

F., O. A. s. Abuso sexual doblemente agravado y abuso sexual con acceso carnal doblemente agravado continuado

STJ, Corrientes; 06/11/2024; Rubinzal Online; RC J 12302/24

Sumarios de la sentencia

Testimonios - Recurso de casación - Víctima menor de dieciocho años - Convivencia preexistente - Víctima menor de edad - Rechazo - Valoración - Doctrina de la CSJN - Delitos contra la integridad sexual - Confirmación - Valor del testimonio de la víctima

Se rechaza el recurso de casación interpuesto por la defensa contra la sentencia que condenó al imputado a la pena de veinte años de prisión como autor de los delitos de abuso sexual agravado por la situación de guardador y aprovechando la situación de convivencia preexistente con menor de dieciocho años, bajo la modalidad de delito continuado, tres hechos, en perjuicio de tres niñas y abuso sexual con acceso carnal de una menor de trece años, agravado por la situación de guardador, y aprovechando la situación de convivencia preexistente con menor de dieciocho años, bajo la modalidad de delito continuado, respecto de otra damnificada, todos en concurso real y, en consecuencia, se confirma la condena impuesta al justiciado, toda vez que supuesta errónea valoración en relación a los testimonios que refiriera el impugnante y que ya fuera respondido por la Magistrada que lidera el fallo recurrido, no es tal, pues de la lectura de los fundamentos no se evidencia que el Tribunal haya cuestionado su verosimilitud o que se hayan puesto en dudas sus dichos, por el contrario, efectuaron una correcta ponderación en función de lo declarado, dando respuesta a la hipótesis formulada por el defensor al emitir sus alegatos conclusivos. Se pondera que la prueba fundante del decisorio en examen lo constituyen las declaraciones brindadas por las menores víctimas en la Sala de Entrevista Especializada ante la Psicóloga Forense y el informe que al respecto realizara la profesional; es en esa oportunidad donde las niñas relataron lo acontecido en el Hogar, brindando una declaración rica en detalles en cuanto al modo, tiempo y lugar. Cabe recordar, que este tipo de delito lleva ínsito una dificultad probatoria que exige al sentenciante un cuidado especial para sopesar las pruebas, en la mayoría de los casos de esta naturaleza, los lugares de comisión se corresponden a ámbitos

privados, alejados de la vista de terceras personas que conlleva a la ausencia de testigos directos y sin la existencia de rastros o evidencias físicas. Por ello, la declaración de la víctima juega un rol fundamental siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación, ya que es un medio de prueba que se privilegia frente a modos particulares de ejecución en los que deliberadamente se borran las huellas, o bien se trata de delitos que no dejen rastros de su perpetración o se cometen al amparo de la privacidad.

Texto completo de la sentencia.-

En la ciudad de Corrientes a los seis (06) días del mes de noviembre de dos mil veinticuatro, constituyéndose el Superior Tribunal de Justicia con sus miembros titulares Doctores, Alejandro Alberto Chain, Eduardo Gilberto Panseri, Guillermo Horacio Semhan y Fernando Augusto Niz, con la Presidencia del Doctor Luis Eduardo Rey Vázquez, asistidos de la Secretaria autorizante, Doctora Corina Elena Shpoliansky, tomaron en consideración el Expediente N° PXT 16926/18, caratulado: "F., O. A. POR SUP. ABUSO SEXUAL DOBLEMENTE AGRAVADO Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL DOBLEMENTE AGRAVADO CONTINUADO - VIRASORO". Los Doctores Alejandro Alberto Chain, Eduardo Gilberto Panseri, Guillermo Horacio Semhan, Luis Eduardo Rey Vázquez y Fernando Augusto Niz, dijeron:

¿QUE PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR EN AUTOS?

A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR ALEJANDRO ALBERTO CHAIN, dice:

I.- ANTECEDENTES.

Contra la Sentencia N° 6/22, dictada por el Tribunal Oral Penal (Hoy: Tribunal de Juicio) de la V Circunscripción Judicial, en cuanto resolvió: CONDENAR a O. A. F. filiado en autos, a la pena de VEINTE AÑOS DE PRISIÓN, y accesorias legales, como autor penalmente responsable de los delitos de ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR LA SITUACIÓN DE GUARDADOR, Y APROVECHANDO LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON MENOR DE 18 AÑOS DE EDAD, BAJO LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO, tres hechos, en perjuicio de M. G. M., M. S. A. y R. I. M., (art. 119, primer párrafo en función al quinto párrafo inc. b) y f), 40, 41, 45 del CP) y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL DE UNA MENOR DE TRECE AÑOS, AGRAVADO POR LA

SITUACIÓN DE GUARDADOR, Y APROVECHANDO LA SITUACIÓN DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON MENOR DE 18 AÑOS DE EDAD, BAJO LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO, respecto de A. N. S., (art. 119, tercer párrafo en función del primero y el cuarto párrafo inc. b) y f), 40, 41 y del 45 del CP), TODOS EN CONCURSO REAL, (art. 55 del C.P), el abogado defensor Doctor Emerson Enrique Dos Santos, deduce recurso de casación.

II.- Agravios.

El recurrente motiva su postulación en la normativa de los arts. 8, punto 2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos; art. 14 de la ley 48 y en esa línea en función de los artículos 493 inc. 1 y 2; 430 inc. 4; art. 129; art. 4 y ss. y concordantes del Código Procesal Penal; art. 18 de la C.N., y cc y art. 75 inc. 22 de la C.N.; a fin de obtener la resolución por la que se anule la sentencia dictada por el Tribunal, disponiéndose una sentencia conforme al razonamiento que surja de la valoración hecha por el S.T.J. en función de la impugnación articulada; por ser la sentencia violatoria de la doctrina legal de la sana crítica racional, del in dubio pro reo, defensa en juicio.

Se explaya en relación a la admisibilidad del recurso impetrado y a los fines de la exposición de agravios, duplica el hecho que el Tribunal tuvo por acreditado.

Refiere, que tal como dijo en su alegato, que se deben tomar los testimonios vertidos en debate por encima de los brindados en sede instructora, ya que es en la audiencia donde se da el verdadero contradictorio; que hace esta mención en razón de que el Tribunal al fundar su sentencia toma como válidos los dichos de los declarantes en instrucción por sobre lo que dijeron en debate; lo que perjudica en carga probatoria a su defendido y asimismo en otros tramos de la sentencia cuando los testimonios brindados en audiencia beneficia a su asistido los minimiza o pone en dudas, tal los testimonios de E. B. y T. R. S.

En relación a la declaración prestada por el acusado, se agravia del significado atribuido por el Tribunal a su testimonio.

Manifiesta, que la acusación no es más que la adjudicación de una innumerable cantidad de hechos sin dar precisiones y que esta gran cantidad de hechos son acciones contra una pluralidad de víctimas; pero tanto en la instrucción, el requerimiento y auto de elevación se la trato de una manera muy simple y no fue menos simple y sin precisiones el tratamiento que se le dio en debate y la sentencia no escapa a esta manera simple de tramitar algo tan complejo.

Critica la calificación legal dada a los hechos, pues el Tribunal trata a cada víctima por separado en cuanto a los hechos y trata de argumentar la existencia cierta de los mismos, pero este encuadre por separado tendría que haberse hecho conforme al encuadre jurídico conectando los elementos del tipo penal de la norma, con el hecho que se dice haberse probado y con la prueba objetiva de

ellos; esto último el Tribunal lo trata de manera errónea, en conjunto al final de la sentencia y de manera global; cuando cada caso en relación a cada víctima tiene sus particularidades propias desde el plano jurídico del tipo penal.

Indica, que el Tribunal expresa que se está ante un delito continuado, cuando no puede establecerse concretamente cuantos fueron ni en qué tiempo exacto sucedieron, lo que debe probarse y fundamentarse.

Reprocha la labor realizada por las psicólogas forenses, exponiendo que no tuvo el control de dicha prueba, aun cuando el imputado estuvo identificado desde el inicio de la investigación, lo que refleja falta de transparencia, y que la profesional encargada de la entrevista formuló preguntas indicativas.

Respecto al testimonio de S. A. P., refiere que testimonio una frase que dijo la psicóloga forense durante su entrevista a la menor de nombre M., que es que ahora se sienten seguras y contaron, por los que se cuestiona si contaba con información de la causa; como la palabra amenaza, como el hecho que dice que hablo con las menores cuando nadie en Santo Tomé asevera que haya estado con las nenas.

Señala, que los testimonios prestados por S. M. N. y V. A., se contraponen a lo declarado por S. A. P. y su compañera laboral C., declaraciones estas últimas que si fueron consideradas por el Tribunal, pero no los testimonios prestados en debate sino en instrucción, las que no gozaron del contralor de la defensa.

En relación a la acusación del delito cometido contra R. I. M., manifiesta que se retractó durante el debate, el Tribunal desconoce lo que dice la víctima y funda esa retractación en la posibilidad de proteger al imputado u otro motivo, lo que no puede ser dado que apenas si recordaba a su defendido, que el Tribunal afirma además que habría sido un solo hecho, con lo cual pasa de ser un delito continuado a uno instantáneo y por ello la sentencia tendría que ubicar con precisión, como cuando y donde sucedió.

Con respecto a la menor A. S., indica que su declaración queda desvirtuada por los testimonios de F. S. y A., que son personas que vivieron en esos momentos en el Hogar donde supuestamente habrían ocurrido estos hechos y que testimoniaron que nunca habían visto al acusado entrar a la pieza de la niña o en las habitaciones, lugar donde supuestamente ocurrieran los hechos.

Refuta, el argumento del Tribunal en relación al examen médico practicado a las menores, en tanto la Doctora C. denunció adulteración de documento público negando haber examinado a las menores lo que se encontraría corroborado con los testimonios de D. E. B. y T. R. S.

Denuncia, que el Tribunal introduce prueba de manera irregular e invalida la causa, valora prueba inexistente en el debate, menciona el hecho que no fue introducida por la Fiscalía ni ofrecida y aun así la valora; después de haber

quedado demostrado la irregularidad de la prueba conforme lo que surge del debate, del testimonio de la Doctora C., se valora una fotocopia sin fecha cierta y sin ninguna seguridad de juicio introducida en la causa en violación de los deberes de funcionario público de la secretaria relatora de la asesoría de menores; señalando que para dimensionar la irregularidad que no tiene fecha cierta, pero sin embargo dice estar realizado el 7 de febrero de 2.018 un día después de la supuesta orden judicial a la policial, que disponía el traslado a la menor al hospital para su examen ginecológico el 6 de febrero de 2.018 esto nunca sucedió en la práctica; pero hay que añadir a esto que esa fotocopia fue certificada por la policía, la misma policía que hizo los allanamientos en el hospital y en el Hogar de niños buscando esta evidencia con resultados negativos.

Formula reserva del caso federal.

III.- Dictamen Fiscal.

Cumplimentada con la vista al Ministerio Publico, conforme manda del artículo 501 en función del art. 489 del Código Procesal Penal, el Señor Fiscal General Doctor César Pedro Sotelo se expide por el rechazo del recurso impetrado, dictaminando en lo pertinente: "... se advierte que el Tribunal argumentó en forma detallada cada uno de los hechos por los cuales condena a O. A. F. y, aun cuando no pudo delimitarse en forma exacta el día exacto en que ocurrieron cada uno de los 4 (cuatros) hechos, situación propia que generalmente se da en este tipo de delitos, sí se determinó la franja temporal en la que ocurrieron los mismos. Todo lo analizado da cuenta de que los hechos que se le atribuyen O. A. F. se hallan fehacientemente acreditados por probanzas que fueron analizadas por el Tribunal de debate, brindando una calificación legal y pena que resulta acorde con las constancias de la causa y en estricta aplicación del Principio de la Sana Crítica Racional. En ese marco, a criterio del suscripto, las críticas formuladas por la defensa demuestran que se trata sólo de una mera disconformidad con los criterios vertidos en el fallo cuestionado, sin llegar a rebatirlos ni demostrar su absurdo, siendo oportuno recordar que: "Es deficiente la fundamentación que no demuestra que el a quo ha errado en la aplicación del derecho, así como la que no rebate los argumentos de hecho y de derecho de la sentencia apelada, oponiendo sólo una opinión personal distinta". (S.T.J. Cba., causa 60-8/10/85; S. Corte de Just. de Bs. As., causa P. 34627 - 28/6/88).Consecuentemente, por todo lo hasta aquí expresado y habiendo efectuado un análisis de los fundamentos otorgados por el Tribunal como así también los argumentos defensivos, este Ministerio Público dictamina por el rechazo del recurso impetrado".

IV.- De la Admisibilidad del Recurso Impetrado.

Inicialmente corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es definitiva; los planteos esgrimidos encuadran dentro de los motivos establecidos por el art. 493 y 494 del C.P.P. (de conformidad con la sentencia "Casal" - Fallos 328:3399), y se ha cumplido los requisitos de temporaneidad y fundamentación requeridos por el citado código ritual.

V.- Aclaraciones Previas.

Previo al responde los agravios, cabe destacar que el caso de autos versa sobre un acometimiento sexual cuya naturaleza y peculiares características exigen que sea abordado, a los fines probatorios, en base a las singularidades que la generalidad de estos hechos presentan y a la que no escapa el caso bajo análisis.

Como resulta claramente advertible, la mayoría de las probanzas producidas participan de naturaleza indiciaria, por lo que su valoración debe ser realizada con ajuste a las reglas que rigen este tipo de prueba, exigiendo poner especial atención en su integralidad y en su interrelación dinámica (Luigi Ferrajoli, Derecho y razón, ed. Trotta, séptima edición, Madrid, 2005, p. 130; íd., Karl Mittermaier, Tratado de la prueba en materia criminal, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 447; íd., Eduardo Jauchen, Tratado de la prueba en materia penal, ed. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002).

Como se encargaba de puntualizarlo clásicamente François Gorphe (La apreciación judicial de las pruebas, ed. Fedyé, Buenos Aires, 1967, p. 261), el indicio "comprende todo hecho o circunstancia que tiene relación con el hecho investigado y permite inferir su existencia o modalidad; puede decirse que abarca todo lo que no entra en las demás pruebas..." Precisa (op. cit., p. 262) que "esta prueba, basada en la inferencia o el razonamiento, tiene, pues, como punto de partida hechos o circunstancias que se suponen establecidos y cuya relación con el hecho investigado, que es la X del problema, se trata de deducir, ya se trate de una incógnita que debe ser determinada, de un dato que debe completarse o de una hipótesis a verificar, tanto sobre la materialidad del delito como sobre la identificación del culpable y las circunstancias del acto incriminado. La prueba reside esencialmente en la inferencia que induce del hecho conocido el hecho a probar, de donde surge su carácter indirecto: el resultado se obtiene por razonamiento, en lugar de ser verificado o declarado verbalmente o por escrito como en las demás pruebas". Dice que "es una prueba de segundo grado en el sentido de que se apoya sobre los datos de otras pruebas por las que pudo conocerse el hecho indiciario circunstancial: verificaciones, testimonios o peritajes", concluyendo que esta prueba "vale mucho menos por el significado de cada indicio en particular, que por el del

conjunto de indicios: allí donde uno solo no alcanza a ser probatorio, una pluralidad concordante es concluyente". Admite que "si bien esta prueba tiene la desventaja de ser indirecta, más o menos compleja y generalmente fragmentaria, tiene en cambio la ventaja de ser objetiva, basada en hechos". A la hora de inquirir acerca del valor probatorio de los indicios, destaca, siguiendo a Ellero (op. cit., p. 268), que el criterio a aplicar consiste en verificar que "una circunstancia indica tanto más un hecho cuanto menos puede indicar otros hechos diferentes (...). Cuando un hecho sólo puede ser atribuido a una sola causa, constituye un indicio necesario; cuando puede ser atribuido a varias causas no es más que indicio probable y, en este caso, faltará determinar entre las causas posibles la verdadera; ésta se convierte en un indicio necesario cuando se pueden excluir todos los acontecimientos posibles, excepto uno". p. 585).

En ese sentido, considero que en casos como el presente, se debe analizar el plexo probatorio en su integralidad, a fin de cotejar la unicidad de sentido en los indicios tanto respecto a la existencia del hecho como, en su caso, a la autoría.

VI.- Del Hecho Acreditado.

Para una mejor comprensión del caso traído a estudio, estimo pertinente reproducir el hecho que el Tribunal, luego del análisis probatorio tuvo por acreditado: "Durante el período comprendido entre mediados del mes de agosto y mediados del mes de diciembre de 2017, O. A. F., junto a su mujer A. P. y sus hijos se instalaron en el domicilio ubicado en el barrio xxx viviendas, Manzana x casa N° x, de Gobernador Virasoro, donde funcionaba el Hogar de niños María de Nazareth, quedando designada como responsable la señora P., pero cumpliendo roles de cuidadores u orientadores ambos cónyuges. Durante ese lapso, más probablemente desde el mes de octubre el imputado O. A. F. abusó sexualmente de al menos cuatro de las menores que vivían allí, de nombres M. S. A. (9 años), M. G. M. (13 años), R. M. (16 años) y A. N. S. (9 años), aprovechando la situación de convivencia y su rol de cuidador de las mismas. Respecto de las tres primeras, consistían en tocamientos en sus partes íntimas, pecho, cola y vagina, por debajo de la bombacha, en relación a la última nombrada, además hubo penetración vía vaginal, sucedían en horas de la noche, valiéndose de que por su corta edad no podían consentir tales actos, además de proferirle amenazas, los cuales ocurrieron en muchas oportunidades, sin que pueda establecerse y separarse cada una de ellas...". (Sent. fs. 857) VII.-

Del Tratamiento de los Agravios.

Entrando al tratamiento de los agravios, el recurrente direcciona su crítica a la valoración probatorio del Tribunal que autorizo a tener por acreditado los hechos enrostrados al acusado; como a la subsunción legal del accionar de su asistido.

Por lo que en función del criterio adoptado por nuestro más Alto Tribunal en el precedente "Casal", siendo reiterado por numerosos fallos de este S.T.J. sobre la base de la doctrina alemana del "Leistungsfähigkeit", este "... tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable..." -punto 23 in fine, Casal-, por consiguiente en prevalencia del "doble conforme", y en aras del derecho de revisión del imputado a fin de dar acabada respuesta a los agravios formulados por el defensor entiendo corresponde expedirme en relación a la valoración de las pruebas que efectúa el Tribunal para tener por acreditado los delitos reprochados al condenado O. A. F.

Avocándome al responde de los agravios; la primer queja que formula el recurrente es la preponderancia que brinda el Tribunal a las delaciones prestadas por los testigos en sede instructora, por sobre las declaraciones prestadas en el debate, lo que perjudica a su defendido, en razón de las contradicciones en las que habrían incurrido.

Cotejado que fueren las actuaciones se advierte que las mismas se inician en fecha 3 de enero de 2018 y que el Juicio principia en fecha 2 de marzo de 2022; por lo que es lógico suponer que la memoria de los testigos, la mayoría de ellos oídas, no logren reproducir en plenitud lo declarado en sede instructora, siendo necesario por ello recurrir a las declaraciones prestadas en los albores de la investigación, todo ello conforme lo autoriza la normativa del inciso 2° del artículo 414 del Código Procesal Penal vigente al momento del hecho.

Debiendo destacarse que el recurrente, no detalla cómo esta circunstancia cercena derecho alguno de su asistido; pues en el caso se reitera se trata de testigos de oídas que dan cuenta de lo que le narraran las menores víctimas y que en modo alguno resultan dirimientes para acreditar la existencia del hecho o desvirtuar su materialidad.

Cabe además resaltar que el defensor en todo momento tuvo acceso a las actuaciones, las presentaciones efectuadas a lo largo del proceso en las distintas instancias así lo demuestra; por lo que no puede aducir se afecta el derecho de defensa al recordarse a los testigos lo declarado en sede instructora; pues los testigos comparecieron a debate y es en esa oportunidad y atento al tiempo transcurrido que se procede a la lectura de las declaraciones prestadas ante la Juez de Instrucción, testimonios estos que eran de su conocimiento, cabiéndole la posibilidad y la oportunidad de cuestionar esas declaraciones y desacreditar sus dichos a través del respetivo contrainterrogatorio.

Así la supuesta errónea valoración en relación a los testimonios de E. B. y T. R. S., que refiriera el impugnante y que ya fuera respondido por la Magistrada que lidera el Fallo, no es tal; pues de la lectura de los fundamentos no se evidencia

que el Tribunal haya cuestionado su verosimilitud o que se hayan puesto en dudas sus dichos; por el contrario efectuaron una correcta ponderación en función de lo declarado, dando respuesta a la hipótesis formulada por el defensor al emitir sus alegatos conclusivos al decir: "... También se apoya (la defensa) en los testimonios de D. E. B. y T. R. S., quienes trabajaban en turnos en el Hogar San Francisco de Asís, sosteniendo que ellas afirmaron que jamás salieron del hogar las nenas en la fecha que figura en la planilla del Hospital. Pero sin embargo B. dijo que no se acordaba, que ella trabajaba a la mañana y S. dijo que no vio que salieran en su turno, lo cual no es tan categórico como ha planteado el defensor" (Sent. fs. 852 y vta.).

De igual modo el testimonio prestado por S. A. P. quién era la Coordinadora de Instituciones de la Dirección de los Derechos de la Niñez y Adolescencia y Familia de Virasoro (Ctes) en audiencia oral que expresamente manifiesta que no recordaba todo lo que le narraran las menores por lo que se remitía a su declaración en instrucción y por la testigo M. E. C. en tanto que supuestamente contradicen lo declarado por S. M. N., quien era la Directora del Hogar de Niños "San Francisco de Asís" y A. V. denunciante encargada del turno noche; en el sentido que las dos primeras nunca se hicieron presentes en la ciudad de Santo Tomé y mantuvieron una entrevista con las menores víctimas, o lo que pudo percibir la Señora S. N. al conversar con las menores; el recurrente nuevamente omite demostrar como tal circunstancia permite desvirtuar la materialidad del hecho y la autoría de su defendido; en tanto las testigos S. A. P. y M. E. C.; prestan una declaración de "oídas", es decir no percibieron los hechos a través de sus sentidos sino que narran lo que les fuera transmitido por las menores y como tal su testimonio reviste la calidad de indicio, no constituyendo una prueba directa del hecho luctuoso adjudicado a su defendido.

Tengo presente que la prueba fundante del decisorio en examen, tal como se desprende de las consideraciones del Fallo en análisis, lo constituyen en el caso las declaraciones brindadas por las menores víctimas en la Sala de Entrevista Especializada ante la Psicóloga Forense y el informe que al respecto realizada la profesional; pues es esa oportunidad donde las niñas relataron lo acontecido en el Hogar, brindando una declaración rica en detalles en cuanto al modo, tiempo y lugar.

Cabe recordar, que este tipo de delito lleva ínsito una dificultad probatoria que exige al sentenciante un cuidado especial para sopesar las pruebas, en la mayoría de los casos de esta naturaleza, los lugares de comisión se corresponden a ámbitos privados, alejados de la vista de terceras personas que conlleva a la ausencia de testigos directos y sin la existencia de rastros o evidencias físicas. Es así, que la declaración de la víctima juega un rol

fundamental en estos casos, al decir de la C.S.J.N. que "[...] la declaración testimonial es un medio de prueba que se privilegia frente a modos particulares de ejecución en los que deliberadamente se borran las huellas, o bien se trata de delitos que no dejen rastros de su perpetración, o se cometen al amparo de la privacidad. En tales supuestos a los testigos se los llama necesarios. [...]" Tribunal Superior de Justicia CABA. Fallos 309:319. (Sent. N° 80/15); y en este sentido éste Tribunal en numerosos pronunciamientos ha dicho, que en casos como el presente, que no suceden a "coram populo", los dichos de la víctima son válidos para fundar la sentencia condenatoria. (Sent. N° 40/06, 98/07; 28/09; 96/09, 152/15 del S.T.J. Ctes.). tener la verosimilitud de los dichos de la víctima. A su vez, la Corte Interamericana en los casos Fernández Ortega y Rosendo Cantú estableció el valor probatorio fundamental del testimonio de las víctimas, en aquellas situaciones que por su modalidad carecen de testigos u otras pruebas. Sostuvo que: "a la Corte le resulta evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho" (conf. párr. 100 y 89 respectivamente).

Por lo tanto el valor probatorio del testimonio de la víctima en casos donde por su especial modo de comisión no puedan ser corroborados por otros medios, no puede ser soslayado o descalificado dado que ello constituiría una forma de violencia institucional revictimizante contraria a los parámetros internacionales en la materia.

No obstante lo cual, ello no transforma la naturaleza jurídica del acto, pues siempre se trata de la declaración de un testigo, donde en el caso, las menores brindaron un relato detallado de lo padecido, lo que generó convencimiento al Tribunal en cuanto a la materialidad de los hechos y el desempeño del autor.

Ahora bien, en relación a los hechos que tuvieron por víctima a la menor R. I. M., que durante el decurso de la audiencia oral, niega cualquier acto de agresión sexual por parte del acusado; razón por la cual el Tribunal decide estar a lo declarado en los albores de la investigación; dicho agravio no puede ser receptado a fin de descartar la materialidad de estos hechos.

En efecto, los Sentenciantes al momento de dictar un veredicto; y ante las declaraciones contrapuestas brindadas por la víctima, conforme se desprende de los fundamentos plasmados en el fallo en examen, brindan preponderancia a la declaración prestada por la víctima en los albores de la investigación; he ahí el motivo de agravio del recurrente; quién soslaya considerar que específicamente

en relación a la declaración de la víctima prestada en audiencia oral, sabido es que cuando un testigo brinda dos declaraciones que se contraponen entre sí, resulta procedente valorar aquella que posea mayor grado de verosimilitud en relación con las pruebas producidas en el proceso y en estas hipótesis, cabe asignar el valor verdad a las delaciones originales de la víctima, ya que en la especie, se pesan los indicios de espontaneidad (siguiendo a GORPHE, 'Apreciación Judicial de las Pruebas', 1.985, ed. Temis, p. 318), y de credibilidad. Que, este mérito conviccional de reposar la credibilidad en la versión original, en desmedro de las posteriores, ha sido criterio de este Superior Tribunal (entre otros, en: Sentencia N° 34, del 12/03/08), al señalar que: "... El a quo, luego de realizar una detallada y fundada relación de los hechos, en cuanto a las modalidades circunstanciales, de los hechos abusivos (ver sentencia a partir de fs. 194), y de analizar las probanzas, transmite su certeza que le hizo prevalecer como verídica, la primera acusación del grupo femenino sobre la vertida en el debate, dando fundamento que la versión inicial de las menores fue realizada con espontaneidad, inmediatamente de formulada la denuncia, lo cual sumado a los informes médicos y psicológicos también practicados en fechas cercanas a la formulación de la denuncia, que dan cuenta de... adunadas a los informes psicológicos que certificaron la existencia de deterioro mental en las menores, con secuelas permanentes, como resultado del Abuso Sexual Infantil sufrido, le otorga absoluta credibilidad a la primera acusación, en detrimento de los dichos los formulados en el debate, cuando la madre pudo influir sobre las menores...". Cabe aclarar que en los casos de retractación de las víctimas de agresión sexual que cambian su relato posteriormente negando lo hechos diciendo que es una mentira; es dable otorgarle crédito a la declaración dada por la víctima en los albores del proceso, los que ciertamente reflejan un indicio de espontaneidad avalado, en el supuesto, por el informe psicológico que da cuenta de los indicadores de la situación de violencia vivenciada, en desmedro de la retractación realizada por la víctima al desvincular al encartado durante el plenario lo cual resulta contradictorio frente a los demás elementos que corroboran la primigenia versión brindada,; por lo que dicha situación debe ser evaluada con razonabilidad; pues este proceder no resulta extraño a la valoración a efectuar por el tribunal sentenciante, así se ha expresado en sostenido criterio: "[...] Al respecto es facultad de elección del a quo, entre las testimoniales prestadas por una misma persona, en el curso del proceso, se encuentra reconocida: "Prescindir de la prueba testimonial por la existencia de testimonios contradictorios o discordantes entre sí constituye una posibilidad decisoria que no es desaprobada por la ley, pues, cuando las contradicciones son graves o recaen sobre el hecho principal, le corresponde al juez determinar qué

testimonios debe descartar o valorar." (Corte de Justicia de la Provincia de Salta • 26/12/2006 • Yurquina, Carlos R. s/rec. de casación • L. L. Online). - STJ Sent. N° 14/2009).

En efecto, la retractación no resulta concordante, porque cuenta con un abundante plexo probatorio, los cuales son elementos objetivos que corroboran los datos vertidos en relación al hecho delictivo denunciado primeramente, por lo que los dichos anteriores, se encuentran apoyados en una integración armónica de varios elementos objetivos de importancia que permiten fundar debidamente la acreditación del hecho.

De igual modo y en relación a la menor A. S., que fuera víctima del delito de agresión sexual con acceso carnal, pretendiendo que las declaraciones prestadas por F. S. y A. P. (esta última ex concubina del acusado), desvirtúen la materialidad del hecho reprochado a su defendido; tampoco puede prosperar, pues la declaración de estos testigos quienes ante las preguntas formuladas declararon no haber visto nada; nada aportan para desacreditar la existencia del hecho y la autoría del acusado; que halla sustento en la declaración prestada por la menor víctima que sindicó al imputado O. A. F. como el responsable de la agresión sexual que padeciera quien al respecto declaró: "... cuando vivimos en aquel hogar... vino ese señor y esa señora y ahí fui la primera que me empezó a abusar a tocar todo...O. F... cuando todos dormían... yo vivía con tres chiquitos... y se iba a molestarme a mí y a otra chica... Lic. Eso que pasaba, en tu habitación o la de él? En mi habitación... era de noche... a la madrugada...y ahí iba a molestar... Lic. Te decía algo? No me acuerdo que me decía... a la noche me molestaba me toqueteaba o me besaba ... en la boca, me besaba sino ponía su dedo en mi parte, sino el por lo menos cuando todos dormían nadie se daba cuenta, ni la mujer, él hacía cosas zarpadas conmigo... ponía su pene en mi colita... Lic. estaban con ropa o sin ropa? él nunca me dijo que me saque la ropa... Lic. pero cuando vos decís que él ponía su pene en tu cola, vos estabas con ropa o sin ropa? Sin la bombacha él me decía que me baje la bombacha... Lic. vos viste si te lastimó? Vos viste si te sangro? A mí ya me hicieron la revisión. Lic. vos viste si quedo sangre? Paso muchas veces ... Yo le conté a una chica que se llama R... Lic. Alguna vez te amenazó? Por lo menos decía que si se iba preso...nos decía que iba a pegarnos...que nos iba a matar... a veces a escondidas me tocaba...". (Sent. fs. 852).

Respecto a este hecho, también agravia al impugnante la ausencia de un certificado médico que acredite efectivamente el delito de agresión sexual con acceso carnal, dando detalles sobreabundantes de lo ocurrido en etapa instructoria y denunciando supuestas irregularidades ocurridas durante el debate, las cuales no surgen de la lectura del Fallo; ello así porque no se

introdujo de manera irregular prueba alguna al proceso, dando cuenta la Señora Magistrada que lidera el Fallo. "... la defensa da por sentado que estas chicas jamás fueron examinadas, sin embargo debe tenerse presente que la propia A. en su relato dice le hicieron la revisión, que la revisó una doctora y no vio sangre. Si bien no fue ofrecido por la fiscalía y por tanto tampoco fue incorporado como prueba documental el certificado médico de fs. 330, suscripto por la Dra. A., que sí ha sido meritado por el Fiscal al realizar el requerimiento de elevación a juicio (ver punto k) de fs. 546 vta.) para tener por configurado el acceso carnal, en razón que allí se hace constar que la niña A. S. presentaba desfloración, puede resultar un indicio de corroboración del testimonio infantil, teniendo en cuenta que oportunamente el letrado dedujo nulidad contra la incorporación de la documental en la etapa de instrucción, que fue rechazada y confirmada por la Alzada en Incidente II1 16926/06 (fs. 494/496), y a su vez se agravió de ello al apelar el auto de procesamiento, en cuyo rechazo la Alzada se remitió a lo dicho en el incidente citado. Pero reitero, tampoco es dirimente como lo hace valer para excluir responsabilidad al acusado, pues no podemos afirmar que la niña no haya sido desflorada con anterioridad. Por otra parte, como suele pasar en gran parte de los procesos que se inician al cabo de muchos años de guardar en secreto los abusos las víctimas, no podrían probarse los hechos. Además, se olvida la defensa que esta menor también refirió tocamientos y manoseos en partes íntimas al igual que sus compañeras. Entonces, la labor de los profesionales especializados en temas como el que nos ocupa, permite darle mayor consistencia a los relatos de las víctimas porque ellos a través del conocimiento de la técnica del funcionamiento de lo psicológico, pueden detectar claramente los casos en que los dichos responden a una preparación previa, sin sustento en la realidad, que no es el caso conforme lo aseverado por la Psicóloga Forense...", por lo que habiendo brindado los sentenciantes una respuesta acorde a derecho, resulta un desgaste jurisdiccional que el quejoso reedite en esta instancia planteos que fueron sobradamente tratados en la instancia anterior, sin adicionar ninguna particularidad que amerite su revisión; resultando un absurdo afirmar que no se pueda acreditar la existencia de una agresión sexual con acceso carnal, ante la ausencia de un certificado médico; máxime cuando existen elementos indiciarios que analizados en forma conjunta y armónica a la luz de la sana crítica, reflejan que la conclusión condenatoria no padece los vicios de absurdo o arbitrariedad.

En función de lo expuesto, estimo pertinente destacar que los planteos traídos a estudio no encuentran correlato en las constancias comprobadas en la instancia anterior.

Los señores jueces, luego del debate, aceptaron la proposición acusatoria en

términos de hecho y de derecho.

Volviendo al análisis del valor probatorio de los testimonios colectados; paradójicamente ocurre lo que, constituye es una de las mayores dificultades que previene la tesis del máximo rendimiento; me refiero a que el revisor se encuentra con el inconveniente que implica la ausencia de percepción directa de alguna prueba, que llega siempre a través de intermediarios; una limitación "natural" que se reconoce en "Casal". Es lo que sucede, en el caso, con la prueba de testigos que es capital a la hora de decidir, la que si bien arriba a conocimiento, no reemplaza la noción de los jueces de juicio. No obstante ese reparo, al que se puede añadir el de orden "normativo" cuál es que puede quebrarse el principio de oralidad y publicidad. Creo, entonces que no puede dudarse respecto del episodio en su objetiva materialidad.

Porque ni la Magistrada votante en primer término ni sus colegas, realizaron alguna operación intelectual contraria a las reglas del recto pensar, dando valor a los testimonios que les parecieron más convincentes -de los que tomaron las partes que más se adecuaban a las evidencias objetivas desechando otros que, a la luz de lo escrito, no resultaban satisfactorios como bien lo describe, dando razones a ello.

No debe olvidarse que en la apreciación de los testigos (irrepetible en esta instancia) juega la captación de los jueces que inmediatamente escuchan lo que es objeto de las expresiones que vierten.

A la hora de formar convicción son ellos los que efectuarán con mejor precisión la selección a la que se ven obligados cuando algún órgano es disonante, como en el caso.

De allí que quien se involucra en la tarea de escrutar este aspecto, frente a la queja de un agraviado, ha de tomar en consideración la corrección del discurso en sí mismo y en sus vínculos con otros datos externos y objetivos.

He dicho en otras ocasiones que arbitraria es la sentencia que no da razones o cuyas razones trasiegan de modo intolerable las reglas de la lógica, la experiencia o la psicología y que un adjetivo tal implica reconocer (o denunciar para el caso de la que viene en casación) que el acto jurisdiccional de que se trata es el producto del arbitrio o capricho de los jueces antes que una derivación razonada del derecho vigente atendida a las constancias de la causa, constituyendo un verdadero abuso del poder estatal del que, aquellos los jueces, están investidos.

Desde un ángulo inverso el mote de arbitrario no lo merece una manifestación jurisdiccional por el sólo hecho de que la conclusión a que se arriba no es la que estima el recurrente debiera haberse arribado; sólo lo sería si encontrara su base en prueba inexistente o falseada en su realidad o significado, o si careciera

de racionalidad.

Tampoco aquella padece del defecto porque esté en contra de alguno o algunos de los elementos probatorios de la causa. El sentido y grado de convicción que refleja la motivación de la sentencia debe ser cotejado con la racionalidad y aptitud que tiene la prueba enunciada para generar tal convencimiento, más allá de que sus conclusiones puedan escapar al control porque dependen de la inmediatez propia del debate y se encuentran expresamente vedadas a esta instancia por la limitación que, por esencia, reconoce la teoría sentada en "Casal".

Consecuentemente, el tribunal casatorio no puede so pena de la teoría del máximo rendimiento, desnaturalizar el grado de convicción que cada testigo provoca en el "a quo", cuando otorgó valor de cargo a las mismas y da acabada cuenta de ello para fundar su convicción y ánimo para ser tenida en consideración. (Sent. N° 175/2015 del ST.J.). Y así lo hizo el tribunal con respecto a las declaraciones de la víctima, que el impugnante pretende desvirtuar en esta instancia, los que han sido correctamente apreciados.

Relacionado con lo expuesto y en razón de que alega el quejoso afectación al derecho de defensa, en tanto no participó de las entrevistas practicadas a las menores víctimas en la Sala de Entrevistas Especializadas.

Cotejadas que fueren las actuaciones, tal como lo destaca el Tribunal en los fundamentos del fallo en examen en Sala de Entrevistas Especializadas se ordenó en fecha 26 de enero de 2018 (fs. 8) al procederse por instrucción formal, sin que se haya imputado a F. (no obstante estar sindicado en el requerimiento de instrucción formal), se realizó el día 16.02.2018 (ver fs. 68), y la detención de F. se dispuso en fecha 19 de febrero de 2018 (fs. 42), siendo aprehendido en fecha 14 de marzo de 2018 (fs. 74); quedando evidenciado de esta manera que si bien el acusado estuvo identificado desde los albores de la investigación recién desde el momento de su aprehensión ocurrida casi un mes después de librada la orden, tuvo participación en el proceso.

Tal como se desprende del análisis de las actuaciones; el Defensor en reiteradas oportunidades introdujo diversos planteos en relación a la falta de contralor por su parte de las declaraciones prestadas por las menores en Sala de Entrevistas Especializadas, planteos éstos que fueron rechazados fundamentalmente por los Magistrados de las distintas instancias; reeditando ante este Tribunal casatorio cuestiones que ya fueron resueltas sin adicionar motivo o particularidad alguno para que este Cuerpo se avoque nuevamente a su tratamiento.

Sin perjuicio de lo expuesto, estimo pertinente a fin de brindar una respuesta al justiciable reiterar, en relación a la declaración de la menor víctima; que el procedimiento previsto para su declaración se encuentra regulado en el orden

provincial en el artículo 250 bis del Código Procesal Penal, incorporado por Ley N° 5889 donde específicamente se establece:

"Cuando se trate de víctimas de delitos tipificados en el Código Penal o Leyes Especiales, que a la fecha en que se requiera su comparencia no hayan cumplido los dieciséis años de edad se seguirá el siguiente procedimiento: a) Los menores aludidos solo serán entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designado por el Juez o Tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes. b) El acto se llevará a cabo en un recinto acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor. c) En el plazo que el Juez o Tribunal disponga el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arribare. d) A pedido de parte o si el Juez o Tribunal lo dispusiera de oficio, las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En ese caso, previo a la iniciación del acto el Juez o Tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes, así como las que surgieren durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional del menor..."

De esta manera, es que la Ley buscando la protección psíquica de los menores que han sufrido en éste caso un ataque de índole sexual, es que introduce al auxiliar de la justicia como en este caso lo son los psicólogos forenses, para hacer las preguntas sobre el hecho.

No obstante, estimo que asiste razón al recurrente al afirmar que el imputado conforme la normativa de los artículos por lo que en el Artículo 8.2 inc. f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14, 3° párrafo inc. "e" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ambos con jerarquía constitucional conforme manda del artículo 75 inc. 22 , tiene derecho a confrontar a los testigos de cargo; sin embargo no menos cierto es que la menor víctima goza de la misma manera de derechos constitucionales tendentes a evitar su revictimización así la Convención Internacional de los Derechos del Niño que establece que los Estados partes respetaran los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna (art. 2.1); que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño 10 (art. 3.1); que los estados partes deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso, incluido el abuso sexual, mientras en niño se encuentre bajo la

custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo; estas medidas deberán comprender procedimientos eficaces para la prevención y para la identificación, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y según corresponda la intervención judicial (art. 19); los Estados partes adoptaran todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abuso, fomentando el respeto de sí mismo y de su dignidad (Art. 38).

En el mismo sentido la GUIA DE BUENAS PRACTICAS - PARA EL ABORDAJE DE NIÑOS/AS ADOLESCENTES VICTIMAS O TESTIGOS DE ABUSO SEXUAL Y OTROS DELITOS - PROTECCION DE SUS DERECHOS, ACCESO A LA JUSTICIA Y OBTENCION DE PRUEBAS VALIDAS PARA EL PROCESO", se trata de un instrumento redactado por JUFEJUS y UNICEF con la finalidad específica de resguardar la integridad psico física de los vulnerables surgiendo de su lectura principios generales que deben ser respetados y garantizados en toda investigación de estos delitos y el abordaje y la protección de los niños, niñas y adolescentes; poniendo particular énfasis en la no revictimización de los menores; recomendando que relaten lo sucedido por única vez durante la entrevista de declaración testimonial. Siendo para ello, fundamental que una profesional específicamente capacitada la lleve a cabo lo antes posible y la videograbee. De esta manera, evitará que la NNyA reitere en distintas oportunidades y a diversos actores los detalles sobre los hechos denunciados durante las distintas instancias y etapas del proceso judicial, incluso el juicio oral, de esta forma se tiende a evitar la revictimización que supondría un nuevo llamado a prestar declaración, sumado a los riesgos de deterioro del recuerdo, la posibilidad de influencias o intimidaciones externas - tanto para que se calle como para que se retracte- y a la afectación de su predisposición a volver a relatar los hechos. Que, en lo referente a los actores que pueden y/o deben estar presentes para que la entrevista de declaración testimonial pueda ser utilizada como prueba válida dentro del proceso y no deba ser reiterada se establece; "sin embargo, es imprescindible que se garantice la protección de la NNyA de manera que no se produzcan cruces visuales con el imputado ni exista la posibilidad de que la NNyA lo escuche. Por ese motivo, se recomienda que el imputado presencie el desarrollo del acto a través del sistema de CCTV en una sala apartada a la de la toma de declaración. De no contar con la disponibilidad de este dispositivo, se recomienda que su presencia no sea permitida en la sala de observaciones contigua a la sala de toma de declaración y que se tomen todas las medidas necesarias para garantizar la protección de la NNyA. El imputado sí deberá estar presente durante la instancia de juicio oral, cuando se

reproduce el video de la declaración testimonial, ya que la NNyA no estará presente en ese acto.

Considero necesario destacar que, si bien asiste derecho al imputado a confrontar a los testigos de cargo; no debe omitirse considerar que el límite del goce de los derechos lo constituyen los derechos de los demás; por ello se permite que el Estado los restrinja a fin de armonizarlos, porque en definitiva de lo que se trata es que todos los derechos de todas las personas puedan coexistir.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo destacable concertó la relación entre el derecho de defensa y el interés superior del Niño, exponiendo la Ministra Highton los motivos por los cuales las víctimas de abuso sexual menores de edad se encuentran en condiciones de vulnerabilidad. Destacó las razones por las cuales ante estos casos los jueces deben adoptar medidas que resulten adecuadas para moderar los efectos negativos del delito (victimización primaria) y también deben procurar que el daño sufrido no se vea incrementado como consecuencia del contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria), recalcando que se debe proteger la integridad física y psicológica de la víctima en todas las fases del proceso. Sosteniendo que en aquellos supuestos en que sea necesario restringir el derecho del imputado, debe hacerse en la medida estrictamente necesaria para preservar la salud psicofísica de la damnificada, que cuando ese derecho se limite se deberá compensar con otras pruebas que la defensa pueda fiscalizar, todo ello en el entendimiento de que no toda restricción del derecho a interrogar es incompatible con la noción de juicio justo, en tanto y en cuanto no se resigne definitivamente mantener el equilibrio que debe mediar entre la acusación y la defensa (conf. CJSN, 7/6/11, "Gallo López, Javier s/ Causa N 1 2222, G. 1359. XLII). (STJ Sent. N° 166/21).

Siguiendo los lineamientos señalados por el Máximo Tribunal, entiendo que el relato de las menores recepcionado en la Sala de Entrevista Especializada, grabado en soporte CD para su posterior reproducción remedia la ausencia del imputado a la par que configura una garantía a su favor, habida cuenta que también puede servir a su auxilio tal como ocurriría en el supuesto de que la conclusión de dicha declaración sea que provienen de una personalidad fabuladora.

Que en razón de lo expuesto la circunstancia de que el imputado no haya sido citado a la entrevista en la Sala Especializada, a las menores víctimas, no va en desmedro del derecho de defensa, puesto que las posibilidades de control de la prueba se preservan.

De igual forma, en todo momento le asistió a la defensa el derecho de visualizar

dicha entrevista en forma previa a la realización del Juicio, y de esta manera peticionar si lo estimaba pertinente la realización de una nueva a fin de dilucidar las cuestiones que estima controvertidas o que le resultaran necesarias esclarecer; advirtiendo que si bien el recurrente peticona la realización de una "Cámara Gesell", no informa los motivos de la misma razón por la cual y conforme previo dictamen del Ministerio Público Fiscal, de la Asesoría de Menores y de la Psicóloga Forense, en relación a su conveniencia a fin resguardar la integridad de las menores víctimas, la Señora Juez de Instrucción decide rechazar dicha petición (ver fs. 243/254).

En cuanto a que la entrevista a tenor del artículo 250 bis del Código de rito fue "dirigida" por la Psicóloga Forense Licenciada que introdujo preguntas indicativas, lo cierto es que cotejado que fueron los fundamentos de la Sentencia el Tribunal indicó dicha circunstancia en relación al hecho que tuviera por supuesta víctima a la menor E. A. L.; descartando la acusación en razón de que la acusación no logro reconstruir ese hecho, no gozando el relato infantil de garantía de fiabilidad por parte de quien la entrevistó; no surgiendo dicho direccionamiento en las entrevistas mantenidas con las restantes menores, por lo que su agravio en esta temática en función de los fundamentos expuestos no puede tener acogida favorable.

Atento a lo expuesto considero atinada la solución dada por el tribunal de juicio máxime cuando en el caso en estudio se está ante víctimas femeninas por lo que se puede considerar a este ataque como violencia de género; recordando que una de las definiciones más aceptadas es la aprobada en diciembre de 1993 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la "Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer", y que indica que este tipo de violencia se refiere a: "... todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la vida privada..." (Asamblea General de la ONU. Resolución 48/104, 20 de diciembre de 1993). Según el autor español Celis Estibalis conceptúa: "... agrupa todas las formas de violencia que se ejercen por parte del hombre sobre la mujer en función de su rol de género: violencia sexual, tráfico de mujeres, explotación sexual, mutilación genital, etc. independientemente del tipo de relaciones interpersonales que mantengan agresor y víctima, que pueden ser de tipo sentimental, laboral, familiar, o inexistentes...". (De Celis, Estibaliz (2011). «Prevención de la violencia de género». En Pérez, Jesús; Escobar, Ana. Perspectivas de la violencia de género. Madrid: Grupo 5 Editorial. pp. 292, p. 95) (<http://es.wikipedia.org/wiki/violencia>). De igual manera la declaración prestada por el encartado y que conforme lo

expresara el recurrente fuera apreciada erróneamente, la interpretación brindada por el Tribunal, es a la luz de los elementos de convicción colectados, lo correcto; pues no debe olvidarse que la versión dada por el imputado carente de sustento probatorio no hace prueba por el solo hecho de lo declarado y para gozar de verosimilitud debe contar con el auxilio sucesivo de elementos que le sirvan de apoyo [...] máxime si el declarante pretende desincriminarse con esa declaración como ocurre en el caso en examen. (Sent. N° 25/19) al traer a colación hechos similares sucedidos y en los cuales oportunamente recayera sentencia condenatoria.

En cuanto a la calificación de los hechos, que el recurrente estima errónea en función del tratamiento de los hechos expuesto en la Sentencia, nuevamente se aprecia que no le asiste razón; pues se aprecia que el Tribunal por una cuestión claramente de orden expositivo; deslindo los hechos enrostrados en función de las diversas víctimas; pero ello no conlleva a una modificación en la calificación legal, de modo tal que deba descartarse la modalidad de delito continuado.

En ese sentido, tengo presente que el delito continuado se caracteriza porque la pluralidad de hechos -de ahí que su diferenciación deba hacerse del concurso real- se subsumen en "un tipo semejante que se repite (...) se trata de una homogeneidad material, no necesariamente de una homogeneidad típica" (De la Rúa - Tarditti, Derecho penal - Parte General, Hammurabi, 2014, t. 2, pp. 390 y ss.); esta creación doctrinal y jurisprudencial ha venido a dar solución a aquellas situaciones de pluralidad de acciones, en que no existen elementos suficientes para individualizar cada uno de los hechos punibles de manera que pudieren ser castigados en forma independiente, considerándolos como una sola acción típica, que jurídicamente se unifica para imponer la pena, descartando por consiguiente que se traten de delitos reiterados, por ser una excepción a las reglas del concurso real (sin perjuicio que varios delitos continuados concursen materialmente).

Esta creación jurídica impone la observancia de ciertas exigencias, en primer lugar, las distintas acciones deben estar ligadas por una finalidad común, o unidad de designio, lo que lo diferencia del concurso real, en segundo lugar, deben darse circunstancias objetivas, que se traducen en la homogeneidad desde el punto de vista de la acción, es decir unidad de bien jurídico atacado, identidad del titular de ese bien. [...] Pero más allá de estas interpretaciones, comparto los criterios jurisprudenciales que lo acuñan para aquellos casos como el de autos, en los que no puede determinarse la cantidad de hechos independientes o individualizar cada uno de los episodios como hechos autónomos que tuvieron lugar durante un cierto período de tiempo, en los que el sujeto activo se movió bajo un mismo designio, respecto del mismo sujeto activo,

afectando siempre el mismo bien jurídico [...]” (STJ Sent. N° 253/17).

Así, la prolongación de los abusos en el tiempo que se reconstruye en el cuadro fáctico establecido en la sentencia configuran un supuesto de delito continuado, toda vez que se trata de una reiterada trasgresión a la misma norma penal. Que esta reiteración delictiva, estuvo presente en la plataforma fáctica mantenida a lo largo del proceso, por lo cual no se advierte que el encuadre jurídico haya perjudicado a la defensa.

En efecto, estimo que el impugnante, al exigir una precisión casi reproducible de lo acontecido a diversas víctimas y durante un plazo que oscila entre los tres y cuatro meses; soslaya la complejidad que presentan este tipo de casos, donde las precisiones temporales y circunstanciales cuando los sucesos tuvieron un largo desarrollo en el tiempo se tornan sumamente dificultosas; no pudiendo exigirse, que en la acusación se precisen con exactitud días, horarios y/o cantidad de hechos, bastando una referencia que permita marcar el contexto y el espacio temporal en el que ocurrieron; la imposibilidad de precisar cabalmente una fecha frente a delitos de esta índole que se reiteran en el tiempo o de detallar minuciosamente los sucesos no implica per se una violación al principio de in dubio pro reo y de defensa en juicio, si se circunscribe la base fáctica en todo cuanto estos casos permiten y al imputado repeler la acusación; tal lo ocurrido en autos conforme se desprende de la lectura de la Sentencia.

En ese sentido debe recordarse que lo que el Código Procesal Penal exige es que, se efectúe una descripción completa del acontecimiento histórico en virtud del cual el representante del Ministerio Público considere que debe formular acusación, con base a la actividad desarrollada hasta ese momento, resultando esencial que el imputado conozca los hechos que se le atribuyen para que pueda estar en condiciones de defenderse y porque esos hechos deben ser recogidos en la sentencia sin cambios que puedan menoscabar la situación del encartado en el proceso; esa es la exigencia contenida en el código ritual y que la defensa tuviera oportunidad de controvertir; no constatándose de la lectura del Fallo en cuestionado que se haya producido una modificación de la imputación originalmente efectuada que conlleve a un menoscabo del derecho de defensa o que la defensa haya ignorado los hechos enrostrados en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar.

De esta manera las objeciones formuladas por el impugnante, se vislumbran ineficaces para rebatir los fundamentos brindados por el Tribunal de Juicio y por tal motivo no pueden tener acogida favorable.

VIII.- Conclusión.

Conforme lo expuesto; las aseveraciones realizadas por el recurrente, tengo que decir que no se aprecia configurado ninguno de los vicios adjudicados a la

misma, a saber, que el Tribunal no ha observado las reglas de la sana crítica racional (de la lógica, de la psicología y experiencia común), en la valoración de los elementos probatorios incorporados al proceso, lo que conlleva al dictado de una sentencia arbitraria por errónea valoración de la prueba, sino por el contrario cada situación planteada por la defensa fue debidamente fundamentada por el tribunal explicando razonadamente como llega a la certeza sobre los acontecimientos investigados en la presente causa y a la certeza de la autoría de los condenados.

Es oportuno recordar que, "[...] Si la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al Tribunal de mérito tomar en consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio y efectuar dicha ponderación conforme la sana crítica racional, resulta claro que el recurso de casación que invoca la infracción a las reglas que la integran debe también contraponer un análisis de todo el cuadro convictivo meritado y, en función de éste, a su vez, evidenciar la decisividad del vicio que se denuncia - en el caso se rechazó la impugnación deducida contra la sentencia que condenó al imputado como autor del delito de homicidio agravado-, resultando inconducente una argumentación impugnativa que se contente sólo con reproches aislados que no atiendan al completo marco probatorio o que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de aquél [...] "Villaruel, José Eusebio, 17/08/2010, STJ de Córdoba, Sala Penal (publicado en L. L. online AR/JUR/45750/2010). (STJ Sent. N° 155/21), lo cual aprecio no ha incurrido en el presente.

Desde esta perspectiva, los elementos probatorios no fueron considerados en la sentencia en forma aislada, sino que forman parte de un complejo entramado, donde el resultado final se construye a partir de una visión de conjunto con una adecuada correlación pruebas directas e indicios unívocos. En definitiva, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto y confirmar la Sentencia atacada, la que dada as especiales alternativas constatadas en la causa contiene una adecuada fundamentación, en lo que atañe a la acreditación de la ocurrencia del suceso juzgado, su calificación legal y la autoría del encausado.

Sobre tales aspectos, la sentencia impugnada no contiene fisuras de logicidad, y las conclusiones a las que arriba -acerca de los tópicos apuntados- constituyen la derivación necesaria y razonada de las constancias de la causa, contando con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena, sin que las críticas que formula el recurrente logren conmover lo resulto como acto jurisdiccional válido.

IX.- Costas.

Que por demás, atento a lo expuesto, en relación a la imposición de costas debo decir que el artículo 575 del Código de rito, adopta como pauta de imposición el criterio objetivo de la derrota. Así, se entiende por parte vencida la que no obtiene buen éxito en sus pretensiones o, en otras palabras la que es destinataria de una decisión desfavorable, la cual será la obligada a afrontar los gastos producidos durante la tramitación de la Causa (conforme artículo 575), y en el caso, no se avizora razón para eximirlo de esta imposición, atento al desenlace de estas actuaciones. ASI VOTO.

A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR EDUARDO GILBERTO PANSERI, dice:

Que adhiero al voto del Doctor Alejandro Alberto Chain, por compartir sus fundamentos. ASI VOTO.

A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR GUILLERMO HORACIO SEMHAN, dice:

Que adhiero al voto del Doctor Alejandro Alberto Chain, por compartir sus fundamentos. ASI VOTO.

A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR PRESIDENTE DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DOCTOR LUIS EDUARDO REY VÁZQUEZ, dice:

Que adhiero al voto del Doctor Alejandro Alberto Chain, por compartir sus fundamentos. ASI VOTO.

A LA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR FERNANDO AUGUSTO NIZ, dice:

Que adhiero al voto del Doctor Alejandro Alberto Chain, por compartir sus fundamentos. ASI VOTO.

En mérito del presente Acuerdo, el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente:

SENTENCIA N° 230

1°) Rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa, confirmándose la condena impuesta a O. A. F. en la Sentencia N° 6/22 dictada por el Tribunal Oral Penal (Hoy: Tribunal de Juicio) de la V Circunscripción Judicial. Con costas.

2°) Registrar y notificar.-

Dr. LUIS EDUARDO REY VÁZQUEZ - Dr. EDUARDO GILBERTO PANSERI -
Dr. FERNANDO AUGUSTO NIZ - Dr. GUILLERMO HORACIO SEMHAN - Dr.
ALEJANDRO ALBERTO CHAIN.