundo estudio respecto del carácter influenciable de los menores a la hora de expedirse sobre hechos vividos, o supuestamente vividos, citando a prestigiosos profesionales e importante bibliografía especializada, fallo que seguiremos para efectuar las consideraciones que siguen.

En tal orden de análisis, cabe señalar que siempre deben tomarse "con pinzas" los relatos de los menores de edad; máxime cuanto tienen corta edad como era el caso de G. días antes que A. formulara la denuncia que motivara estas actuaciones. Se trata de establecer con qué pautas se debe valorar el grado de veracidad y credibilidad en el testimonio de un niño. Estos interrogantes fueron expuestos por la Dra. Virginia Berlinerblau, médica forense y psiquiatra infanto juvenil, a la vez que perito del Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional, en el capítulo X de la obra "Violencia Familiar y Abuso Sexual" (varios autores, Ed. Universidad, Bs. As., 1998, p. 189/212) quien ha resumido el punto medular que encierra esta cuestión al concluir que "encontrar y comprender las respuestas a las preguntas mencionadas adquiere importancia crítica para la justicia, dado que importa valorar tanto el bienestar de los niños como la libertad de los adultos acusados".

Es que indudablemente puede afectarse el relato de los niños si se los confunde mediante preguntas tendenciosas o sugestivas, pudiendo decirse que la entrevista técnicamente mal conducida es una causa principal de falsas denuncias, por lo que se

destaca la necesidad de utilizar técnicas especiales para obtener el testimonio y de contar con profesionales idóneos en la materia (Berlinerblau, Virginia, op. cit., p.203; Glaser, D. - Frosh, S., "Abuso sexual de niños", Paidós, Bs. As., 1997). La Sra. A. ha participado en la entrevista del niño que obra desgrabada y a la que ya se ha hecho referencia (fs. 146/148 de la causa penal), e indudablemente ha afectado el relato del menor. Y ello surge de una grabación ofrecida como prueba por ella misma y obtenida a esos fines. ¿Qué pensar, entonces, de los posibles "aleccionamientos" efectuados fuera del micrófono, a solas con el menor?

Recordemos que en la causa penal iniciada como consecuencia de la denuncia efectuada por A., se concluyó en un informe técnico específicamente referido al caso de autos que "...resultan limitadas las posibilidades de obtener elementos esclarecedores de los hechos a través del relato de G." (informe de la Lic. M. E. P. obrante a fs. 93 de la causa penal en fotocopia certificada).

Tampoco puede desatenderse la posibilidad de co-construcción de los relatos de los niños ya que la memoria humana no guarda registros en la forma en que lo hace una videocámara, sino que se generan "baches" que pueden ser rellenados por la influencia de factores diversos, razón por la cual debe estarse atento a la posibilidad de inducción de terceros en los relatos de los niños, en especial cuando ella se ejerce desde una posición de poder e influencia, como claramente ocurre en el caso de la madre de G..

¿Cuál es, entonces, el grado de espontaneidad y veracidad de los relatos de G., que según A. fue lo que le habría hecho tomar conocimiento de la existencia de abuso sexual?

Analizaremos la pregunta desde tres ángulos:

- a) La posibilidad de contaminación de los relatos del niño por inducción - consciente o inconsciente- de terceras personas, concretamente de la madre;
- b) la concordancia del relato con las demás circunstancias;
- c) la concordancia del relato con el examen clínico anal.

Analizaremos, separadamente, estas tres cuestiones:

a) La posibilidad de contaminación de los relatos.

Los profesionales que entrevistaron a G. debieron -y no lo hicieron-, para estimar confiable su relato y obtener por lo tanto información objetiva y válida, buscar una narración lo más completa posible a través, en primer lugar, de preguntas generales para establecer la existencia de comunicación adecuada, para luego pasar al relato del hecho mediante preguntas abiertas y sólo en un momento posterior, a través de preguntas más focalizadas, siendo particularmente importante destacar que debe el entrevistador abstenerse de formular preguntas que incluyan datos que no fueron mencionados por el niño. Ello no sólo no ocurrió en el caso de autos sino que hemos observado cómo claramente la madre induce los datos, si no los aporta directamente. De cualquier manera, aún actuando con toda la prudencia y diligencia, muchas veces quedan dudas. Y resulta posible, no siendo este un dato menor, que el niño sienta que complace al adulto si dice algo más y por ello narre hechos no vividos para complacer al adulto, en este caso su madre, Sra. A.. Y ya hemos visto que surge de la prueba de autos la tendencia de G. a "complacer" al progenitor con quien está en la ocasión, adaptando el discurso a las circunstancias.

Cabe señalar asimismo que la declaración inicial del niño es la de mayor validez, en orden a su credibilidad, ya que en las posteriores pueden interactuar factores diversos que hagan variar el relato inicial; e indudablemente cuando el niño se expresó ante los profesionales ya había "conversado" varias veces con su madre al respecto, lo que una vez más hace no creíble su relato, todo lo cual no pudo pasar inadvertido a la Sra. A.. A su vez, resultan determinantes el conocimiento, la comprensión y la habilidad del profesional que evalúa, como así también su capacidad para transmitir las explicaciones y razonamientos por los cuales llega a discernir que el abuso sexual ha ocurrido, habilidad y conocimiento que no se desprende de los diagnósticos de abuso sexual que surgen de estas actuaciones, de los cuales se valió A. para efectuar la terrible denuncia que desembocó en estas actuaciones.

Es claro que en la entrevista desgrabada el profesional incumplió reglas mínimas que hacen a una correcta evaluación psicológico-forense, al no proveer de la necesaria privacidad a sus entrevistas con G., permitiendo la presencia de su madre.

Desde otro ángulo, es dable destacar que no todas las personas están en condiciones de encarar correctamente el problema del posible abuso sexual de su hijo pues es posible que la afectación emocional impida al adulto encarar el problema con serenidad y sensatez; y veo claro que este es el supuesto de la Sra. A., quien se veía obnubilada por la seria conflictiva mantenida con el padre de G., no obedeciendo con la regla de cumplimiento necesario -ante tales circunstancias- de "controlar los propios sentimientos y superar la consternación que se sufre, no dejarse dominar por el pánico y no actuar de manera irreflexiva, ya que las acciones no meditadas podrían perjudicar antes que ayudar" (Besten, B.: Abusos sexuales en los niños, Ed. Herder, Barcelona, 1997, p. 103/4).

Si se repara en la actitud de la Sra. A. con relación al supuesto abuso sexual que habría sufrido el menor, casi como buscando desesperadamente que se confirme el diagnóstico, forzoso es concluir en que ello no pudo resultar indiferente para G. en su relato.

b) La concordancia del relato con las demás circunstancias.

Como he dicho, el médico pediatra que asistió siempre al menor y que lo conocía más que nadie, descartó absolutamente la presencia de abuso sexual, atribuyendo las lesiones del niño a su patología de constipación crónica, lo que hace dudar aún más de la sinceridad del relato del niño y, consecuentemente, de la falta de culpa en el actuar de la Sra. A. al formular la denuncia penal; máxime cuando ella no puso esta importante circunstancia a consideración de los demás profesionales que evaluaron al niño y concluyeron en la existencia de supuesto abuso sexual.

c) Concordancia del relato con los exámenes realizados.

Como se vio, el niño había sido revisado por su pediatra y padecía de constipación crónica, circunstancia conocida por la madre y ocultada -o por lo menos

disimulada- por ella a los demás profesionales que diagnosticaron el abuso sexual, quienes de conocer este extremo seguramente hubieran tomado otras precauciones a la hora de efectuar tan grave diagnóstico y, en consecuencia, es casi ineludible que finalmente lo hubieran descartado.

Por lo demás, es obvio que la existencia del abuso no se condice con los relatos de los testigos, atinentes a que el niño quería estar con su padre (declaraciones de M. y C., obrantes a fs. 27/28 y 29/30 del proceso sobre "medida precautoria" en trámite ante el Tribunal de Familia), lo que se ve ratificado y robustecido con el informe de la asistente social Lic. D., donde el menor manifestó querer vivir con su padre. Más aún, el testigo A., psicólogo del menor durante mucho tiempo, declaró a fs. 162 de estos actuados diciendo que "...el niño en varias ocasiones me dijo que quería vivir con el padre". Contrariamente, y faltando consecuentemente a la verdad, en su denuncia la Sra. A. dijo lo opuesto: que el niño no quería estar con su padre.

Estas contradicciones deberían haber llevado a la Sra. A. a dudar -cuanto menos- de la palabra de su hijo (suponiendo sólo por vía de hipótesis que ella no lo hubiera aleccionado en sus relatos), quien para colmo sólo contaba con siete años de edad por ese entonces, lo que lo colocaba en la situación de incapaz de hecho absoluto para el derecho civil (art. 54 inc. 2º del Código Civil).

Recuerdo además que la Dra. P. advirtió una "importante implicación materna en los avatares de la vida de relación del niño, con los efectos que sabemos producen en una relación entre madre e hijo...", por lo cual se indica la realización de tratamiento psicoterapéutico para la madre (ver fs. 195/196 de la causa penal).

En definitiva, descreo de la convicción de la madre atinente a que los relatos de su hijo eran "espontáneos e indudablemente ciertos", máxime cuando el pediatra del menor - único profesional, de los que atendió al niño, que conocía su historia y evolución- había descartado de plano la existencia de abuso sexual.

No es un dato menor la declaración del testigo M. en estos autos: A fs. 150 relató que, en una fiesta, G. le dijo que lo habían obligado a decir que el papá le metía el dedo

en la cola; y la que lo había obligado o llevado a decir eso fue su madre (ídem, fs. 150 vta., pregunta 9).

E. 7) Ya está claro que no es verosímil que la Sra. A. no haya inducido -cuanto menos- el relato de su hijo, o que creyera ciegamente en su sinceridad o espontaneidad.

A ello cabe sumar que la demandada sabía que su hijo padecía de constipación crónica y que el médico pediatra de cabecera del niño había descartado la existencia de abuso sexual o de violación, sin que la emplazada comunicara a los distintos profesionales que asistieron luego al niño que éste padeciera de constipación crónica, lo que no es un dato accesorio a la hora de investigar por parte de dichos terapeutas el posible origen de las lesiones anales padecidas por el niño.

Además, A. le indicó al Dr. Q. que el Dr. M. le dijo simplemente "que no había nada", cuando está probado en autos que el profesional citado en último término diagnosticó la existencia de un bolo fecal y aconsejó la aplicación de una enema que la Sra. A. no le suministró, acudiendo a la infantil excusa de que el niño se negó y que lloraba mucho, circunstancia que por muy verdadera que fuera -y muy probable por cierto- evidentemente no excusa cumplir con la orden médica dispuesta en salvaguarda de la salud del niño.

Cabe recordar también que A. relató en su denuncia, tergiversando los hechos -no se si maliciosa o culposamente, pero indudablemente de manera subjetivamente reprochable-, que la Dra. O. se entrevistó "a solas" con el niño, haciendo pasar "luego" a la denunciante, cuando dimana diáfano del sub-judice que primero se entrevistó la Dra. O. con la madre (más aún: "a solas"), quien narró a la profesional los pormenores del supuesto abuso, y recién después se entrevistó la profesional con el niño (ver fs. 198/199 de la causa penal).

Quien denuncia debe actuar de manera sincera y fiel, no habiéndolo hecho así la Sra. A..

E. 8) No aparece claro, entrando en otro aspecto del análisis, el por qué del resultado de los análisis positivos en cuanto a la existencia de enfermedad venérea del

menor (clamidia), con virus de mujeres sexualmente activas, cuando luego se constató en sede penal que el menor no había estado infectado, circunstancia irrevisable en esta sede (art. 1103 del Código Civil).

De cualquier manera, si hubiera sido cierta la existencia de clamidias, no por ello era razonable concluir sin más en que el menor haya sido abusado ya que esta enfermedad puede contagiarse de distintas maneras. Concretamente la clamidia "trachomatis" (tracoma), que es la que supuestamente padecía G. (ver fs. 209 de la causa penal), es perfectamente transmisible por vía no sexual, pudiendo contagiarse a través de los dedos del niño, de fomites (sustancia u objeto cualquiera, no alimenticio, que conserva y transmite microorganismos infecciosos; definición tomada del "Diccionario Médico", 2º edición Ed. Salvat, Barcelona, España, 1985, pág. 217) o de moscas, además de su transmisibilidad por vías sexuales (Domarus, A. Von -fundador-; Farreras Valenti, P. -continuador-; Rozman, C. -director-: Medicina Interna, Undécima Edición, Ediciones Doyma, Barcelona, España, 1988 -tercera reimpresión, septiembre de 1989-, Volumen II, capítulo titulado "Infecciones por Chlamydia", a cargo de J. García San M., pág. 2180 y cuadro obrante en la página 2181). No siendo entonces su vía de contagio necesariamente la sexual, y pudiendo haberse recibido incluso de parte de cualquier otra persona afectada (no se probó que el padre del menor estuviera infectado con clamidias) o, como se dijo, a través de moscas, el mero hecho de que el menor tuviera clamidias no justifica en absoluto -como pretende A. en su expresión de agravios- haber efectuado la terrible denuncia que desembocó en estas actuaciones, máxime cuando -insisto- las lesiones anales padecidas por el menor podían estar provocadas -y de hecho lo estaban- por la existencia de un bolo fecal, lo que justamente le había sido diagnosticado al niño por medio de su médico pediatra de cabecera, Dr. M..

E. 9) Por lo demás, no aparece para nada verosímil el relato efectuado en la denuncia consistente en que el niño tenía miedo a su padre cuando, como se vio, está probado que manifestó delante de testigos y de la asistente social N. C. D. que quería vivir con su papá.

Una vez más A. incurrió en falta al radicar la denuncia.

E. 10) No es un dato menor, además, el gravísimo conflicto que mantenía la denunciante con su ex-cónyuge por ese entonces, del que se ha dado suficiente cuenta precedentemente, lo que cuanto menos "obnubiló el razonamiento de la demandada, oscureciendo su juicio y llevándola apresuradamente -sin agotar los medios necesarios previos para confirmar los hechos- a poner en movimiento la investigación penal...", como dijo el Sr. Juez de primera instancia en su sentencia (fs. 220 vta.).

La denunciante quería trasladarse a La Plata con su hijo, a lo que se oponía el hoy actor; éste había obtenido por ese entonces -aún cuando luego se dejara sin efecto- una medida cautelar del juez de menores que lo ponía a cargo del niño (resolución del 25 de febrero de 2000, fs. 44 de la causa penal), a lo que la denunciante se opuso terminantemente (fs. 52/53 de la misma causa).

E. 11) Cabe recordar asimismo que la Sra. A. desoyó los consejos del pediatra del menor, no aplicando la enema aconsejada; y disconforme con el dictamen del médico que atendía al niño -quien había descartado de plano la existencia de abuso sexual-, se mostró "irR.da" (declaración del testigo Q. volcada a fs. 284/285 de la causa penal), dato realmente sorprendente pues no logra advertirse por qué razón una buena madre de familia se mostraría "irR.da" porque el médico en que siempre confió y que conoce más que nadie a su hijo le indica que "no hubo abuso sexual". ¿Acaso la hubiera "complacido" que el niño haya sido abusado.? Esta pregunta, que a priori aparece como absolutamente descabellada, pasa a serlo en menor medida desde que el dictamen de inexistencia de abuso la "irritó".

Insistía A., y así lo manifestó el Dr. Q., en que su hijo había sido abusado. Pero lo hacía con un discurso desordenado e incoherente, como coinciden distintos profesionales que asistieron al menor y entrevistaron a la encartada.

Se advierte asimismo que si bien hubo dictámenes médicos que sugerían la existencia de violación, ellos fueron claramente buscados a través de expresiones mendaces de la denunciante, quien ocultaba la constipación crónica padecida por G.,

descartaba los diagnósticos profesionales dados en sentido contrario -como el del Dr. M.-, afirmaba que el niño no quería estar con su padre -lo que no se condice con las pruebas colectadas en autos- e inducía al menor -como se ha visto- a declarar la existencia del abuso sexual, ejerciendo notoria influencia sobre él, pernicioso a juicio de los profesionales, quienes aconsejaron a la madre -además de al niño- la realización de tratamiento psicoterapéutico.

Tuvo en sus manos A. antes de formular la grave denuncia que desencadenó en estas actuaciones, es cierto, el diagnóstico de la Dra. O., según el cual "En consideración al examen efectuado, las lesiones anales constatadas, la enfermedad de transmisión sexual comprobada y el relato compatible, es concluyente que el niño G. M. B., ha sido víctima de Abuso Sexual Infantil: penetración anal con objeto romo". Sin embargo, se observa aquí que la médica da por veraz el relato de la madre, lo que tiñe de serias dudas toda su conclusión; y A. no podía ignorar que la narración que ella efectuó a la Dra. O. era cuanto menos parcial pues ni siquiera mencionó la constipación crónica de su hijo, lo que muy probablemente hubiera cambiado las conclusiones de la experta. Parece ser, vaya a saber por qué razón, que la Sra. A. quería imperiosamente escuchar que su hijo había sido sexualmente abusado y hacía todo lo posible para lograr que ese fuera el diagnóstico.

Ya vimos que los relatos del menor no eran espontáneos; ambos padres influían sobre él y el niño quería satisfacer a los dos con sus palabras, lo que A. no podía verosímilmente ignorar. La madre aleccionó al niño (con o sin mala intención, lo mismo da) y, como dije, no surge de la entrevista con la Dra. O. que le haya manifestado a la médica la constipación crónica del menor, lo que llevó deliberada o inadvertidamente a la médica a una conclusión falsa, actuando cuanto menos con culpa pues debió presentar las circunstancias tal cual eran, ponderando también la existencia de constipación crónica y el diagnóstico del Dr. M.. Más aún, surge del informe que A. se refirió veladamente a la condición de homosexual de su ex-marido, lo que no aparece corroborado por ningún elemento probatorio, acotación que indudablemente buscó llevar a la médica a la

convicción de que el menor había sido violado por su padre. En definitiva, la errónea conclusión de la Dra. O. fue inducida por A.; no puede ella, entonces, ampararse en tal diagnóstico para efectuar impunemente la grave denuncia que formuló.

A ello debe sumarse el grave indicio emergente del informe de las licenciadas en trabajo social M. C. G. y A. G. T. (fs. 16/18 del proceso de tenencia, de trámite ante el Tribunal de Familia), consistente en que el acalorado litigio mantenido con su ex cónyuge (que desde la acertada óptica del juez de primera instancia, cuanto menos obnubiló a la demandada) era priorizado en el discurso de A. por encima de la sospecha de existencia de abuso sexual infantil. Desde mi punto de vista, es evidente que el hecho que la madre le de más importancia al litigio entre los padres que a la sospecha de abuso sexual del que sería víctima su propio hijo da una clara idea de que la denuncia formulada por la madre está mucho más emparentada y encadenada con el conflicto jurídico mantenido con el padre que con la existencia real de un abuso sexual sobre G..

Del antedicho informe resulta, también, que se detectó que "el discurso de la madre ante el hecho, evidencia un conocimiento acerca de situaciones de abuso, estrategias y acciones a realizar a partir de la confirmación del diagnóstico. Las mismas son en relación a la disputa con su ex-marido y no a cuidados y atención que su hijo necesita". Vaya a saber por qué, a pesar de su condición de peluquera, la demandada era también una experta en situaciones de abuso, estrategias y acciones a realizar a partir de la confirmación del diagnóstico. Le resulta entonces aplicable el art. 902 del Código Civil: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos". Nuestra experta, no obstante, actuó con notoria imprudencia a la hora de denunciar el inexistente abuso sexual de su hijo (por no decir con mala intención, pues como dijo el juez de primera instancia, no parece concebible "que una persona pueda tener semejante actitud" -fs. 221-); por lo tanto, con más razón debe responder por las consecuencias dañosas de su irresponsable denuncia.

E. 12) El dolo es muy difícil de probar. ¿Cómo demostrar que existió verdadera mala intención en la denuncia de A.?

Maguer, de ninguna manera resulta descartable dada la diversidad de circunstancias -precedentemente reseñadas- que rodearon a la denuncia.

Pero a pesar de ello, veo a esta altura irrefutable la existencia -como mínimo- de culpa en el accionar de A. al radicar la denuncia, entendida esta como la "...omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar" (art. 512 del Código Civil, cuya sabia redacción permanece inalterada desde que Dalmacio Vélez Sarsfield lo transformara en derecho positivo, y en cuya nota nos dice el codificador que "...el artículo del Código se reduce a un consejo a los jueces de no tener ni demasiado rigor, ni demasiada indulgencia, y de no exigir del deudor de la obligación sino los cuidados razonables..."). Porque la culpa implica un juicio de reprochabilidad sobre la conducta de una persona, teniéndose en cuenta la comparación entre la prudencia y diligencia exigibles al sujeto en abstracto y la prudencia y diligencia con que éste actuó en concreto; y es notorio que, dados los antecedentes del caso, no obró A. con la prudencia y diligencia que le eran exigibles teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

No nos convence enteramente de su sinceridad la denunciante cuando en su expresión de agravios nos señala que su intención a la hora de denunciar el supuesto abuso fue "sólo la de proteger psicológica y físicamente a nuestro hijo G."

Se pregunta A. a fs. 246 vta: "¿Es que acaso puede siquiera pensarse que no hice una reflexión profunda de las implicancias que ello traería?...". a lo que caben dos respuestas posibles: Que no la hizo, lo que determina la existencia de culpa en su accionar, circunstancia que la condena; o que sí la hizo, lo que determina la existencia de dolo en su accionar, o por lo menos de culpa con representación, lo que con más razón la condena, máxime cuando estamos ante una experta, alguien que "...evidencia un conocimiento acerca de las situaciones de abuso, estrategias y acciones a realizar a partir de la confirmación del diagnóstico", estrategias estas que están relacionadas con

"la disputa con su ex-marido y no a los cuidados y atención que su hijo necesita" (informe de fs. 16/18 del proceso de tenencia, suscripto por las Lic. M. G. y A. T.).

La culpa tiene distintas formulaciones pragmáticas que son la negligencia, la imprudencia y la impericia. La negligencia consiste en hacer menos de lo debido; la imprudencia, por el contrario, en hacer más de lo debido; la impericia se da cuando no se actúa con la capacidad técnica suficiente para realizar determinadas actividades (Gherzi, C. A.: Teoría General de la Reparación de Daños, 2ª edición, pág. 123, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1999).

En el caso juzgado, y volviendo sobre la pregunta que se formuló A. en su expresión de agravios ("¿Es que acaso puede siquiera pensarse que no hice una reflexión profunda de las implicancias que ello traería?..."), si la respuesta fuera negativa habría existido culpa por imprudencia; y si hubiera sido positiva, hubiera habido culpa por negligencia (o, peor aún, dolo en el primer supuesto) pero en ningún caso debería la demandada quedar impune.

Demás está decir que resulta irrelevante, a los fines aquí juzgados, el informe producido por el Dr. E. R. a fs. 88 de la causa penal (y los demás producidos después de la denuncia) porque el mismo fue efectuado luego del acto jurídico de A. cuyas consecuencias son aquí objeto de juzgamiento.

En definitiva, A. ha sido bien condenada pues se han presentado en el caso todos los presupuestos de la responsabilidad civil.

E. 13) Ambas partes se agravian del monto concedido en concepto de reparación del daño moral. El actor lo considera notoriamente bajo y la demandada elevado.

A fin de tratar adecuadamente estos agravios, corresponde primero dar una adecuada conceptualización del daño moral a reparar, estableciendo qué debe tenerse en cuenta a la hora de cuantificarlo.

En este orden de ideas, corresponde puntualizar que la indemnización por daño moral se sustenta en la doctrina del artículo 1078 del Código Civil, pudiendo ser definido como toda modificación disvaliosa del espíritu (CNCiv, Sala A, 15/11/90, L.L. 1991-E-

417), puesto que puede consistir en profundas preocupaciones o en estados de aguda irR.cción que afectan el equilibrio anímico de la persona (S.C.B.A., 20/9/94, J.A. 1995-IV-187).

Las características del daño moral son las siguientes: a) Incide en la aptitud de pensar, de querer o de sentir; b) El sufrimiento no es un requisito indispensable para que exista daño moral, aunque sí una de sus manifestaciones más frecuentes; c) Constituye angustias y afecciones padecidas por la víctima; d) Supone la privación o la disminución de los bienes que tienen un valor fundamental en la vida del ser humano y que son la tranquilidad del espíritu, la libertad individual y, entre otros, los más sagrados afectos; e) Puede, o no, consistir en un injusto ataque a la integridad física como derecho de la personalidad.

La finalidad de su reparación apunta a indemnizar la lesión de bienes extrapatrimoniales, como son el derecho al bienestar o a vivir con plenitud en todos los ámbitos (familiar, amistoso, afectivo), y supone la privación o disminución de bienes tales como la paz, la tranquilidad del espíritu y la integridad física, manifestándose a través de los padecimientos y molestias que lesionan las afecciones legítimas del damnificado, concepto que demuestra el intento de resarcir aspectos propios de la órbita extrapatrimonial (Gherzi, C. A.: Daño Moral y psicológico, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 125/128).

Lo que se trata de resarcir son las angustias inherentes a una situación antijurídica, es decir, las afecciones espirituales de la víctima (Conf. Melo da Silva, Wilson: O danno moral e sua reparaçao, Río de Janeiro, 1955, nro. 186 cit. por Kemelmajer de Carlucci, Aída en " Código Civil y Leyes Complementarias comentado, anotado y concordado" dirigido por Belluscio, Augusto C. y coordinado por Zannoni, Eduardo A., tomo 5, pág. 110/111, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984).

E. 14) Bajo este prisma corresponde analizar, entonces, los padecimientos sufridos por el actor.

Tres afectaciones tan concretas como distintas ha tenido que soportar el Sr. B. como consecuencia del actuar antijurídico de la Sra. A.:

a) Ha sido privado de su libertad personal por el lapso de veintidós días (desde el 22/5/2000 hasta el 13/6/2000).

b) Se ha visto privado del contacto con su hijo menor durante largos años.

c) Ha visto severamente afectado su honor, principalmente en su faz objetiva.

Cabe preguntarse, a esta altura, si estas tres afecciones distintas deben ser indemnizadas por la Sra. A..

La normativa implicada, a fin de dar respuesta a esta incógnita, son los arts. 903, 904, 905 y 906 del Código Civil. Dispone el art. 903 que "Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de ellos". Agrega el art. 904 que "Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de las cosas, haya podido preverlas". Continúa diciendo el art. 905 que "Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho". Por último, el art. 906 dispone que "En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexo adecuado de causalidad".

Respecto a la significación de estas consecuencias se expide el art. 901 del Código Civil: "Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código consecuencias inmediatas. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias mediatas. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse, se llaman consecuencias casuales".

Bajo este espectro normativo corresponde analizar los tres padecimientos del Sr. B. en relación con la ilegítima denuncia efectuada; así podremos determinar entonces si ellos son consecuencias inmediatas, mediatas, casuales o remotas de ésta y, en consecuencia, si son o no indemnizables.

Como hemos dicho antes, si bien no puede descartarse la existencia de dolo en el accionar de la Sra. A., éste no ha sido suficientemente probado. Consecuentemente, no puede afirmarse jurídicamente que la actora haya tenido "en miras" algún padecimiento del actor, razón por la cual debe descartarse la indemnización de las consecuencias puramente casuales de la denuncia por imperio del art. 905 del Código Civil.

Naturalmente, también están excluidas las consecuencias remotas (art. 906).

En este caso concreto deben indemnizarse, por tanto, únicamente las consecuencias inmediatas y las mediatas (arts. 903 y 904).

Determinado lo anterior, cabe establecer en qué categoría de las cuatro posibles encuadran las consecuencias padecidas por el actor a raíz de la injusta denuncia efectuada por A. y, en consecuencia, cuáles deben ser reparadas.

a) La detención del demandante no puede decirse que sea una consecuencia inmediata. Si bien una denuncia penal de un delito de la gravedad del que se ventila en autos muchas veces deriva en la detención del supuesto ofensor, ello no es necesariamente así puesto que también se da con frecuencia que la detención no sobrevenga por no considerar el magistrado actuante que haya mérito para ello. La detención, en el caso juzgado, se trata claramente de una consecuencia "mediata", que resulta de la conexión del hecho de la denuncia con uno distinto, cual es la valoración de los antecedentes por parte del juez de garantías y su consecuente decisión. Ahora bien ¿previó A. esta consecuencia mediata? O, en su caso ¿debió preverla empleando la debida atención? (art. 904 del Código Civil). Desconozco si la previó o no, aunque dados los antecedentes reseñados es muy probable que la haya previsto; no obstante, no me cabe la más mínima duda que debió preverla pues me parece inimaginable que quien denuncia la comisión de un grave delito de acción pública no pueda prever la detención del acusado, máxime cuando la denunciante aportó supuestas pruebas científicas de la perpetración del delito. En consecuencia, A. debe reparar el agravio moral ocasionado a B. por su detención pues se dan los parámetros requeridos por el art. 904 del Código Civil a tal fin.

b) Algo similar a lo anterior ocurre con la privación del contacto del Sr. B. con su hijo menor durante largo tiempo. Es más, aún de haber sido cierta la versión de los hechos dada por A. en su réplica a la demanda, esto es que sólo buscaba lo mejor para su hijo en el convencimiento de que había sido víctima de abuso sexual por parte de su padre, de ello debe colegirse que quería evitar el contacto del menor con G. B. y es obvio que una denuncia de la naturaleza de la efectuada es altamente probable que tenga como resultado mediato la separación del supuesto agresor y la supuesta víctima, justamente para evitar la continuación del daño. Consecuentemente, también debe responder A. por el agravio moral ocasionado al Sr. B. por la privación de contacto con su hijo (art. 904 del Código Civil).

c) En cuanto a la afectación al honor del demandante, ésta es una consecuencia inmediata -y no ya meramente mediata- de la denuncia formulada por A. puesto que una acusación de tales características ha de tener como ineludible consecuencia la afectación del honor del denunciado. Lo único que puede generar dudas es la magnitud de esa afectación, pero su existencia es una consecuencia ineludible de una denuncia como la efectuada, razón por la cual A. también debe responder por este daño (art. 903 del Código Civil).

Para justificar la precedente afirmación bastará con conceptualizar adecuadamente el derecho personalísimo al honor.

La Real Academia Española ha definido al honor como: 1. "Cualidad moral que nos lleva al cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos. 2. Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas del que se la granjea..." ("Diccionario de la Lengua Española", Real Academia Española, vigésima primera edición, Tomo II, pág. 1121, Madrid, 1992).

Dentro del ámbito doctrinario se ha aceptado la definición de De Cupis, según la cual el honor es "la dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma" (Ver Rivera, J. César: Instituciones de Derecho Civil -

Parte General, tercera edición actualizada, Tomo II, pág. 121, Ed. LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004).

El honor, como hemos dejado entrever al determinar los distintos padecimientos sufridos por el Sr. B., comprende más de un aspecto: el objetivo, que es el preponderantemente dañado en el caso juzgado, y el subjetivo.

El honor objetivo es el buen nombre y reputación objetivamente adquiridos por la virtud y el mérito de la persona dentro de su círculo de actuación. Hay aquí bastante de contingente pues resulta fundamentalmente de la apreciación hecha por terceros de la conducta de cada individuo. El honor subjetivo, por su parte, es una cualidad o atributo invariable que es común e inherente a todos los seres humanos en razón de su condición de tales, siendo por tanto inherente a la persona.

Una denuncia como la efectuada, cuya noticia rápidamente se disemina en el círculo de desenvolvimiento del demandante, indudable, necesaria e ineludiblemente afecta su honor, principalmente en la faz objetiva, circunscribiéndose por tanto el margen de análisis exclusivamente a la magnitud de esa afectación.

E. 15) Adentrándome específicamente en la magnitud de los padecimientos sufridos por el actor, resulta de la prueba de autos que él era tenido por su entorno como una persona de bien; era "un papá cariñoso, atento, un papá que ponía límites, muchos límites, que lo escuchaba, lo atendía, no le consentía los caprichos" (testigo C., pregunta 7, fs. 146 vta); "...un padre normal, cariñoso, exigente eso sí, pero un padre perfectamente normal, para mí que soy un padre normal también (testigo M., pregunta 7, fs. 149 vta.); B. con su hijo era "excelente porque lo llevaba al trabajo, lo buscaba lo traía, lo mimaba..." (testigo G., pregunta 11, fs. 153); era un padre "excelente, lo llevaba a todos lados, le compraba lo que quería, lo tenía como un rey, además al nene le encantaba estar con el padre" (testigo M., pregunta 9, fs. 154 vta./155), de lo que se infiere que la afectación de su honor objetivo fue enorme como consecuencia de la denuncia pues la noticia de su acaecimiento se propaló rápidamente dentro del círculo íntimo del actor (testigo C., pregunta 15, fs. 148; testigo M., pregunta 14, fs. 151; testigo G., preguntas 8 y

9, fs. 152 vta. y 153; testigo M., pregunta 7, fs. 154 vta.) y se generaron comentarios muy despectivos respecto a su persona -muchas veces burlescamente- fuera del círculo íntimo del actor, pues dentro de éste la noticia cayó mal pero nadie dudó de su honestidad (testigo C., pregunta 16, fs. 148); se comentaba que podía ser verdad lo que se le imputaba (testigo M., pregunta 14, fs. 151 vta), lacerándose de esa manera lo más hondo del honor del demandante. Incluso, lo fue a buscar la policía a su lugar de trabajo (testigo G., pregunta 4, fs. 152 vta).

Indudablemente, la actitud antijurídica de la Sra. A. afectó gravemente a B., quien comenzó a tener problemas de salud y se lo ha visto mucho más flaco y desmejorado. Su estado de ánimo estaba por el piso aún después de haber recuperado su libertad. Se lo veía "No de forma distinta a como estaba en el hospital (pues había sido operado de apendicitis mientras estaba detenido), deprimido, mal, triste, para él había muchas preguntas que no tenían respuesta, seguía flaco... empezó después de este proceso... con dolores de columna..." (testigo C., pregunta 12, fs. 147 vta.); su estado era "desastroso, estaba destruido, no entendía nada, estaba muy mal física y psíquicamente, las veces que lo vi, creo que una vez en la comisaría y tres o cuatro veces más en el hospital, cuando estuvo, lloraba, se preguntaba por qué, estaba extremadamente flaco, delgado, estaba derrumbado, incluso creía que perdía el trabajo, en fin, muy mal, y siguió mal durante muchísimo tiempo, no entendía por qué, cómo, no entendía nada, creo que cayó en una depresión muy profunda" (testigo M., pregunta 10, fs. 150 vta.); "estaba completamente decaído anímicamente y físicamente en un estado calamitoso, depresivo {...} estaba destrozado y tuvo que hacerse atender por un psicólogo" (testigo G., pregunta 7, fs. 152 vta y pregunta 14, fs. 153 vta.); "estaba muy deprimido, mal anímicamente y físicamente estuvo muy mal de salud, muy flaco y cuando volvió a trabajar siguió igual" (testigo M., pregunta 6, fs. 154 vta).

Además, no pudo volver a ver a G. luego de la injusta denuncia (testigo C., preguntas 13 y 14, fs. 147 vta. y 148; testigo M., pregunta 12, fs. 150 vta; testigo G., pregunta 12, fs. 153), siendo fácil de imaginar el profundo dolor que provoca a un padre

verse alejado injustamente de su pequeño hijo durante tanto tiempo, habiendo relatado el testigo M. que por mayo de 2004 el actor estaba un poco mejor pero que "...sigue mal por todo lo ocurrido y porque, insisto, no puede ver al hijo, que es lo que más le preocupa y lo que más le duele, de hecho no es la misma persona que era unos años atrás antes de que pasara lo que pasó" (fs. 151, pregunta 12).

Ni qué decir de la privación de la libertad; a cualquier persona decente horroriza la sola idea de estar presa un día y el Sr. B. padeció ese encierro durante veintidós días.

En definitiva, el demandante ha sido severamente dañado; y con una de las armas más temibles: la palabra. "A la hora de disparar son múltiples las armas propias del hombre: pistolas, carabinas, fusiles, ametralladoras, bombas, misiles. No todos, ni siquiera la mayoría, tienen acceso a ese tipo de armas... pero pocos vacilan en usar, y cada día más, la que tal vez sea el arma más horrendamente mortífera puesta a disposición de todo hombre: la palabra. La palabra puede matar, en un grado, con una crueldad y daños que superan la capacidad destructiva de cualquier arma de fuego conocida. Los hombres tardan menos en perdonar a un homicida que a un injuriador... La pena prevista para el que hiere y mata con la palabra es mayor en el Evangelio (Mateo 5, 22) que la que sanciona al simple homicida. La alusión a la gehenna de fuego pareciera confirmar la tesis de que la palabra mortífera es, propiamente, un arma de fuego. Santiago en su Epístola lo dirá sin ambages: la lengua es fuego encendido por la gehenna... La palabra como arma homicida es capaz de convertir cualquier convivencia, relación o sociedad, en un literal infierno. -Cuántas aflicciones y conflictos despedazan la vida conyugal, familiar, laboral o nacional, mediante este disparo de fuego homicida que es una palabra hiriente, sarcástica, malévola, insultante! Nos consternan, con razón, los incendios forestales o domésticos: ninguno de ellos es capaz de destruir tanto como la palabra... Saber callar, callar a tiempo, es uno de los signos de la sabiduría y máxima prueba de amor... La palabra es uno de los nombres de Dios. Dios es amor. Cada palabra nuestra ha de estar al servicio de la verdad, de la vida y de la paz (Hazbún, R. ¿Dispara Ud. o disparo yo?, en "El Mercurio", Santiago, Chile, diario del 12/2/84, p. D-6, citado por

M ller, E. C.: Concepto del honor, en Revista de Derecho de Daños 2002-3: "Relaciones entre la responsabilidad civil y la penal", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, pág. 227/228).

E. 16) Queda, por último, la traslación de estos padecimientos y su transformación en una suma de dinero que de alguna manera pueda contrarrestarlos. Es que si bien es cierto que el dolor, el sufrimiento, el flagelo personal nunca puede adquirir una adecuada reparación en una suma dineraria o en placer de algún tipo puesto que las secuelas de ese dolor espiritual jamás se borrarán, no es menos cierto que la ciencia del derecho, imperfecta como toda obra humana, no ha encontrado -y me atrevo a decir, nunca encontrará- una forma de reparación mejor del agravio moral que a través de una suma de dinero. Y siendo que ese sufrimiento debe ser reparado (art. 1078 del Código Civil), entonces debemos ineludiblemente esforzarnos por cuantificar en dinero la reparación, haciéndolo de la manera más adecuada posible. Es extremadamente difícil su cuantificación; pero aún así, imprescindible (art. 15 del Código Civil y 1078 precedentemente citado).

Ya hemos enunciado las variables relevantes para fijar la indemnización. Pero falta un eslabón para la adecuada fundamentación de la sentencia y este es la relación que existe entre ellas y la indemnización a fijarse, que debe ser justa. De nada sirven eruditos criterios doctrinarios en torno al concepto de daño moral, a su naturaleza jurídica y al régimen indemnizatorio si a la hora de fijar pautas para su valoración se brindan soluciones inadecuadas.

Valorar el daño moral es determinar su entidad cualitativa, esclarecer su contenido intrínseco o composición material y las posibles oscilaciones de agravación o disminución, pasadas o futuras (Zavala de González, Matilde: Resarcimiento de daños, Tomo 4., Presupuestos y funciones del derecho de daños, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 481). Y una vez valorado, debe ponderarse su repercusión en el plano indemnizatorio, determinando su valor y cuantificando la indemnización, es decir determinando cuánto debe pagarse en concepto de indemnización para alcanzar una

justa y equilibrada reparación del detrimento, lo que es extremadamente difícil en el caso del daño moral pues "no hay un mercado de bienes espirituales quebrantados. De allí que la liquidación del daño y cuantificación de la indemnización genere problemas muy serios y requiera de ciertas técnicas adicionales" (Pizarro, Ramón Daniel: La cuantificación de la indemnización del daño moral en el Código Civil, en Revista de Derecho de Daños 2001-1 "Cuantificación del Daño", pág. 337 y siguientes, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001).

A fin de transformar en dinero el merecido resarcimiento del Sr. B. por el tremendo agravio moral padecido, resulta pertinente utilizar un modelo donde aparezca una fuente tal que permita trocar el sufrimiento por alegría o placer y producir nuevamente la armonización perdida; se trata de encontrar un sucedáneo al estado negativo del sujeto que predomine sobre él y que se vuelva estable en situación de dominación respecto de la estructura en que interactúa (Gherzi, C. A.: Daño moral y psicológico, 2ª edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 179/181).

Trataremos, entonces, de encontrar al Sr. B. causas externas que le produzcan placeres y alegrías que en alguna medida logren compensar los distintos y graves padecimientos sufridos; remedios para la tristeza y el dolor. Y parece razonable bucear, a tal fin, entre distintos placeres posibles, a saber: el descanso, las distracciones, las diversiones, los juegos, escuchar buena música, placeres de la gastronomía, etc. (Iribarne, Héctor Pedro: La cuantificación del daño moral, en Revista de Derecho de Daños nº 6: "Daño Moral", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 185 y siguientes).

Dada la naturaleza de los menoscabos sufridos por el actor, estimo adecuado compensarlos de la siguiente manera:

a) La privación de su libertad personal por el lapso de veintidós días, con unas vacaciones recorriendo el país durante idéntico lapso de tiempo. Porque estimo a esas vacaciones como la máxima expresión de la libertad, el opuesto contradictorio al encierro compulsivo que padeció.

b) La privación del contacto con su hijo menor durante años con una mejora estructural y/o de comodidades en su casa, generando un más comfortable ámbito donde

pueda disfrutar plazeramente con su hijo muchos hermosos momentos a lo largo de su vida.

c) Su severa afectación al honor con algún objeto material que le reporte placer, que según los gustos podría ser un cambio de automóvil, una lancha, un equipo de audio o audio-video de categoría, etc.

A fin de adquirir tales bienes, estimo adecuada la cantidad de \$ 100.000, razón por la cual es notoriamente baja la indemnización fijada en \$ 50.000 en la instancia de origen, aspecto en el que corresponde modificar la decisión.

En definitiva, y en el entendimiento que la sentencia dictada en autos es justa en términos generales pero injusta en cuanto determina pecuniariamente la indemnización por el daño moral padecido por el actor, voto parcialmente por la afirmativa.

Los Sres. Jueces Dres. Viglizzo y Pilotti por los mismos fundamentos votaron en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR PERALTA MARISCAL DIJO:

Atento al resultado arrojado por la votación a la cuestión anterior, corresponde confirmar la sentencia dictada en autos en todo cuanto decide, excepto en lo que respecta a la determinación del monto indemnizatorio por daño moral, que debe elevarse a \$ 100.000 (cien mil pesos).

Así lo voto.

Los Sres. Jueces Dres. Viglizzo y Pilotti por los mismos motivos votaron en igual sentido.-

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Bahía Blanca, 19 de setiembre de 2006.

Y VISTOS: CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que la sentencia apelada se ajusta parcialmente a derecho, correspondiendo modificarla sólo en cuanto a la determinación del monto indemnizatorio.

Por ello, el Tribunal RESUELVE:

1) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto decide, excepto en la cuantificación de la indemnización fijada, que se eleva a la cantidad de \$ 100.000 (cien mil pesos).

2) Imponer las costas de esta instancia a la parte demandada. Hágase Saber y devuélvase.

Horacio Viglizzo - Abelardo A. Pilotti - Leopoldo L. Peralta Mariscal.

Ante mí: Fabiana Vera.