

Corte de Justicia de Catamarca

SENTENCIA NÚMERO: ONCE

En la ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca, a los cuatro días del mes de abril de dos mil veintitrés la Corte de Justicia de Catamarca, integrada por los señores Ministros doctores María Fernanda Rosales Andreotti -Presidenta-, Carlos Miguel Figueroa Vicario, Fabiana Edith Gómez, José Ricardo Cáceres, Rita Verónica Saldaño, Néstor Hernán Martel y Luis Raúl Cippitelli; se reúne en acuerdo para entender en el Recurso de Casación deducido en autos, Expte. Corte n° 028/22, caratulados: **“Balmaceda, Fernando José -abuso sexual, etc.- s/ rec. de casación c/ sent. n° 13/22 de expte. n° 60/21”**.

Por Sentencia n° 13 de fecha 08-04-2022, el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil en lo Criminal, Apelación, Ejecución y Control de Garantías Constitucionales, en lo que aquí concierne, resolvió: “...III) Declarar culpable a José Fernando Balmaceda, de condiciones personales relacionadas en la causa, como coautor responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal calificado por la intervención de dos o más personas en calidad de coautor (arts. 119, 3° párrafo y 4° párrafo, inc. d) y 45 del CP); imponiéndole, en consecuencia, la pena de ocho años de prisión, con costas (arts. 1, 5, 12, 29 inc. 3, 40 y 41 del CP; arts. 536 y 537 del CPP y art. 12 de la Ley Nacional de Víctimas n° 27372); la que se hará efectiva una vez firme la presente sentencia, debiendo continuar en la misma situación en que se encuentra actualmente, bajo monitoreo electrónico. (...)”.

Contra este fallo, el Dr. Luis Marcos Gandini, en representación de José Fernando Balmaceda interpone el presente recurso. Centra sus críticas en el inc. 2°, del art. 454 del Código Procesal Penal, esto es, inobservancia o errónea aplicación de las reglas de la sana crítica racional en la apreciación de las pruebas.

Refiere el impugnante que deviene injusta la condena impuesta a su asistido.

Argumenta que el Tribunal valoró de manera errónea y parcializada las pruebas incorporadas al proceso y, de no haber sido así, la sentencia no habría sido condenatoria sino absolutoria por la existencia de consentimiento por parte de la supuesta víctima respecto del acto sexual que mantuvo con los acusados -ahora injustamente condenados-.

Dice que todo el plexo probatorio ponderado es de descargo, a excepción del relato de la víctima, el que no solamente se encuentra plenamente desacreditado por otros elementos de convicción que no fueron mencionados en la sentencia y que -por otro lado- presentan serias contradicciones.

Luego de transcribir la declaración brindada por su defendido en el juicio, reseña que brindó detalles pormenorizados acerca de lo sucedido. Relató el hecho sin fisuras, contestando todas las preguntas que le formularon las partes, sin titubeos ni espacios de tiempo que hagan presumir que estaba faltando a la verdad para poder beneficiarse y no ser condenado.

Párrafo aparte, cuestiona que el Tribunal consideró a la menor víctima como de extrema vulnerabilidad, por su condición de niña y la edad de la misma; pero no tuvo en cuenta otras circunstancias que quedaron acreditadas en el debate, como ser, la madurez sexual con que cuenta la niña, circunstancia que quedó evidenciada en el protocolo de abuso, pericia psicológica y por lo expresado por los testigos en la audiencia.

Analiza la declaración de J. M. O. (víctima) y resalta que a temprana edad (10 años) comenzó a tomar anticonceptivos y que a los 13 años tenía colocado el chip anticonceptivo porque temía ser abusada.

Respecto a las situaciones de violencia entre sus padres, consideró que esa circunstancia, de ninguna manera autoriza a considerar a la menor, como víctima de abuso sexual o que ello le impida prestar su consentimiento para tener relaciones sexuales.

Corte de Justicia de Catamarca

Por otra parte, las fotografías publicadas en las redes sociales (incorporadas a la causa y reconocidas por la menor), derrumban la credibilidad de su relato cuando dice que “le teme a todos los hombres porque tiene miedo que le hagan algo malo”. De ser así, no se sacaría ni publicaría fotos con hombres y tocando sus partes íntimas como lo hizo con posterioridad a éste hecho.

Luego, cuestiona las contradicciones en las que -a su modo de ver- incurrió la menor, tanto en su declaración en Cámara Gesell como durante el debate con relación al consentimiento del acto sexual.

En tal sentido, refiere que, en primer término, habla de patadas, corridas y pedidos de ayuda en todo momento; pero, durante la audiencia de debate, dijo que no emitió sonidos, que se quedó tildada, dormida, no reaccionó, no pidió ayuda, etc. Por tales motivos, el impugnante se agravia porque el Tribunal no efectuó una real valoración de las declaraciones prestadas por J. M. O., tal y como lo exige la Carta Magna, jurisprudencia internacional y tratados con jerarquía constitucional.

Respecto a la declaración de la progenitora de la menor, manifiesta que fue contradictoria y mentirosa; circunstancias éstas que fueron remarcadas en los alegatos y que no fueron analizadas en la sentencia.

Con relación al “consentimiento” -negado por la víctima- y de lo que surge del protocolo de abuso, concluye en que no se trata de una menor inmadura y vulnerable (como lo sostiene la sentencia) sino que es una menor que debido a su realidad social y/o entorno familiar, etc., cuenta la madurez sexual de una mujer mayor y en condiciones de consentir relaciones sexuales con una o dos personas, tal el caso en estudio.

De lo manifestado por la Dra. Rebello (ginecóloga), sostiene que la misma siempre se mantuvo en el plano de lo hipotético, incluso, a preguntas formuladas por las partes dijo que “no podría afirmar ni negar, no hay certeza” -frase no valorada en la sentencia, ni siquiera mencionada-; es

decir, no existe una comprobación empírica de certeza, toda vez que, la profesional no puede descartar la existencia de un abuso sexual, pero tampoco puede afirmarlo.

Expresa que el Tribunal distorsionó lo declarado por la Dra. Rebello para justificar un protocolo de abuso que a todas luces beneficiaba a su defendido, en razón de que no fueron constatados signos de violencia sexual.

Otra crítica que efectúa de la sentencia es lo aclarado por la profesional anteriormente mencionada al decir que: “una niña de esa edad (13 años al momento del examen), con ese método anticonceptivo, se encuentra en un mayor estado de vulnerabilidad que otras niñas de igual franja etaria”. Considera el recurrente que, se trata de una apreciación subjetiva desprovista de fundamentos técnicos constatables.

Afirma que, de los elementos analizados, ninguno se aleja de la duda razonable, tal y como aconteció con lo declarado por la Lic. Cutulli en el plenario al expresar: “se hace una valoración a grandes rasgos ... se lleva a cabo una entrevista muy corta ... muy difícil explicar la causa, cuando hay angustia pueden ser varios motivos ... no existen juicios de valores de certeza”.

Por otra parte, alude a la pericia psicológica de J. M. O. y entiende que todos los indicadores que allí se mencionan, pueden o no ser motivos de una vivencia abusiva, ya que son productos de una vivencia traumática y que generan una gran carga de angustia “reactiva”, la que en este caso, es generada por inestabilidad y desarmonía familiar -enfatisa el recurrente-.

Critica la fragmentación que el Tribunal efectuó de las declaraciones de las hermanas Vega -menores de edad, mujeres, vulnerables y amigas de la víctima-, con el solo propósito de justificar su íntima convicción o una condena apoyada en tratados internacionales sin jerarquía constitucional, guías infra constitucionales y nada de prueba que es lo único que exige la ley.

Corte de Justicia de Catamarca

Cuestiona la sentencia porque no le otorgó credibilidad a dichas testimoniales, las que fueron coincidentes –afirma el impugnante - con las prestadas en instrucción, circunstanciadas, concretas y creíbles, lo que, por otra parte, fue ratificado por sus progenitores.

Señala que, otra de las testimoniales que fue obviada en el análisis de la sentencia es la de la menor M. Y. M. B. -hermana de los imputados y testigo directa del hecho-; vio con sus propios ojos lo que J. M. O. hacía con M. B. y lo que le decía a Fernando Balmaceda; siempre insinuando algo sexual.

En igual sentido y continuando en el marco de la evasión de prueba que pueda beneficiar a los encausados en el ejercicio de su defensa, el recurrente aduce que el Tribunal tampoco analizó la pericia psicológica llevada a cabo por la Lic. Sánchez, que, en su informe -entre otras cosas- se refirió a la hipersexualidad.

En cuanto a su madurez sexual, alega que no estamos frente a una menor de edad, quizás sí respecto a su edad, pero esto no debe ser el único criterio a tener en cuenta, como intenta hacer valer la sentencia a los efectos de justificar la credibilidad del relato de J. M. O.

Continuando con la falta de análisis probatorio por parte del Tribunal, el recurrente enumera los siguientes: a) Acta de inspección corporal (f. 136/vta.) del que surge que su asistido “no presenta ningún tipo de heridas, lesiones o estigmas”, contrariando lo manifestado por la menor; b) Pericia psicológica de la cual se evidencia que “su nivel imaginario no es exacerbado, su discurso es selectivo, sin posibilidad reflexiva”, o sea, no es una persona que cuente con recursos para inventar o mentir sobre la marcha; c) Pericia psiquiátrica que informa: “denota preocupación y temor ante la situación actual, no se observan actos impulsivos manifiestos al momento de la entrevista, no presenta actos compulsivos al momento del examen, afectividad: la misma transcurre con cierto grado de temor, angustia y preocupación durante la mayor

parte de la entrevista, no presenta alteraciones ni actividad delirante al momento del examen, no presenta peligrosidad para sí o para terceros”. Es decir, no es una persona narcisista o manipuladora que se pueda aprovechar de la situación para ultrajar a una menor; d) Informe técnico planimétrico (f. 03) e inspección guiada en el domicilio donde se llevó a cabo el hecho de abuso, en donde se evidencia los reducidos espacios con que cuenta el inmueble, la cercanía de las habitaciones donde pernoctaban su madre y pareja y su hermano con el living comedor; lo que lleva a concluir –asevera el impugnante- que de haber pedido ayuda o al mínimo ruido extraño se hubieran levantado todas las personas que estaban ese día en la reducida vivienda, para evitar ser abusada.

Puntualiza su preocupación al considerar que no se ha aprovechado la excepcionalidad del caso, toda vez que -afirma-, se trata de un expediente rico en prueba, la que ni siquiera ha sido mencionada.

Entiende que el fallo adopta una inclinación acusatoria, ya que se optó por dar plena credibilidad al testimonio de J. M. O., sesgada de las desvirtuaciones y fisuras que presentó en sus relatos, lo que supone una clara violación al principio de defensa en juicio que se deriva del debido proceso. Cita jurisprudencia local y nacional referida al “testigo único”.

Concluye en que no hay fundamentos suficientes para condenar a su asistido por el delito de abuso sexual calificado y debería haber sido absuelto por la existencia de una relación sexual consentida o, en su caso, por el beneficio de la duda, atento a la carencia de elementos de índole incriminatoria.

Solicita se revoque la sentencia que ataca y se disponga la absolución de su pupilo procesal respecto a la condena del delito de abuso sexual agravado y las costas impuestas al mismo.

Efectúa reserva del Caso Federal (arts. 14 y 15 de la Ley 48).

Corte de Justicia de Catamarca

En oportunidad de llevarse a cabo la audiencia in voce (fs. 42/43, expte. 028/22) cuya realización fuera oportunamente solicitada por el recurrente, este último refirió que, ratifica el escrito de casación por considerar que el Tribunal efectuó un análisis parcial y sesgado de la prueba. Argumenta que la menor se contradijo gravemente. Considera que hubo una especie de arrepentimiento luego de haber ocurrido la relación sexual. Señala que del relato de las hermanas Vega surge el cambio de postura de la víctima. Cuestiona que no se consideraron en la sentencia los testimonios de las mencionadas testigos como tampoco, el de la hermana de los acusados. Refiere que la menor es víctima de su entorno familiar y que con 13 años se encuentra hipersexualizada. Enfatiza en que la relación fue consentida. Manifiesta que el hecho comenzó con una cadenita que por un juego se cambiaba por una relación. Solicita se analice la prueba incorporada al debate y no consignada en la sentencia. Puntualmente, la Cámara Gesell y la inspección ocular guiada del domicilio de la menor víctima, en el que por sus escasas dimensiones –enfatiza–, el hecho no pudo ser ocurrido según la sentencia. Sostiene que no se ponderó la prueba de descargo. Solicita se revoque la sentencia que ataca en su punto n° 2.

De acuerdo con el resultado del sorteo efectuado para determinar el orden de votación (f. 44), nos pronunciaremos de la siguiente manera: 1° Dr. Figueroa Vicario, 2° Dra. Rosales Andreotti, 3° Dr. Martel, 4° Dra. Gómez, 5° Dr. Cippitelli, 6° Dr. Cáceres y 7° Dra. Saldaño.

Así las cosas, el Tribunal se plantea las siguientes cuestiones:

1°) ¿Es admisible el recurso?

2°) ¿En la sentencia impugnada, han sido inobservadas o erróneamente aplicadas las reglas de la sana crítica en la apreciación de las pruebas y, por consiguiente, la ley penal sustantiva? ¿Qué resolución corresponde dictar?

A la Primera Cuestión, el Dr. Figueroa Vicario dijo:

El presente recurso de casación reúne los requisitos de admisibilidad formal establecidos en el art. 460 del CPP debido a que es interpuesto en forma y en tiempo oportuno, por parte legitimada, y se dirige contra una resolución que, por ser condenatoria, pone fin al proceso y es definitiva. Por ende, es formalmente admisible. Así voto.

A la Primera cuestión, la Dra. Rosales Andreotti dijo:

Me adhiero a la solución propugnada por el Sr. Ministro preopinante y voto en igual sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Martel, dijo:

El Dr. Figueroa Vicario da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en idénticos términos.

A la Primera cuestión, la Dra. Gómez dijo:

Entiendo acertadas las razones expuestas por el Sr. Ministro emisor del primer voto y por ello me adhiero a su voto y doy el mío en igual sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Cippitelli dijo:

El Dr. Figueroa Vicario da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido de la misma manera.

A la Primera cuestión, el Dr. Cáceres dijo:

Entiendo acertadas las razones expuestas por el Sr. Ministro emisor del primer voto y por ello me adhiero a su voto y doy el mío en idéntico sentido.

A la Primera cuestión, la Dra. Saldaño dijo:

Entiendo acertadas las razones expuestas por el Sr. Ministro emisor del primer voto y por ello me adhiero a su voto y doy el mío en igual sentido.

Corte de Justicia de Catamarca

A la Segunda Cuestión, el Dr. Figueroa Vicario dijo:

El hecho que el Tribunal tuvo por acreditado es el siguiente:

“Que el día 02 de noviembre del año 2020, en un horario que no puede establecerse con precisión, pero que estaría comprendido entre las horas 05:00 y 06:00 aproximadamente, en circunstancias que la adolescente J. M. O. de 13 años de edad se encontraba en la cocina de su domicilio, sito en B° Cooperativa (San Agustín), casa n° 15 de esta ciudad Capital en compañía del joven M. G. B. de 16 años de edad, sus hermanos Fernando José B. de 19 años de edad y Franco José Daniel B., momentos en los cuales aprovechando que la adolescente J. M. O. se encontraba sola y que sus familiares estaban durmiendo, Fernando José B. procedió a apagar la luz de la cocina, por lo que la menor O., sorprendida, corrió y se sentó en el piso de la cocina, para luego sentarse sobre las piernas de su amigo M. G. B. pensando que lograría una protección ante la conducta inesperada de Fernando José B., quienes inmediatamente procedieron a abusarla sexualmente a la adolescente O. mientras le tapaban la boca con sus manos e inmovilizaran las piernas, logrando de esta forma quebrantar la voluntad de la misma, luego procedieron a tocarle los pechos y la vagina por debajo de la ropa. Aprovechando que se encontraba sobre las rodillas de M. G. B. éste procedió a correrle el short y la bombacha hacia un costado y luego bajar esa ropa hasta la altura de la rodilla de la menor, para penetrarla por la vagina hasta eyacular; para luego M. G. B. levantarla y ponerla en posición de espalda a Fernando José B. quien también la penetró vía vaginal hasta lograr su eyaculación; cooperando Franco José Daniel B. a la ejecución del hecho, manteniendo silencio y no prestando auxilio para detener la acción disvaliosa de la cual fue víctima la adolescente O.”.

Sentado cuanto precede, corresponde ingresar al tratamiento de los agravios introducidos por el recurrente.

En tal sentido, cabe referenciar, que el análisis de la cuestión propuesta impone fijar previamente el marco normativo que resulta de

aplicación al caso. Y es que, el mismo requiere especial y particular atención en razón de la temática traída a estudio. Ello, por cuanto la cuestión a examinar evidencia que nos encontramos ante un típico hecho de violencia de género, que involucra a una mujer, menor de edad, víctima de una agresión sexual.

De lo anterior, se colige que, la normativa que regirá el examen de la presente cuestión se circunscribirá a aquella que surge de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino relativos a las declaraciones sobre derechos humanos, a los estándares internacionales fijados por los respectivos órganos de aplicación y control y a la normativa nacional, que reconocen a las mujeres el derecho a una vida libre de violencia y discriminación: "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer" con rango constitucional por su incorporación al art. 75 inc. 22 de la C.N.; con estatus supranacional la "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer" - "Convención de Belem do Pará" que, en su artículo 7º inciso g), establece como obligación generar mecanismos judiciales necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo al resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces; y el "Protocolo Facultativo de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999 y aprobado por la ley 26.171. Por su parte, la ley n° 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, en su artículo 1º indica que es una norma de orden público y en su artículo 16 establece los derechos y garantías mínimas por los cuales el Estado deberá garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial -además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina los siguientes derechos y garantías, como por ejemplo: (i) A ser oída

Corte de Justicia de Catamarca

personalmente por el juez; (ii) A que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte; (iii) A la protección de su intimidad, garantizando la confidencialidad de las actuaciones; (iv) A participar en el procedimiento recibiendo información sobre el estado de la causa; (v) A recibir un trato humanizado, evitando la revictimización; (vi) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos”. Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es el tratado internacional adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por Argentina en 1990, otorgándole rango constitucional en 1994 (art. 75 inc. 22). Desde entonces el Estado argentino está obligado a garantizar todos los derechos establecidos en la Convención a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en nuestro país. La Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de la Niñas, Niños y Adolescentes sancionada en 2005 establece la aplicación obligatoria de la Convención (art. 3, inciso b) “El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta”; “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (art. 3º último párrafo).

Fijadas las bases sobre las que habrá de transitar la revisión y teniendo presente que la perspectiva de género no significa flexibilizar los estándares de prueba en orden al principio de inocencia, sino que implica un análisis integral que sopesa el contexto de los hechos, las relaciones entre las partes y la prueba generada sin perder de vista las desigualdades entre hombres y mujeres; ingresaré a dar respuesta a los agravios del recurrente.

Sobre el punto, cabe destacar que no fue controvertido por las partes en el juicio ni tampoco lo hace el recurrente en esta instancia, que la menor -en adelante J. M. O.-, tuviera relaciones sexuales con M. G. B. y con

Fernando José Balmaceda, sino que, la discusión gira en torno a la existencia o no del consentimiento de la víctima para mantenerlas.

Según reseña la sentencia, el Tribunal estimó que el acceso carnal referido por la menor víctima, su madre, su hermano y reconocido por los propios imputados en oportunidad de ejercer su derecho de defensa en debate, se encuentra plenamente acreditado con la documental debidamente incorporada, circunstancia que no ha sido materia de controversia en esta instancia.

No obstante, sí lo es, la credibilidad que otorgó el Tribunal a los dichos de J. M. O., según los cuales ambos imputados (Fernando José Balmaceda y M. G. B.) la accedieron sexualmente en contra de su voluntad.

El recurso cuestiona ese mérito y por, ende, el agravio demanda revisarlo a fin de establecer si se sustenta de manera suficiente en la prueba invocada a ese efecto, valorada con arreglo a las reglas de la sana crítica racional que rigen esa ponderación en el proceso penal.

De lo anterior se colige que el eje de discusión gira en torno a la existencia o no del consentimiento de la víctima para mantener tales relaciones.

En este orden de ideas, es preciso referenciar que la prueba sobre el consentimiento o su ausencia en la mujer para que se constituya el delito contra la integridad sexual resulta central. En el caso, la divergencia entre las versiones de los protagonistas del hecho con relación al consentimiento de J. M. O., fue resuelta otorgando credibilidad a sus dichos, según los cuales los imputados la accedieron sexualmente en contra de su voluntad.

En los delitos contra la integridad sexual, el testimonio de la víctima resulta una prueba dirimente, toda vez que son hechos que por su propia naturaleza suelen tener lugar en ámbitos de intimidad, exentos de las miradas de terceros.

Corte de Justicia de Catamarca

Sobre el punto, esta Corte se ha expedido en numerosos precedentes -varios citados en el fallo en cuestión-, alusivos al modo en que se debe valorar el testimonio de niños víctimas de delitos. En lo que aquí respecta, se trata de una víctima doblemente vulnerable por su condición de minoridad (13 años) y por ser mujer.

En aquellos pronunciamientos, se sostuvo que, no encontrándose cargado de intencionalidad el testimonio de la víctima en contra del acusado, el mismo adquiere pleno valor probatorio, siempre, claro está, si se encuentra corroborado por los demás elementos incorporados al proceso, como se constata en el presente.

Así, ha quedado descartado, conforme se analizará a continuación, cualquier tipo de animosidad o de intencionalidad de perjudicar a los acusados (S. n° 30/2021, S. n° 31/2020, S. n° 11/2019, S. n° 55/2018, entre muchas otras).

Desde esta perspectiva, considero que el Tribunal dio razones válidas que confirman la veracidad del relato de J. M. O.

En tal sentido, sustentó la credibilidad del mismo, al ponderar que ningún motivo existía ni ha quedado acreditado para inventar semejante acusación en contra de M.G. B. y de Fernando José Balmaceda. En efecto, desde el inicio del proceso y a lo largo del juicio la menor víctima manifestó que era amiga de los acusados, que se conocían del barrio desde chiquitos, que eran vecinos, que eran como hermanos, a punto tal, que J. M. O. se quedaba a dormir en la casa de aquellos porque también era amiga de M. –hermana de ambos imputados- quien, a su vez, iba a dormir en su casa.

Aclaró la víctima que nunca pasó nada con su amigo de la infancia, circunstancia que descarta lo expuesto por el acusado M. G. B. –quien dijo que previo al hecho tuvo entre ocho y diez veces relaciones sexuales con J. M. O.).

A diferencia de lo postulado en el recurso, estimo acertado el razonamiento del Tribunal al ponderar que M. O. en oportunidad de ejercer su derecho a ser escuchada por el Tribunal en el juicio (art. 12 Convención de los Derechos del Niño), se manifestó en idénticos términos a los expuestos a cuatro días de sucedido el hecho al declarar en Cámara Gesell (fs. 339/348 vta.). De ambos relatos surge con claridad la ausencia de consentimiento para mantener relaciones sexuales con los acusados (M. B. y Fernando).

En efecto, la menor fue categórica al expresar con firmeza en ambas oportunidades procesales (fs. 339/348 vta. y fs. 719/723 vta.), –pese al tiempo transcurrido entre una y otra– que no consintió mantener relaciones sexuales con M. B. ni con Fernando Balmaceda (“era algo que yo no quería que pase”, “...y ahí le dije no hagas por favor”, “...yo le pedía por favor que salgan y no quería que pase eso”, “yo le pedía que me ayude y no me haga...”, “...me senté en el piso me largué a llorar y en eso le digo que yo no quería que me hagan eso, ...no pude hacer nada...”).

Con relación a ello, la adolescente explicó las circunstancias y la modalidad en la que Fernando la penetró, cómo intentó buscar refugio en M. B., ayuda que nunca llegó, siendo también abusada sexualmente por su amigo, a quien consideraba su hermano.

Asimismo, refirió al momento de angustia sufrido con posterioridad: “...yo no me podía dormir. Tuve como tres horas dando vueltas en la cama. Y ahí me pude dormir, mirando la pared. Pensando en (...) con un dolor adentro, que no se podía reparar...Dolor de angustia y físico, las dos cosas...”.

De lo anterior se colige que, las contradicciones que señala el recurrente lo son sobre cuestiones menores que, en modo alguno, inciden a los fines de contrarrestar el razonamiento seguido por el Tribunal de Juicio respecto a la acreditada ausencia de consentimiento por parte de la víctima para

Corte de Justicia de Catamarca

realizar los actos sexuales cuya comisión violenta se atribuye a los acusados M. B. y Fernando Balmaceda.

De igual modo, en sentido opuesto al referido en el recurso cabe consignar que no se le da credibilidad a M. O. porque es menor y porque su madre denunció el hecho, sino porque su relato se ha mantenido en lo esencial a lo largo de todo el proceso, manifestaciones que además encuentran sustento en prueba independiente (pericia psicológica, protocolo de abuso, testimoniales).

En efecto, los argumentos del recurrente carecen de fundamento suficiente debido a que el consentimiento válido para tener relaciones sexuales importa la aceptación libre, voluntaria e inequívoca para hacer algo, manifestada clara y categóricamente. El consentimiento se puede retirar en cualquier momento, se puede consentir una cosa –si se quiere, la seducción previa que pudo haber existido entre la víctima y los acusados- y no la relación sexual. El consentimiento no se presume. No debe darse por sentado, por ejemplo, por el estilo de ropa que se use, o porque la menor haya tomado anticonceptivos con anterioridad o porque tuviese colocado un chip sexual o porque haya publicado fotos en las redes sociales con su ex novio. Siempre debe comunicarse con claridad. El silencio o la falta de resistencia de la víctima, no significa un “sí”. Por lo tanto, el consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la presunta víctima de violencia sexual -como ha ocurrido en este caso-.

En esos términos, entiendo que no puede ponderarse el consentimiento y/o su ausencia desde la perspectiva androcéntrica, con independencia de las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres y desde un enfoque deshistorizado de las relaciones sexuales entre ambos géneros. Debe reconstruirse el consentimiento como “fenómeno social con marca de género que colabora con la dominación masculina al reproducir el modelo dicotómico de hombre/activo mujer/pasiva” y la naturalización del

mismo en tanto “descarga en las mujeres la responsabilidad de establecer límites a los avances masculinos, naturalizados y manifiestos culturalmente como inevitables” (Pérez Hernández, Yoliliztli; “Consentimiento Sexual: un análisis con perspectiva de género”, Universidad Nacional Autónoma de México, Revista Mexicana de Sociología, Vol. 78, n° 4, año 2006).

Observo así, que el recurrente se empeña en cuestionar el estilo de vida de J. M. O. o poner en tela de juicio los comportamientos asumidos por ella con anterioridad al hecho –tomaba anticonceptivos, seis meses antes había tenido su primera relación sexual con su ex novio, tenía colocado un chip sexual-, así como aquellos que tuvo al momento de comisión del mismo e incluso a su actitud asumida con posterioridad. Sin embargo, conforme se analizará, con tales hipótesis no logra desvirtuar el razonamiento del Tribunal conclusivo de la acreditada ausencia de consentimiento de J. M. O. para mantener relaciones sexuales con ambos acusados.

Y es que, en caso de haber existido, como afirma el recurrente un “juego de seducción previo” y de que Fernando Balmaceda “se haya dejado llevar como cualquier persona podría hacerlo” –palabras del impugnante-, no habilita concluir que la víctima haya prestado libremente su consentimiento para ser accedida carnalmente, primero por M. G. B. e inmediatamente después, por Fernando.

Sobre el punto, es de señalar que la defensa no hace otra cosa que trasladar la responsabilidad de repeler la agresión sexual cuando no existe ningún motivo por el cual la víctima deba soportarla, lo que implica pasar por alto, también, que para que se consigne ese delito, nuestra legislación no requiere que la víctima oponga resistencia, sino tan solo, que no haya consentido la relación sexual, lo que se advierte de las circunstancias concretas del caso.

Ello es así, en tanto el recurrente cuestiona el accionar por parte de J. M. O. con el modo en que se desarrollaron las relaciones sexuales

Corte de Justicia de Catamarca

y a cargar en la adolescente la responsabilidad del abuso por no haber reaccionado frente a él -no gritó, no se defendió, no lesionó a los acusados, al día siguiente no demostró angustia, salió normal cuando la visitaron las hermanas Vega y cuando Fernando fue a cambiar el foco de luz a su casa - enfatiza el impugnante-.

Con relación a esto último, considero que esas alegaciones son insuficientes para resquebrajar el relato de la menor víctima. Y es que, la estrategia defensiva, se circunscribió a desacreditar lo expresado por ella o mejor dicho, a efectuar interpretaciones o conjeturas que resultan irrelevantes a los fines propuestos.

En efecto, sostener que el acto sexual fue consentido porque la menor tenía madurez sexual, nada aporta sobre la existencia o no del consentimiento de J. M. O. para mantener relaciones sexuales con los acusados.

En síntesis, ninguna de las alegaciones de la defensa es suficiente para desestabilizar el relato de J. M. O. Lamentablemente la estrategia defensiva, plagada de estereotipos y prejuicios de género, se circunscribió a desacreditar la imagen de la menor víctima de autos, dando a entender que quien tiene una vida sexual o social activa –no comprobada en el caso-, improbablemente pueda ser víctima de un abuso sexual. El derecho a ejercer la defensa no implica el derecho a sostener cualquier afirmación como argumento.

De lo anterior se colige, que tales fundamentos, no sólo, carecen de perspectiva de género, sino que, en modo alguno, logran controvertir las conclusiones del fallo sobre el punto.

Desde otro ángulo, el impugnante señala las contradicciones en las que, a su modo de ver, incurrió la menor con respecto a la actitud asumida por ella al momento en que era abusada. Sin embargo, cabe considerar aquí, que ambas declaraciones presentan dos coincidencias trascendentales a fin de acreditar la ausencia de consentimiento de la víctima,

en tanto fue categórica al manifestar que no quería tener relaciones sexuales y que ella no reaccionó, se tildó, se traumó, se paralizó, nunca esperó tal agresión por parte de quien consideraba su hermano, no pudo hablar, no pudo decir nada. Por lo que el agravio sobre el punto, carece de sustento.

Con relación a esto último, cabe consignar que esta Corte –en su actual y anteriores integraciones- se ha expedido en numerosos precedentes respecto al modo en que debe ponderarse el testimonio de las víctimas de abuso sexual infantil, los que fueron considerados en la sentencia puesta en crisis y no controvertidos en la instancia (S. n° 38/2011, S. n° 49/2012, S. n° 29/2013, S. n° 14/2014, S. n° 31/2020, S. n° 52/2020, entre muchos otros).

En aquellos fallos se sostuvo que: “...las proyecciones que en la forma de valorar los testimonios de niños víctimas de delitos tienen las reglas de la sana crítica racional, por cuanto constituye una regla de la experiencia común, que el relato de un niño no puede ser objeto de un control logicidad de la misma estrictez que el de un mayor de edad, lo cual es claramente corroborado por la psicología, que subraya tales peculiaridades, tornando aconsejable el acompañamiento de tal valoración, con las conclusiones de las pericias psicológicas practicadas sobre la víctima”, como lo ha hecho el tribunal en el presente caso.

Sentado cuanto precede, estimo pertinente destacar que lo expuesto por J. M. O. en cuanto a la actitud pasiva que asumió al ser accedida carnalmente por ambos acusados, se compadece con la invocada por el recurrente, ausencia de lesiones en el cuerpo de su asistido. Por lo que el agravio no resulta procedente.

Igual consideración merece, el cuestionamiento vinculado a sostener que la falta de constatación de lesiones en el cuerpo de la víctima es demostrativa del consentimiento prestado para mantener relaciones

Corte de Justicia de Catamarca

sexuales con su asistido. Y es que, con tales argumentos no refuta los fundamentos del fallo sobre el punto.

En tal sentido, advierto que la decisión impugnada brindó sólidos argumentos basados en la prueba debidamente incorporada al debate para concluir que existió el delito contra la integridad sexual de J. M. O., aun cuando no haya existido signos de violencia física en su cuerpo. Al respecto, explicó que ello es absolutamente posible en determinadas circunstancias, las que en el caso se dan, al no poderse defender la víctima.

De lo anterior se colige, que la falta de resistencia de quien sufre el ataque a su libertad sexual no es demostrativa de su asentimiento. En tal sentido, cabe consignar que esa actitud pasiva pudo deberse al haberse visto sorprendida ante el ataque sexual de quienes eran amigos y vecinos desde chiquitos. Sobre el punto, estimo acertado el razonamiento del Tribunal al resaltar que, la víctima fue categórica al manifestar que ante la acción desplegada por M. G. B. y Fernando Balmaceda se quedó paralizada y se descompuso, como que se desvaneció, se durmió, hipótesis en la que claramente puede ocurrir un abuso sexual sin signos de violencia, tal como sucedió en el presente caso.

Observo asimismo, que lo declarado por J. M. O. no sólo justifica la ausencia de lesiones en su cuerpo, sino que además, coincide con las explicaciones dadas en el juicio por la profesional que practicó el examen médico a la menor (Dra. Rebello; Protocolo de abuso fs. 59/65) quien aclaró que la falta de percepción de signos de violencia puede deberse a que la víctima no haya podido defenderse por múltiples razones –las que fueron expuestas y explicadas por J. M. O. y justifican tal circunstancia-, pero ello no descarta la existencia de un abuso sexual.

En consecuencia, el embate sobre el punto no puede tener acogida favorable.

En idéntica dirección, para demostrar la falta de consentimiento de la víctima para la agresión sexual, el Juzgador ponderó lo expuesto en debate por la Licenciada en Psicología, Cutulli Rojas, quien fue la profesional que participó del Protocolo de Abuso Sexual y en lo que aquí interesa, señaló que la menor llegó con un elevado monto de angustia –de llanto y consternada (f. 215/216, descripción que coincide con la consignada por la Dra. Rebello al momento de efectuarse la revisión médica, fs. 59) y que la niña reveló que había sido víctima de abuso, pudiendo ese estado ser un indicador de lo acontecido.

Desde esa perspectiva, el Tribunal puntualizó que lo expuesto por la Licenciada Cutulli, se refuerza con lo manifestado por la Licenciada en psicología, Sandra Carina Castagno –Equipo Técnico de Familia– quien señaló que al momento de la intervención la niña se mostró abierta al diálogo, refiriendo la necesidad de resolver lo sucedido, si bien en su discurso manifiesta miedo, angustia y cierta ansiedad, es consciente al momento de la entrevista del proceso judicial que inicia. Puede poner en palabras las sensaciones de confusión, desilusión que genera el hecho vivido, como así, el malestar emocional que atraviesa, como dificultad para dormir y ciertas crisis que se presentan cuando recuerda el suceso (f. 81).

A ello se suma, la valoración efectuada por el Tribunal de la pericia psicológica (FS. 366/367) realizada a J. M. O. por la Lic. Wainstein, profesional que pertenece al Cuerpo Interdisciplinario Forense del Poder Judicial, prueba que resulta de valor trascendental a los fines de acreditar la existencia del abuso sexual que padeció la víctima.

Allí, la perito, en lo pertinente, concluyó que J. M. O. registra indicadores compatibles con vivencias abusivas por presentar sentimiento de desgano, apatía, abulia, anhedonia. Crisis nerviosas, ideas de daño, necesidad de contención y acompañamiento. Preocupación constante. Sentimiento de temor, angustia y ansiedad, malestar general y cotidiano en

Corte de Justicia de Catamarca

todas sus áreas vitales y afectivas. Alteraciones en la afectividad, en su memoria, falta de apetito, malestar general.

De conformidad a lo expuesto, cabe referir que las hipótesis que plantea el recurrente a modo de agravio tendientes a desacreditar las conclusiones periciales respecto a la existencia de indicadores de abuso sexual percibidos en la víctima, no logran desestabilizar las conclusiones del fallo sobre el punto.

Sentado lo anterior, corresponde resaltar lo manifestado en debate por la progenitora de la víctima, P. R. I., quien de manera coincidente con lo expuesto por su hija expresó el aprecio que tenía hacia los acusados, a quienes conoce desde chicos, eran amigos, frecuentaban su casa, los quería como a sus hijos y no puede creer lo que pasó.

Observo así, que lo expresado por esta testigo es relevante para el caso en tanto denota que no existe ningún tipo de animosidad, de venganza o de intención de querer perjudicar a ambos imputados inventando semejante acusación.

Asimismo, en el juicio, P. R. I., relató las circunstancias y el estado emocional –crisis de nervios- que presentaba su hija al momento de contarle que había sido abusada sexualmente por Fernando y M. B.; como también, que J. O. M. refirió que Fernando le dijo que no cuente, que no diga nada, porque está esperando un hijo e iba a estar preso y no iba a poder verlo. En efecto, opino que esas manifestaciones expresadas a la víctima por el acusado de mención constituyen un fuerte indicio de participación en el hecho que se le endilga.

Continuado con el examen de los agravios propuestos por el recurrente, estimo que no resulta procedente el cuestionamiento basado en sostener que el Tribunal omitió ponderar lo expuesto por las hermanas Vega. Y es que, a diferencia de lo sostenido en el recurso, observo que el Juzgador ponderó que fue a María José Vega (quien era novia de M. B., con quien tiene

un hijo) y a Ludmila Vega (cuñada de M. B.), a quienes la víctima les anotició lo sucedido y que fueron ellas las que la aconsejaron que le dijera a su madre.

Por otra parte, estimo que la percepción que tuvieron las amigas de J. M. O. en cuanto a su estado emocional, no es demostrativo de la ausencia del consentimiento para la realización del acto sexual que aquí se ataca. Por lo que el agravio carece de sustento.

Idéntico déficit argumentativo exhibe el embate alusivo a sostener que no se ponderó integralmente el testimonio prestado por la menor M. T. M. B., hermana de los acusados, quien estuvo esa noche tomando mate en la casa de la víctima. Y si bien es cierto, que la testigo refirió que existió un juego de seducción entre la víctima y M. B., también lo es, que se retiró del lugar, quedando solos, los acusados y J. M. O. En consecuencia, y teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas en los párrafos que anteceden, la testigo nada aporta con relación al cuestionado consentimiento de la víctima.

Observo que tampoco tiene entidad para modificar lo decidido, la crítica descontextualizada y desintegrada que el recurrente efectúa tildando de contradictorio el testimonio de la madre de la víctima –P. R. I.–, porque dijo que en su casa tiene colchas rozadas y blancas y no recuerda si hay alguna colcha verde. Y es que, con la hipótesis que plantea no sólo no demuestra la mendacidad del aludido testimonio, sino que, tampoco logra desvirtuar los argumentos del fallo que acreditan la ausencia de consentimiento de la víctima, siendo que es éste el eje de discusión en el que el recurrente centra el estudio de la impugnación interpuesta.

Por otra parte, nada dice de lo expuesto por la progenitora de J. M. O. con relación al contexto situacional por ella descripto, en el que tomó conocimiento de lo que le había sucedido a su hija, así como, del estado emocional en el que se encontraba luego de haber sido abusada, circunstancias éstas que sí resultan relevantes para la decisión del caso. Al respecto, el recurrente no señala la gravedad de las contradicciones que le atribuye al relato

Corte de Justicia de Catamarca

de P. R. I.; por lo que no justifica adecuadamente la desconfianza que, a su juicio, merece el testimonio de la nombrada. Por ende, su agravio sobre el punto no es de recibo.

El conjunto de las circunstancias examinadas, desvirtúan la defensa intentada por el recurrente atribuyendo el motivo de la denuncia a la vergüenza que J. M. O. pudiera sentir o al que dirán en el barrio.

Esta apreciación del recurrente no se condice con las constancias obrantes en la causa. Sobre el punto, cabe reflexionar que, exponer lo sucedido, trasciende mucho más allá: del que “dirán en el barrio”.

La víctima tuvo la valentía de contar su verdad, con las consecuencias que ello trajo aparejado para su familia y para ella. Téngase presente, que la menor no sólo tuvo que afrontar el dolor de denunciar a personas con quienes tenía un fuerte lazo de amistad, sino que, tuvo que atravesar por distintas instancias procesales afrontando la carga de la revictimización, contando lo sucedido a distintos funcionarios judiciales – declaración en Cámara Gessel, pericia psicológica, declaración ante los miembros del Tribunal, etc.-. Asimismo, en el juicio se constató que la familia de la víctima tuvo que excluirse del barrio, mudarse de domicilio, debiendo asumir la carga extra de andar rotando por distintas casas con una hija de 20 años que padece una severa discapacidad; sin embargo, pese a ello, se han mantenido en sus dichos, no depusieron su accionar.

En consecuencia, dado que la defensa no ha demostrado mediante pruebas autónomas los motivos por los cuales la víctima habría achacado falsamente el hecho a su pupilo ni pone en evidencia el carácter decisivo de sus agravios, éstos no pueden ser acogidos.

Por otra parte, considero que las hipótesis interpretativas que expone el recurrente de las pericias –psicológica y psiquiátrica- realizadas a Fernando Balmaceda carecen de la significancia que pretende asignarle en tanto el recurrente no demuestra la relevancia del tema a los fines de la modificación

de la sentencia impugnada en lo que concierne a la, discutida en esta ocasión, existencia del consentimiento de la víctima.

Por último, cabe referenciar que con la jurisprudencia que invoca el impugnante, no logra demostrar la inobservancia o errónea aplicación de las reglas de la sana crítica en la apreciación de las pruebas en la resolución que ataca. Ello, en razón del descontextualizado desarrollo de las objeciones que formula en su escrito impugnativo, lo que reitera en idénticos términos en la audiencia convocada para la ampliación de los agravios. Igualmente, con los extractos que transcribe de fallos de esta Corte y de otros Tribunales para fundar sus críticas, no demuestra la similitud de aquellas circunstancias con las que surgen de la presente causa.

La apuntada circunstancia, impide juzgar la idoneidad de los fundamentos de tales resoluciones para desvirtuar los que sustentan la recurrida en las presentes.

Sentado ello, y considerando que es mujer y menor de edad la víctima (13 años al momento de su ocurrencia) del hecho constitutivo de los actos de violencia de que se trata en las presentes, la resolución impugnada en lo que al punto se refiere, resulta ajustada a Derecho por expresar conformidad con la normativa penal vigente, con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en la Convención sobre los Derechos del Niño -aplicable al caso dada la edad de la víctima-, de arbitrar todos los medios para proteger a los niños contra toda forma de perjuicio o abuso, y con la debida diligencia comprometida por el Estado argentino ante la comunidad internacional para la prevención, sanción y erradicación de toda forma de violencia en contra de la mujer (Convención de Belem do Pará). Por ende, los agravios invocados deben ser rechazados, en tanto carecen de la significancia que el recurrente parece atribuirle.

Corte de Justicia de Catamarca

Por lo expuesto, conforme lo adelantara, considero que los argumentos postulados devienen insuficientes a los fines de la pretendida modificación de la sentencia.

Asimismo, debo señalar que la determinación de la materialidad ilícita objeto de juzgamiento y la coautoría responsable del acusado Fernando José Balmaceda, ha encontrado suficiente y racional sustento en la valoración armónica y conjunta del material convictivo, que fue relevado por el Tribunal sentenciante sin que, en dicha operación, se verifique la presencia de vicio o defecto alguno que importe una vulneración de las reglas de la sana crítica racional, ni su presencia es demostrada a través de los argumentos vertidos en el recurso que es objeto de análisis.

Por las consideraciones que anteceden, en tanto el recurrente no logra demostrar, con los argumentos que presenta, el error que predica de la valoración probatoria que sustenta la decisión que impugna, ni, por ende, la errónea aplicación de la ley penal sustantiva, el recurso debe ser rechazado y la sentencia confirmada en todo lo que fue motivo de agravio. Con costas. Téngase presente la reserva del caso federal efectuada. Así voto.

A la Segunda cuestión, la Dra. Rosales Andreotti dijo:

Me adhiero a la solución propugnada por el Sr. Ministro preopinante y voto en igual sentido.

A la Segunda cuestión, el Dr. Martel, dijo:

El Dr. Figueroa Vicario da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en idénticos términos.

A la Segunda cuestión, la Dra. Gómez dijo:

Entiendo acertadas las razones expuestas por el Sr. Ministro, emisor del primer voto y por ello me adhiero al mismo y doy el mío en el mismo sentido.

A la Segunda cuestión, el Dr. Cippitelli dijo:

El Sr. Ministro emisor del primer voto da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en los mismos términos.

A la Segunda cuestión, el Dr. Cáceres dijo:

El Dr. Figueroa Vicario, expone los motivos que deciden correctamente la presente cuestión y por ello, adhiero a su voto y me expido de la misma manera.

A la Segunda cuestión, la Dra. Saldaño dijo:

El Sr. Ministro, Dr. Figueroa Vicario da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en idénticos términos.

Por los resultados del acuerdo que antecede y por unanimidad, la CORTE DE JUSTICIA DE CATAMARCA,

RESUELVE:

1º) Declarar formalmente admisible el recurso de casación interpuesto por Fernando José Balmaceda, con la asistencia técnica del Dr. Luis Marcos Gandini, en contra de la S. n° 13/22 del 08-04-2022, dictada por el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil en lo Criminal, Apelación, Ejecución y Control de Garantías Constitucionales.

2º) No hacer lugar al recurso de casación interpuesto, y confirmar la resolución impugnada.

3º) Con costas (arts. 536 y 537 del CPP).

4º) Tener presente la reserva del Caso Federal.

5º) Protocolícese, hágase saber y, oportunamente, bajen estos obrados a origen, a sus efectos.

Corte de Justicia de Catamarca

FIRMADO: Dres. María Fernanda Rosales Andreotti -Presidenta-, Carlos Miguel Figueroa Vicario, Fabiana Edith Gómez, José Ricardo Cáceres, Rita Verónica Saldaño, Néstor Hernán Martel, y Luis Raúl Cippitelli. **ANTE MI:** Dra. María Fernanda Vian -Secretaria- **ES COPIA FIEL** de la sentencia original que se protocoliza en la Secretaría a mi cargo. Doy fe.