

Corte de Justicia de Catamarca

SENTENCIA NÚMERO: VEINTIOCHO

En la ciudad de San Fernando del Valle de Catamarca, a los veinticuatro días del mes de agosto de dos mil veintidós la Corte de Justicia de Catamarca, integrada por los señores Ministros doctores Carlos Miguel Figueroa Vicario -Presidente, José Ricardo Cáceres, Luis Raúl Cippitelli, Néstor Hernán Martel, Fabiana Edith Gómez, María Fernanda Rosales Andreotti y Carlos Rodolfo Moreno s/l; se reúne en acuerdo para entender en el Recurso de Casación deducido en autos, Expte. Corte n.º 055/2021, caratulados: **“S. J. A. -abuso sexual, etc.- s/ rec. de casación c/ sent. n.º 36/21 en expte. n.º 05/21 del Tribunal Penal Juvenil”**.

Por Sentencia n.º 36, de fecha seis de septiembre de dos mil veintiuno, la Cámara de Sentencia Penal Juvenil, en lo que aquí concierne, resolvió: “1) Declarar culpable a J. A. S., de condiciones personales relacionadas en la causa, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal -hecho nominado primero- y abuso sexual con acceso carnal -hecho nominado segundo-, todo en concurso real y en calidad de autor (arts. 119, 3º párrafo en función del 1º párrafo; 45 y 55 del CP), imponiéndole en consecuencia la pena de diez años de prisión con costas (arts. 1; 5; 29, inc. 3; 40; 41; 55; 119, 3º párrafo en función del 1º párrafo del CP; art. 4 del decreto ley 22278; arts. 56 y 58, inc. 4 de la ley 5544; arts. 536 y 537 del CPP y art.12 de la ley nacional de víctimas 27.372) (...)”.

De acuerdo con el resultado del sorteo efectuado para determinar el orden de votación (f. 48) pronunciaremos de la siguiente manera: en primer lugar, el Dr. Cippitelli; en segundo, el Dr. Cáceres; en tercer término, el Dr. Figueroa Vicario; en cuarto lugar, la Dra. Rosales Andreotti; en quinto, el Dr. Martel, en sexto lugar, la Dra. Gómez y en séptimo término, el Dr. Moreno.

I). Cuestión Preliminar relativa a la concesión del recurso.

A la cuestión preliminar, el Dr. Cippitelli dijo:

1. El recurso es presentado en forma y en tiempo oportuno (art.460, CPP); por parte legitimada, debido a que lo interpone el defensor del imputado contra la sentencia que lo condena (art. 458, CPP); en contra de la sentencia definitiva, en tanto la condena impugnada cierra el proceso con ese efecto (art. 455, CPP); y por la violación de las reglas de la sana crítica racional en la valoración de la prueba, esto es, por motivo que habilita el control de dicha resolución por esta vía (art. 454, inc.2, CPP).

Por ello, el recurso es formalmente admisible. Así voto.

2. Por otro lado, el recurso así fue declarado por el Tribunal que lo concedió (art. 461, CPP). Y hasta aquí el acierto del auto n° 35/21 del Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil (ff. 26/34) sólo en la medida en que la ley le otorga participación en la habilitación de esta instancia al tribunal que dictó la resolución recurrida, ante el cual debe ser interpuesto el recurso.

En esa extensión, el tribunal que dictó la resolución recurrida debe pronunciarse sobre la concurrencia en el caso de los mencionados requisitos formales establecidos en la reglamentación, y sólo a ellos. Al expedirse sobre la concesión del recurso de casación ese tribunal está llamado a pronunciarse sólo sobre las formalidades del recurso.

A diferencia de lo dispuesto por la Corte Suprema con relación al recurso extraordinario federal (Fallos 319:1213; 323:1247; entre muchos otros), no está llamado a pronunciarse sobre la idoneidad del recurso, propia del juicio sobre su procedencia sustancial, el que está a cargo de esta Corte (art. 462 del CPP).

Por ello, en el auto n° 35/21, el desarrollo argumental sobre esa cuestión expone un exceso jurisdiccional y un dispendio judicial en perjuicio del adecuado servicio de justicia.

En ese entendimiento, considero pertinente y propongo disponer que sean testadas las expresiones en la sentencia que expongan la

Corte de Justicia de Catamarca

demasía apuntada y formular un llamado de atención al Tribunal de juicio, exhortándolo a observar la mayor prudencia en el ejercicio de la jurisdicción.

Así voto.

A la cuestión preliminar, el Dr. Cáceres dijo:

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

A la cuestión preliminar, el Dr. Figueroa Vicario, 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 el mismo sentido.

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

El Dr. Cippitelli da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

A la cuestión preliminar, el Dr. Martel 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 idénticos términos.

A la cuestión preliminar, la Dra. Gómez dijo:

Encuentro acertadas los motivos expuestos por el Dr. Cippitelli y por ello, adhiero al mismo y voto en el mismo sentido.

A la cuestión preliminar, el Dr. Moreno dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el Sr. Ministro emisor del primer voto y opino en igual sentido.

II). Contra la sentencia del Tribunal de Juicio, el Dr. Miguel Ángel Dahbar, abogado defensor del encausado S., interpone el presente recurso.

Puntualmente, invoca vulneración a la garantía de imparcialidad del tribunal (arts. 33 y 18 de la CN); inobservancia del art. 4 de la ley n° 22278 -régimen penal de la minoridad-; denuncia arbitrariedad y falta de

fundamentación en la calificación legal aplicada (art. 55 CP) e inobservancia o errónea aplicación de las reglas de la sana crítica en la apreciación de las pruebas.

Primer motivo de agravio:

Como vulneración a la garantía de imparcialidad cuestiona que uno de los integrantes del tribunal de juicio, el Dr. Fabricio Gershani Quesada, intervino en la investigación penal preparatoria como juez titular del tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil (ff. 129/133), confirmando -en dicho acto- la detención del menor J. A. S.

Argumenta que el magistrado de mención juzgó a su defendido siendo que se encontraba imposibilitado de integrar el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil en lo Criminal, Apelaciones, Ejecución y Control de Garantías Constitucionales, de conformidad a lo dispuesto por el art.11, inc. c) de la Ley 5544.

Cita fallos de la CSJN al respecto y solicita se deje sin efecto la sentencia impugnada.

Segundo motivo de agravio:

El recurrente cuestiona al Tribunal alegando que nunca pudo haber dictado sentencia en razón de que su pupilo procesal no fue sometido al correspondiente tratamiento tutelar que dispone la ley 22278 en su art. 4, inc. 3º.

Sostiene que, en la audiencia de control de detención se ordenó dicho tratamiento tutelar, quedando el mismo en una simple expresión de deseo, toda vez que no se cumplió con lo dispuesto en los puntos II y III de la parte resolutive de dicho acto procesal (f. 133). No obstante, el debate se llevó a cabo -lo que no debió haber sucedido, enfatiza-, siendo que el tratamiento tutelar se encuentra previsto en la ley como una cuestión previa para la imposición de la pena.

En tal sentido, argumenta que el representante del Ministerio Público trató en su alegato de remediar esta falencia expresando: “el

Corte de Justicia de Catamarca

resultado del tratamiento tutelar se ve suplido por el amplio informe social incorporado, por lo que puede declararse la responsabilidad penal". Es decir, el "amplio informe social incorporado" que suple -a su criterio- la falta de tratamiento tutelar, es el informe socio ambiental obrante a f. 165/vta., que fue incorporado por su lectura al debate.

Entiende que este desatino no debió ser aceptado por el tribunal de juicio, toda vez que la médica psiquiatra del CIF al practicar la pericia psiquiátrica al imputado (ff. 142/143), cuando debió responder a los puntos de pericia n.º 5 y 6 informó que se vio imposibilitada de hacerlo en razón de que era necesario contar -respecto a las "alteraciones psicológicas vinculadas al hecho que se le imputa" y "esfera psicosexual de la persona"-, con las pericias psicológicas del encausado; pero estas prácticas nunca se llevaron a cabo y que de existir, hubieran concurrido a un correcto y completo tratamiento tutelar, que también es requerido por la ley para la imposición de la pena.

Refiere que la Cámara tuvo en cuenta el resultado del tratamiento tutelar (reemplazado por una amplia información sumaria -art. 8 del decreto ley 22278-), para imponer la pena de diez años de prisión. En tal sentido, expresa que el informe socio ambiental (f.165/165vta.) no reúne la calidad de una amplia información sobre la conducta, para suplir el tratamiento al que debió haber sido sometido su defendido.

De este modo, el recurrente sostiene que la Cámara estaba imposibilitada de imponer pena alguna en orden a la carencia de tratamiento tutelar y/o amplia información sobre la conducta del traído a proceso y, por ello, solicita se deje sin efecto la sentencia por violación de lo dispuesto en la ley 22278.

Tercer motivo de agravio:

Desde otro ángulo, el recurrente cuestiona que el tribunal al responder a la segunda cuestión, se circunscribió únicamente al análisis de la figura penal que, a su criterio, habría infringido el imputado. Puntualmente, se

agravia al sostener que ninguna consideración efectuó el tribunal con relación a por qué considera que el hecho nominado primero es un hecho continuado y por qué motivo el hecho nominado segundo, es un hecho único, independiente del primero, haciéndolos concursar en forma real, circunstancia que incide – enfatiza el recurrente- en la determinación de la pena a tenor de lo que dispone el art. 55 del CP. En tal dirección, argumenta que el tribunal dictó su veredicto por dos hechos únicos.

Arguye que el sentenciante siguió la postura acusatoria del Fiscal de Cámara, quien expresó: *“Ha quedado acreditado en este proceso, que desde que la niña tenía 6 años de edad y hasta los 7 años inclusive, el imputado J. A. S. abusó sexualmente en reiteradas oportunidades de B., por distintas vías (bucal, vaginal y anal) introduciendo no solo su pene, sino también sus dedos, todo ello en el tiempo descripto en la acusación, esto es, entre los meses de mayo del año 2017 y mayo del 2018 en el primer hecho y, específicamente, el día 12 de mayo del año 2018 en el segundo hecho, ocasionándole lesiones y dejándole secuelas hasta la actualidad en su salud mental”*. *“En consecuencia (...) se da por reproducido aquel auténtico y verosímil relato contenido en la requisitoria fiscal de elevación a juicio”*.

De este modo, interpreta el recurrente que, con estas dos últimas manifestaciones que efectúa el tribunal al responder la primera cuestión en la que da por acreditados los hechos, plasma la incongruencia que resulta de contraponer el hecho continuado primero y el hecho único segundo, con lo que dice en el veredicto, en donde afirma que son dos hechos únicos.

Sostiene que el tribunal debió refutar la postura de la defensa que sostuvo que el camino del delito desplegado es un hecho continuado que comprende a ambos hechos: primero y segundo. Cita doctrina al respecto.

Manifiesta que el delito continuado presume un supuesto de unidad de delito, a pesar de haber una pluralidad de hechos o conductas que están reducidas normativamente, lo que lo diferencia del concurso real en

Corte de Justicia de Catamarca

donde hay una pluralidad delictual -varios delitos independientes-. La pena a aplicarse no son las reglas del concurso real, sino el de la pena mayor del concurso ideal, por haber en definitiva un solo delito a pesar de haber una pluralidad de acciones o de conductas.

Luego, refiere a los requisitos subjetivos, pluralidad de acciones homogéneas y unidad de lesión jurídica, para ilustrar que la existencia del delito desplegado es un delito continuado.

Expresa, que el agravio que causa la sentencia deviene en que, al hacerlos concurrir materialmente, la pena máxima resulta de la suma aritmética de las penas máximas de los dos hechos, esto es 30 años, cuando en realidad y si se hubiera efectuado una correcta valoración e interpretación de lo acontecido, aplicándose el art. 55 del CP -a contrario sensu-, se habría establecido la existencia del delito continuado. De este modo, en función del ant. 54 de la ley de fondo se hubiera determinado que la pena máxima es de 15 años.

Cita jurisprudencia al respecto y solicita se revoque la sentencia y se establezca la existencia del delito continuado, que surge de una aplicación a contrario sensu del art. 55 del CP, que comprenda todos los hechos que se le atribuyen al encausado.

Cuarto motivo de agravio:

Por último, el recurrente refiere que el tribunal no ha analizado en su integridad la prueba arrojada al proceso, que ha efectuado un estudio parcial y aislado de la misma, tiñendo así, de arbitrariedad a la sentencia condenatoria impuesta.

Argumenta que los jueces para imputar la calificación legal dada a su asistido e imponerle la pena de diez años de prisión, consideraron como prueba fundamental el testimonio de la Dra. Tomassi –médica especialista en tocoginecología-, cometiendo de esta manera la más colosal de las arbitrariedades. Analiza lo manifestado en debate por dicha profesional,

confronta sus conclusiones con un especialista en medicina legal y concluye que lo declarado por esta testigo no debe ser tenido en cuenta.

Por otra parte, cuestiona que lo expuesto por la menor en Cámara Gesell no corrobora los dichos de sus progenitores con relación a las prácticas de sexo oral. Asimismo, argumenta que la niña dijo que tenía la calza puesta por lo que no pudo ser accedida carnalmente por el acusado; que la perito dictamina que aquella hace manifestaciones que no se condicen con su edad; que no se detectó sangre en la ropa interior de B. J. G. R.; que no se le realizó hisopado vaginal y que, de la lectura de la pericia psicológica se advierte el direccionamiento que le efectuaron para agravar la situación legal de su asistido

Como conclusión expresa que la sentencia debe casarse por falta de fundamentación y por haber incurrido en arbitraria valoración del material probatorio; y solicita se ordene la realización de un nuevo juicio y se dicte una sentencia conforme a derecho.

Efectúa reserva del Caso Federal.

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

1º) ¿Es admisible el recurso?

2º) En el caso de autos ¿El Tribunal ha vulnerado la garantía constitucional de imparcialidad? ¿La sentencia ha incurrido en errónea aplicación del art. 4 de la ley 22278? ¿El tribunal ha aplicado erróneamente el art. 55 CP? ¿La resolución cuestionada ha inobservado o aplicado erróneamente las reglas de la sana crítica en la apreciación de las pruebas y, a consecuencia de ello, ha aplicado erróneamente la ley sustantiva? ¿Qué resolución corresponde dictar?

A la Primera Cuestión, el Dr. Cippitelli dijo:

El presente recurso de casación, conforme lo resuelto en la cuestión preliminar, reúne los requisitos de admisibilidad formal establecidos en el art. 460 del CPP, debido a que es interpuesto en forma y en tiempo

Corte de Justicia de Catamarca

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, el Dr. Cáceres dijo:

Me adhiero a la solución propuesta por el Sr. Ministro preopinante y voto en igual sentido por la admisibilidad formal del recurso.

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

El Dr. Cippitelli da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

A la Primera cuestión, la Dra. Rosales Andreotti 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 el mismo sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Martel 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 idénticos términos.

A la Primera cuestión, la Dra. Gómez dijo:

Encuentro acertadas los motivos expuestos por el Dr. Cippitelli y por ello, adhiero al mismo y voto en el mismo sentido.

A la Primera cuestión, el Dr. Moreno dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el Sr. Ministro emisor del primer voto y opino en igual sentido por la admisibilidad formal del recurso.

A la Segunda Cuestión, el Dr. Cippitelli dijo:

Los hechos que el Tribunal consideró acreditados son los siguientes: “Hecho nominado primero: Que sin poder precisar una fecha ni horario con exactitud, pero que se ubicaría entre el mes de mayo del año 2017 y el mes de mayo del año 2018, en circunstancias en que la menor de edad B. J.

G. R., en compañía de sus progenitores, se encontraba de visita en el domicilio de sus tíos, sito en calle Gral. Navarro, casa n° 15, B° Municipal de esta ciudad Capital, más precisamente en una de las habitaciones del mencionado inmueble, en donde dormirían sus tíos y su primo, el joven J. A. S.; éste último, mintiéndole que le realizaría masajes y encontrándose solo con B. en dicha habitación, la hacía subir encima y moverse, abusando sexualmente de ella accediéndola carnalmente por vía vaginal y anal, lo que se habría reiterado en varias ocasiones. Hecho nominado segundo: que el día 12 de mayo del año 2018 a horas 23:30 aproximadamente, en circunstancias que la menor B. J. G. R., en compañía de sus progenitores, se encontraba de visita en el domicilio de sus tíos, sito en calle Gral. Navarro, casa n° 15, B° Municipal de esta ciudad Capital, más precisamente en una de las habitaciones del mencionado inmueble, en donde duermen sus tíos y primo, el joven J. A. S.; éste último mintiéndole que le realizaría masajes y encontrándose solo con B. en dicha habitación, habría procedido a besarla, apretarla y obligarla que le toque sus partes íntimas, para bajarle luego la calza que llevaba puesta la menor e introducirle sus dedos en la vagina mientras la masturbaba, produciendo con esto un dolor en la zona genital de la víctima, siendo interrumpido el accionar por el progenitor de la misma que ingresó”.

Previo ingresar al tratamiento de los agravios cuyo examen propone la recurrente, conforme el criterio que esta Corte viene sustentando con relación a la temática de los cuestionamientos traídos a estudio (S. n.º 34/2021, S. n.º 28/2021, S. n.º 31/2020, entre otros precedentes), debo decir que, a las pautas de revisión y control de la prueba que surge de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal” (*Fallos*: 328:3399), deben sumarse los postulados derivados de las obligaciones asumidas por los Estados de “proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales” al suscribir la Convención de los Derechos del Niño (art. 34) y la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” (“Convención de Belém Do Pará” y aprobada por

Corte de Justicia de Catamarca

Ley 24632); instrumento supranacional que fija el estándar de la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7 inciso “b”), directrices que se plasmaron, a su vez, en la ley 26485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), y que establece entre sus objetivos, promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2), y específicamente, a preservar su “integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial” (art. 3, inc. c).

Por ello, teniendo en cuenta que la violencia contra la mujer constituye una violación de derechos humanos y que, en el presente se trata de una víctima de abuso sexual infantil, doblemente vulnerable, por su condición de niña -7 años al momento de los hechos- y de mujer, el examen de la cuestión impone la incorporación de la “perspectiva de género” como pauta hermenéutica constitucional y como principio rector para la solución del caso, exigiendo para ello un análisis armónico, sistémico, multidimensional, que integre la normativa nacional y supranacional vigentes (art. 75, inc. 22 CN).

Sentadas las bases sobre las que habrá de transitar la revisión propugnada en el recurso, ingresaré a dar inicio al tratamiento separado de cada uno de los cuestionamientos introducidos por el recurrente.

Primer agravio:

El impugnante plantea la violación de la garantía de juez imparcial por considerar que el Dr. Gershani, integrante del Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil en lo Criminal, Apelación, Ejecución y Control de Garantías Constitucionales de Primera Nominación, se encontraba impedido de intervenir en el juicio por haber previamente actuado como Juez de Control de Garantías confirmando la detención de su asistido (ff. 129/133 vta.).

Entonces, el agravio impone definir si en el caso, la integración del Dr. Gershani como miembro del Tribunal colegiado afectaba o no la invocada garantía de imparcialidad por haber confirmado la detención del

imputado y luego integrar el tribunal que, por unanimidad, dictó la sentencia condenatoria.

Sobre este punto en particular, no debe perderse de vista lo sostenido por la Corte Federal (*Fallos*: 327:5863) al referir que la garantía en cuestión ha sido interpretada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando señaló que “en materia de imparcialidad del juez lo decisivo es establecer si, ya desde el punto de vista de las circunstancias externas (objetivas), existen elementos que autoricen a abrigar dudas con relación a la imparcialidad con que debe desempeñarse el magistrado, con prescindencia de qué es lo que pensaba en su fuero interno”.

Asimismo, el citado Tribunal en el aludido precedente, agregó que tales criterios jurisprudenciales han sido asumidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como aplicables a la interpretación de la garantía del art. 8.1., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conf. Informe 5/96, del 1º de marzo de 1996, caso 10.970, *Mejía vs. Perú*), al expresar: "...la imparcialidad objetiva exige que el tribunal o juez ofrezca suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso" (*ídem*, considerando 28º).

En esta línea de razonamiento, por la similitud del planteo considero oportuno recordar aquí, el caso *Mongiardini* (*Fallos*: 331:1744), en el que la Corte Suprema descartó la afectación de dicha garantía, al precisar que lo resuelto acerca de la libertad de los encausados con anterioridad al fallo, no implicaba comprometerse con la posición del fiscal y la defensa para resolver en definitiva el caso.

De ello se colige que, no cualquier intervención judicial anterior pone en crisis la imparcialidad llamada objetiva, sino aquella que se traduzca en el ejercicio progresivo de diferentes funciones judiciales a lo largo de una causa, de modo que serían las circunstancias concretas del caso las que - en definitiva- determinen si se halla comprometida, o no, esa garantía.

Corte de Justicia de Catamarca

Y compartiendo el Dictamen del Procurador General de la Nación, en el referido precedente, el Máximo Tribunal del país sostuvo que: “De acuerdo con tales pautas, no surge de los motivos expuestos a fojas 801, ni advierto en la sentencia recurrida -más allá de las "vicisitudes y omisiones" que resalta el tribunal de juicio con motivo de lo que califica como "gruesos errores" durante el trámite excarcelatorio- que se hayan precisado las razones que permitan vislumbrar que lo resuelto acerca de la libertad de los encausados implicó comprometerse con la posición del fiscal y la defensa para resolver en definitiva el caso. Ese defecto de fundamentación del pronunciamiento adquiere mayor relevancia cuando se repara en que la decisión de excarcelar al imputado se sustentó en disposiciones estrictamente procesales, sin que se advierta relación alguna entre esos fundamentos rituales y la cuestión de fondo” (*Fallos*: 331:1744).

De conformidad a lo referido, puedo apreciar de las concretas constancias de estos autos, que las objeciones articuladas por el recurrente alegando la supuesta falta de imparcialidad del Dr. Gershani carecen de sustento. Ello así, en tanto al respecto no debe omitirse que, la actividad de aquél en la etapa de investigación penal preparatoria estuvo destinada a una actividad netamente procesal, circunscripta a ponderar el riesgo procesal y a confirmar la medida cautelar restrictiva de la libertad solicitada por el Fiscal Penal Juvenil.

Por tales razones, entiendo que la medida confirmatoria de la detención del acusado, no significó adelantar opinión sobre la culpabilidad o inocencia de Salas.

Consecuentemente con ello, la decisión del magistrado se sustentó en disposiciones de estricto tenor procesal, sin que se advierta relación alguna entre aquellos fundamentos de forma y la cuestión de fondo. De manera tal que, la señalada circunstancia no denota ni implica adelanto de opinión sobre el fondo del asunto.

Por otra parte, tampoco demuestra el impugnante en qué se basa para considerar comprometida la imparcialidad del juzgador. Ello así, omite controvertir, expresar o atacar los argumentos brindados indicativos de algún adelanto de opinión que haya impactado en la decisión y de ese modo comprometido la imparcialidad del cuestionado miembro del tribunal.

Observo además que, en el caso, tampoco resulta de aplicación la invocada doctrina de los precedentes "Llerena" (*Fallos*: 318:1491) y "Dieser" (*Fallos*: 329:3034). Ello, porque el asunto aquí cuestionado no guarda analogía ni se identifica con los asuntos ventilados en aquellos fallos. En el primero, la decisión estuvo referida a la intervención de un único y mismo magistrado en las etapas de instrucción y del plenario, previstas en el Código Procesal Penal de la Nación; y en el mencionado caso "Dieser", al que también alude el recurrente, el cuestionamiento refería a que dos, de los tres magistrados integrantes de la Cámara Penal de Venado Tuerto, habían suscripto el voto mayoritario a favor de la condena, y eran los mismos que habían intervenido previamente en diversas apelaciones suscitadas en el proceso (que cuestionaron el auto de procesamiento, la prisión preventiva).

Sumado a ello, que el recurrente ejerció la defensa técnica del acusado desde su imputación, asistiendo a J. A. S. en su declaración de imputado (ff. 108/111 vta; 122/123 vta.), en la audiencia de control de detención (ff. 129/133 vta.) y en todos los actos procesales consecutivos previos y posteriores a la realización del juicio oral. En consecuencia, según lo constatado a ff. 233/234, la defensa del imputado al ser notificada de la integración del tribunal (f. 230/230 vta.) y del decreto de citación a juicio (f. 231), no recusó al magistrado cuya afectación de imparcialidad denuncia. Y tampoco al inicio del debate, ni al momento de alegar, formuló observación alguna pese a encontrarse personalmente frente a todos los miembros del tribunal, introduciendo recién esta circunstancia como agravio por la vía extraordinaria del recurso de casación. Consecuentemente, también por esta

Corte de Justicia de Catamarca

razón, el planteo resulta inadmisibile y debe ser rechazada la pretensión de que se declare la nulidad del juicio y de la sentencia.

Por otra parte, el recurrente ha omitido especificar cuál es el punto concreto de agravio de la pretendida declaración de nulidad, en tanto su argumentación, como se dijo, se limita sólo a aseverar que el voto –adhesivo– del magistrado que actuó como juez de control de garantías en la etapa de investigación penal preparatoria, se encuentra teñido de parcialidad.

Tampoco explica por qué entiende que el magistrado ha dejado de ser imparcial. Para que ello ocurra, debe haber existido prejuzgamiento. Este se configura por la emisión de opiniones intempestivas respecto de cuestiones pendientes que aún no se encuentran en estado de ser resueltas. En cambio, las vertidas por los magistrados en la debida oportunidad procesal, sobre puntos sometidos a su consideración, en modo alguno implica opinión anticipada, sino directa y en el cumplimiento del deber de proveer el planteo sometido a su decisión (Fassi C., Santiago - Yáñez, César D., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y demás normas procesales vigentes”. Comentado, anotado y concordado, T. 1, 3ra. edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 233).

Este Tribunal, en reiteradas oportunidades, ya se expidió en el sentido de que los actos y resoluciones cumplidos y dispuestos por los señores Magistrados por sí solos no generan causales de inhibición o de recusación, no siendo admisible a los litigantes ni a sus letrados alegar por tales causas motivo de recusación, pues si así fueran todos los jueces que deciden en contra del interés de alguna de las partes deberían ser recusados. Es por ello, que ni aún los desaciertos, en que eventualmente pudieran incurrir las resoluciones sometidas a la revisión recursiva para una eventual enmienda, pueden originar el apartamiento del juez. (A.I. n.º 63/2003, A.I. n.º 22/2005, A.I. n.º 17/2005, S. n.º 24/2010).

Es este el sentido en que debe interpretarse la actuación del Dr. Gershani como juez titular del Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil

de Control de Garantías Constitucionales, plasmada a ff. 129/133 vta. (Acta de Control de detención) limitada a controlar la legalidad de la detención del imputado J. A. S.; extremo del que no puede considerarse el adelantamiento de opinión que se analiza, sino más bien, que el magistrado se pronunció en la oportunidad correspondiente y de acuerdo a las constancias del proceso, sin expedirse sobre el mérito de la causa.

En consecuencia, no surge de los motivos expuestos por la parte recurrente, ni advierto en la sentencia puesta en crisis, que se hayan precisado razones que permitan vislumbrar que, en el presente, se encuentre comprometida la cuestionada garantía de imparcialidad del tribunal.

Por ello, propongo que en el presente se debe descartar la vulneración constitucional alegada por el recurrente. Así voto.

Segundo agravio:

Sostiene el recurrente que no se puede determinar la responsabilidad de su asistido atento a que se incumplió con los requisitos previstos en el art. 4 de la ley 22278. Dice que J. A. S. no contó con tratamiento tutelar, vulnerándose de ese modo lo dispuesto en la normativa de mención.

Sin embargo, no formula una crítica razonada y concreta de los fundamentos del fallo en donde el tribunal ha dado concreta respuesta a la cuestión planteada. Por esa razón, el recurrente no asume la carga de demostrar que la sentencia haya incurrido en una errónea aplicación legal.

Observo que, al analizar los requisitos normativos previstos por el régimen penal de la minoridad, el tribunal ponderó que sí se encontraban presentes las condiciones legalmente exigidas (art. 4 y 8, ley n° 22278) para imponer una pena a J. A. S.

En tal sentido, del análisis de las normas en cuestión, surge: “1) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal, como es el caso de J. A. S. en ese mismo acto –es decir, con el dictado de la sentencia-; 2) Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad, condición que también se encuentra cumplida (20 años al inicio del juicio) y 3) Que haya sido

Corte de Justicia de Catamarca

sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso de ser necesario hasta la mayoría de edad”. En relación a este último requisito, el tribunal –en sentido opuesto al postulado en el recurso– ponderó que la exigencia se encontraba cumplida. Ello surge de correlacionar el art. 4 con lo normado por el art. 8 de la ley 22278, el que dispone: “Si el proceso por delito cometido por un menor de dieciocho (18) años comenzare o se reanudare después de que el imputado hubiera alcanzado esta edad, el requisito del inciso 3 del artículo 4 se cumplirá en cuanto fuere posible, debiéndose complementar con una amplia información sobre su conducta. Si el imputado fuere ya mayor de edad, esa información suplirá el tratamiento a que debió ser sometido”.

Sentado ello, considero que el planteo luce de un análisis aislado sin una concatenación integral del cuerpo normativo que resulta de aplicación al caso, por lo que en modo alguno se evidencia la existencia del agravio invocado por el impugnante en la instancia.

Observo, además, que tampoco tiene entidad para modificar lo decidido, la tardía solicitud del recurrente en tanto ningún argumento formuló al respecto al momento de emitir sus alegatos finales. Y es que, en la señalada oportunidad, y ante la eventual hipótesis de que el Tribunal optara por reemplazar el tratamiento tutelar por la amplia información sumaria - como autorizaba la norma-, circunscribió sus argumentos a pedir que, en caso de condena, se aplicara a su asistido la reducción de la pena en la forma prevista para la tentativa; pretensión que ha sido acogida por el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil, al imponerle a J. A. S. para su tratamiento de ejecución penal especializado, la sanción de diez años de prisión.

Advierto que la defensa al referirse a la individualización de la pena que estimaba justa para el hecho atribuido a su asistido, ninguna consideración efectuó respecto al agravio que plantea en esta instancia. Al contrario, su alegato estuvo dirigido a fundamentar y argumentar la imposición de la condena cuya aplicación pretendía para su asistido.

Y es que, tampoco formuló en la oportunidad procesal ninguna objeción, oposición o cuestionamiento a lo expresamente peticionado por el Fiscal de Cámara, quien alegó que se daban los requisitos legales para la imposición de una sanción a J. A. S. por considerar –entre otras condiciones- que el resultado del tratamiento tutelar se encontraba suplido por el amplio informe social incorporado. En efecto, el planteo resulta extemporáneo.

Por último, cabe agregar que, los cuestionamientos alusivos a la ausencia de pericias psicológicas efectuadas al acusado, ninguna incidencia tiene a los fines de la cuestionada aplicación de la pena impuesta. Ello así, en tanto, lo que era de carácter obligatorio por el tipo de delito atribuido es la realización de la pericia médica psiquiátrica (art. 82 CPP), a fin de verificar la capacidad procesal y la capacidad penal. En tal sentido, conforme se constata a fs. 142/143, de sus conclusiones se extrae que J. A. S. no presenta alteraciones morbosas ni insuficiencia de sus facultades mentales, que contó con discernimiento suficiente para comprender la criminalidad del acto que se le imputa y puede dirigir sus acciones a voluntad; circunstancias éstas no controvertidas por la defensa.

Por ello, considero que el presente embate tampoco puede tener acogida favorable.

En consecuencia, voto negativamente a la presente cuestión.

Tercer agravio:

El impugnante argumenta que los sucesos disvaliosos atribuidos al acusado deben considerarse como un hecho único, que se trata de un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal y no de un concurso de delitos.

Este cuestionamiento carece de una crítica razonada, en tanto no consigue demostrar los vicios jurídicos invocados y, en esta dirección, no logra rebatir adecuadamente los fundamentos sobre los cuales el tribunal sustentó su decisión.

Corte de Justicia de Catamarca

En lo que al punto se refiere, observo que la plataforma fáctica definida en la sentencia respetó estrictamente los extremos de la imputación atribuida a J. A. S. durante todo el proceso, cuya significación jurídica no ha mutado. De ello se colige, que no ha existido una condena sorpresiva sobre hechos y circunstancias de las que el acusado no haya podido defenderse debidamente (*Fallos*: 284:54; 298:104 y 304); y tampoco hubo alguna variación brusca del objeto del proceso. Ha existido una correlación adecuada entre la imputación primigenia y la formulada en la sentencia con arreglo a los hechos tal como quedaron probados, de modo que la parte ha podido resistir esa imputación.

Concretamente, debo decir que, con los argumentos que postula la parte recursiva no logra evidenciar en qué consiste el error jurídico que le causa agravio.

Tanto de lo consignado en el acta de debate y en la sentencia surge que el tribunal coincidió con los dos hechos descriptos en la acusación fiscal –mantenidos a lo largo de todo el proceso- y con la calificación jurídica atribuida. En tal sentido, independientemente de si el primer hecho continuó en el tiempo luego de cometido y de que se haya visto interrumpido por el segundo, considero acertada la conclusión del tribunal al sostener que existieron dos hechos (primero y segundo) de abuso sexual con acceso carnal en concurso real (arts. 119, tercer párrafo en función del primer párrafo, 45 y 55 CP), cuyo autor fue el acusado J. A. S.

Por otra parte, con el argumento que invoca el recurrente a modo de agravio, basado en sostener que al haber concurrido los dos hechos del modo en que lo hizo el tribunal, la suma aritmética de la pena máxima es treinta años, mientras que, si se hubiese considerado la existencia de un único hecho continuado, la pena máxima sería de 15 años, no logra evidenciar en qué consiste el error que invoca en perjuicio de su asistido, en tanto el mismo fue condenado a la pena de diez años de prisión.

Observo, además, que la fundamentación de ese monto punitivo no ha sido controvertida por la defensa, en tanto ningún cuestionamiento efectúa al respecto. Es decir, no demuestra que la pena decidida importe un desajuste de las reglas de los arts. 40 y 41 en relación con la escala penal de los delitos atribuidos, a tenor de la gravedad de los hechos acreditados y el grado de culpabilidad del acusado en relación con aquellos.

Por las razones invocadas, el presente agravio no puede tener acogida favorable en esta instancia. Así voto.

Cuarto agravio:

Por último, el recurrente cuestiona la fundamentación probatoria de la sentencia por considerar que el tribunal ha efectuado una valoración parcial y aislada de los elementos allegados al juicio, que no acredita la comisión de los hechos de abuso sexual con acceso carnal por parte de su defendido.

Observo así, que los agravios que expone el recurrente, tendientes a descalificar la motivación de la sentencia condenatoria, apuntan a discutir la intervención que en el hecho de la causa le es reprochada a J. A. S. No obstante, los argumentos son insuficientes a los fines de obtener su pretendida modificación.

En efecto, el impugnante no se hace cargo del claro razonamiento efectuado por el tribunal, circunscribiendo su agravio a descalificar lo expuesto en el juicio por la Dra. Tomassi –médica especialista en tocoginecología- y a sostener que ponderó el testimonio de la mencionada profesional otorgando a esa prueba valor fundamental y decisivo para atribuirle a su asistido la comisión de los delitos de abuso sexual con acceso carnal.

Con tal apreciación, la defensa no refuta las consideraciones que constituyen el fundamento de la sentencia ni explicita puntualmente el carácter dirimente de las contradicciones en las que, conforme lo expresa, incurre la cuestionada profesional.

Corte de Justicia de Catamarca

Y es que, el escrito recursivo evidencia que el recurrente omite efectuar una valoración crítica integral, brindando nuevos fundamentos tendientes a rebatir, contrarrestar o refutar los argumentos brindados por el tribunal de juicio y, de esa manera, lograr revertir las conclusiones alcanzadas en dicha resolución.

Por otra parte, observo que la sentencia impugnada puntualmente consideró en sus fundamentos las pautas normativas que rigen en materia de perspectiva género, al reconocer la especial condición de doble vulnerabilidad de la víctima de los hechos constitutivos de violencia sexual – mujer y menor de edad-, efectuando, de ese modo, un examen crítico de la prueba acorde a las exigencias que imponen los tratados internacionales de derechos humanos (Convención sobre los Derechos del Niño y Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer Convención de los Derechos del Niño), así como, lo dispuesto por las respectivas leyes nacionales que rigen la materia (Ley n.º 26485 y su decreto reglamentario).

Sentado lo anterior, en sentido opuesto al postulado en el recurso -en tanto la defensa no niega la existencia de los abusos sexuales, aunque discute las circunstancias modales de ejecución de los hechos atribuidos a J. A. S.- estimo acertado el razonamiento seguido por el tribunal al concluir que la niña fue accedida carnalmente -vía anal, vaginal y bucal- por el acusado.

En tal sentido, el recurrente no demuestra el desacierto que predica del fallo al descalificar los dichos de la ginecóloga que revisó a la menor a tres días de sucedido el hecho. Y es que, esa postura desatiende la visión integral y armónica de las distintas probanzas examinadas por el tribunal, las que respaldan y dan sustento a los dichos de la niña y condujeron al juzgador a concluir del modo en que lo hizo (testimonios de sus progenitores - E. R. R. S. (madre) y J. G. G. (padre)-, de la tía de la víctima, O. P. R. S.; declaración de la menor B. G. en Cámara Gesell (ff. 80/82), pericia psicológica efectuada a la niña y la pericia psiquiátrica realizada al acusado).

En razón de lo expuesto, estimo acertada la ponderación que el tribunal de juicio ha efectuado de los testimonios brindados por los progenitores de la niña quienes manifestaron en el juicio, el momento y las circunstancias en las que tomaron conocimiento de que su hija estaba siendo abusada desde hacía un largo tiempo por J. A. S.; relataron el estado emocional, con crisis de llanto, miedo y angustia en el que la menor fue, de a poco, contándoles los padecimientos sufridos. Sobre el punto, su progenitora dijo: “A. le metía los dedos dentro de su vagina” -palabras vertidas por E. R. R. S.-. Explicó la modalidad utilizada por el agresor en tanto con la excusa de que le haría masajes a la niña, luego comenzaba a tocarle los pechos hasta que bajaba a sus partes íntimas. Que A. se bajaba los pantalones y le hacía practicar sexo oral “que le chupaba el piquito y que a veces se ahogaba”. Que su hija le comentó que le “ardía la palomita –refiriéndose a la vagina-”, que se la vio irritada y al preguntarle que le había pasado, llorando le dijo que A. le había metido los dedos y le hizo doler. Refirió, además, que ante su pregunta respecto a si le metió el piquito en la vagina la niña respondió “sí mamá”, contándole que había algo que impedía que, entre todo, pero que sí entraba un poquito. Que por la colita también y que la hacía sentar de espaldas y la movía. Que luego de que se bañara, la secó y observó que tenía toda la vagina irritada.

Por otra parte, que el recurrente prescinde considerar que, a los fines de la valoración de la prueba, cuenta que se trata de hechos que, por lo general, se consuman en la esfera de la intimidad, y que la víctima del hecho constitutivo de los actos de violencia sexual de que se trata en las presentes, es una menor de edad. Digo ello, porque al considerar el relato de un niño, numerosa jurisprudencia ha destacado que éste no puede ser analógico en su tratamiento al de un adulto, no debiendo someterlos a un minucioso examen lógico, en desmedro de los rasgos distintivos que le confieren la madurez y afectividad propias de su edad. Es que, semejante abordaje olvida que, si a la valoración de toda prueba obtenida en el proceso ha de aplicarse la sana crítica

Corte de Justicia de Catamarca

racional (art. 201 C.P.P.), ésta se integra con la lógica, pero también, y en igual medida, por las reglas de la experiencia común y la psicología.

Es una regla de la experiencia común -en cuanto constituye un hecho notorio, aprehensible espontáneamente por el intelecto como verdad indiscutible-, que el relato de un niño no puede ser objeto de un estricto control de logicidad. En ninguna esfera de su vida en relación -familiar, escolar, social, etc.-, quien se comunica con un niño lo hace con la expectativa de obtener de su pequeño interlocutor un razonamiento impoluto, sin fisuras, sin olvidos, sin contradicciones, sin imprecisiones y no existen motivos para mensurar con inmutable rigor la narración que ofrece un niño cuando es convocado a declarar en un proceso penal.

La psicología, también ofrece un inestimable aporte para la valoración del relato infantil, en tanto explica los mecanismos e interacciones inherentes a la psiquis del niño que subyacen a esta peculiaridad arriba referida y constatada por la experiencia común. Por dicho motivo, se ha sostenido que resulta aconsejable -aunque no imprescindible, atento al principio de libertad probatoria receptado en el artículo 200 del código ritual- validar sus dichos con un abordaje experto. Las pericias psicológicas, en este sentido, ofician casi a modo de intérpretes del relato del niño y cuando se agregan al proceso no es posible separarlas de aquél, por su capacidad explicativa de los defectos u omisiones que puedan encontrarse en la narración del menor.

Cuando existe una pericia psicológica que se expide sobre la fiabilidad del relato del niño, la lectura de este último debe ir necesariamente acompañada de la explicación experta, en tanto aquel extremo se encuentra dentro del ámbito de conocimientos especiales de los que carece el juzgador y que, por ende, no pueden motivar su decisión.

En relación a esto último, estimo oportuno recordar lo sostenido por esta Corte en distintos precedentes (“Aybar”, S. n.º 52/2020, “Brígido”, S. n.º 3, 24/02/2014; “Galván”, S. n.º 38, 25/11/2011; “Vergara” S. n.º 49, 12/10 /2012, entre otros) en donde se dijo: “...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 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 (S. n.º 28, del 05/10/2011)”, como lo ha hecho el tribunal en el presente caso.

Las consideraciones referidas en relación al relato de un niño, lo son en plena sintonía con las directrices que emanan de documentos internacionales. Como derivación de la obligación asumida por los Estados de “proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales” al suscribir la Convención de los Derechos del Niño (art. 34), y brindando un marco práctico para el trabajo con niños víctimas y testigos de delitos dentro del proceso de justicia bajo el prisma de la Declaración sobre los principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (O.N.U.), se proclama que “cada niño tiene derecho a que se le trate como un testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, a menos que se demuestre lo contrario y siempre y cuando su edad y madurez permitan que proporcione testimonio comprensible, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia”.

Desde otra perspectiva, también se debe tener en cuenta, los casos en los que claramente se distinguen acciones, en que el varón aparece ejerciendo todo su poder en relación a una víctima mujer a la que intimida y trata con violencia. Este tipo de violencia ha merecido un amparo especial, a nivel supranacional a través de la “Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer” (más conocida como la “Convención de Belém Do Pará” y aprobada por Ley 24632). Uno de los deberes de los Estados que establece este documento, es condenar todas las formas de violencia contra la mujer, debiendo actuar con la debida diligencia

Corte de Justicia de Catamarca

para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7, inciso “b”). Estas directrices internacionales, a nivel nacional, se plasman en la Ley 26485 (Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales), que plantea como objetivos promover y garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2), y específicamente a preservar su “integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial” (art. 3, inc. c). Entonces, tratándose de una víctima de abusos sexuales –menor de edad- y revistiendo, además, la condición de mujer -cuando la violencia ejercida sobre ella lo fue en razón de su género-, se encuentra doblemente protegida por el Estado por pertenecer al colectivo de personas que cuentan con esta doble protección especial. Desde esta perspectiva debe ponderarse su testimonio, partiendo de su credibilidad, y sustentándose en prueba que corrobore su veracidad.

Con relación a esto último, el tribunal ponderó lo expresado por la niña en su declaración brindada en Cámara Gesell; consideró relevante cómo la menor B. G. confirma los dichos de su progenitora al simbolizar con los muñecos el modo en que el imputado, en el dormitorio, la hacía subir sobre él y que se moviera, señalando al primo de su papá como el autor de esos hechos; manifestando, además, que “le metía el pito entre las dos partes y la lastimaba mucho”, que la última vez que pasó ella tenía 7 años y que cuando comenzó tenía 6 años.

Y, si bien es cierto, que la menor al declarar en Cámara Gesell dijo que el día en que fue descubierto J. A. S., ella tenía la calza puesta, la circunstancia apuntada en modo alguno puede ser utilizada como razón para negar la existencia de las agresiones sexuales con acceso carnal padecidas por parte del acusado; máxime, si se considera que, en el momento en que J. G. G. ingresó a la habitación pudo observar que su hija cayó de rodillas al piso como agitada, asustada y que el imputado agarró el celular sin mirarlo a los ojos. A ello se suma, lo expresado por la progenitora de la niña en

debate, al referir que le sintió mal olor en su boca, todo lo cual resulta indicativo de que, en la señalada oportunidad B. G. le estaba practicando sexo oral al acusado.

Esto último, a diferencia de lo postulado en el recurso, ha sido ratificado por la propia menor, quien a los tres días de sucedido el último hecho (15/05/18), al entrevistarse con la psicóloga del Hospital de Niños (Protocolo ASI, f. 14), en el ámbito de confianza que le brindó la profesional y a pesar del miedo que sentía B. G. por la posible reacción de su mamá, dio detalles de lo sucedido y espontáneamente dijo que un primo la obligó a practicar sexo oral y también vaginal. Circunstancias éstas que confirman lo expuesto en debate por su progenitora. Con respecto a ello, ésta dijo que al preguntarle a su hija, si ella le chupaba el piquito a J. A. S., le respondió que sí y que, a veces, se ahogaba al hacerlo.

En lo que a este tema se refiere, cabe recordar que, 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. Sobre el punto, esta Corte ya 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 condiciones de minoridad (7 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. En efecto, del análisis efectuado ha sido descartado, cualquier tipo de animosidad o de intencionalidad de perjudicar al acusado (S. n.º 31/2020; S. n.º 11/2019; S. n.º 55/2018; entre muchas otras), circunstancia que tampoco ha sido denunciada por la defensa.

Corte de Justicia de Catamarca

De conformidad a lo examinado, en el caso, se constata que la niña pudo expresar en la medida de sus posibilidades, dada su corta edad y el impacto que los hechos han causado en su psiquis, en distintas oportunidades -a sus progenitores, al declarar en Cámara Gesell y en las entrevistas con psicólogas que la asistieron-, los padecimientos sexuales sufridos por parte del primo de su padre.

Desde esta perspectiva, considero que el tribunal dio razones válidas, que confirman la veracidad del relato de B. J. G. R., lo que encuentra apoyatura probatoria, no sólo, en lo expuesto por ella en Cámara Gesell, sino también en la pericia psicológica (ff. 91/92 vta.) que da cuenta del daño provocado en la menor víctima, además, de que presenta indicadores compatibles con vivencias abusivas, la introducción temprana y prematura a escenas de carácter sexual no consentidas.

Asimismo, otorga verosimilitud al relato de la niña, lo expuesto en debate por la psicóloga perteneciente al Cuerpo Interdisciplinario Forense del Poder Judicial, Licenciada Karina Cuello, quien entrevistó a la menor. Sobre el punto, la mencionada profesional dijo que no observó indicadores de retractación en el relato de B. J., que no hubo ninguna producción de la niña tanto verbal como gráfica que diera cuenta de su interés en cambiar aquello que decía. Que refiriéndose a su estado de ánimo la niña expresó: “me siento un poco mal, estoy como dañada, triste, sin alegría, me hacía maldad”, aclarando que para ella la maldad tenía que ver con el daño, algo que la hacía sufrir. Que la menor refirió que “lo me más me dolía era la palomita y la cola”, explicando la licenciada que esos son términos propios de una niña de siete años. Que la niña hablaba de una escena y estaba totalmente inundada por un adulto que usó su cuerpo para su beneficio.

Lo expuesto me permite concluir que el agravio vinculado en sostener que “la perito dictamina que la menor hace manifestaciones no acordes a su edad”, carece de sustento probatorio y por ende no debe prosperar.

Sentado lo anterior, confirma aún más lo expuesto por la víctima, el testimonio brindado en debate por la licenciada en psicología, Zully Ovejero, quien asiste actualmente a la niña –de diez años-. En la señalada oportunidad, la referida profesional explicó cómo la menor a través de muñecos puso en escena lo que ella vivió. De este modo, colocó un muñeco arriba del otro, que estaban sentados, empezó a hacer un movimiento con los muñecos –repárese que esto también lo hizo a los siete años en su entrevista en Cámara Gesell (ff. 80/82 vta.)-, como un golpeteo, un movimiento sexual, que B. le dijo que eso le hacía en la cola y en la parte de adelante, y que allí estalló en llantos, en gritos estremecedores, que trató de contenerla, que no podía calmarla, que ella también se puso muy mal con una tristeza inmensa, que ese recuerdo le quedó para siempre. Manifestó que el daño causado en la menor es tremendo, a nivel psicológico es tremendo. Por último, refirió al estado actual de ánimo de la niña, concluyendo que no la ve bien, que la está tratando por un cuadro depresivo, en los cambios o virajes que está haciendo en su personalidad, al llorar, estar triste o extremadamente sensible, nada lo puede tomar bien. También manifestó que al presente hay cambios positivos, pero son muy leves.

Íntimamente relacionado con lo expuesto en los párrafos anteriores, estimo acertado el razonamiento del tribunal al ponderar lo expuesto en el juicio por la Licenciada en Psicología Sonia Avellaneda. En lo que al punto se refiere, manifestó que al entrevistar a la menor a fin de verificar si se encontraba en condiciones aptas para prestar declaración en Cámara Gesell, visualizó algunos indicadores de abuso sexual, como angustia de la nena, elevada angustia sobre el tema, había cuestiones físicas puntuales.

Por ello, la valoración del testimonio de la víctima como creíble satisface la obligación estatal de protección integral, asumida al suscribir la Convención de los Derechos del Niño (art. 34), considerando: "cada niño tiene derecho a que se le trate como un testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, a menos que se demuestre lo contrario (...)" ; excepción que no fue verificada en el caso.

Corte de Justicia de Catamarca

Ante este escenario, observo que tampoco tiene entidad para modificar lo decidido, la cuestionada credibilidad de los testimonios vertidos en el juicio por los progenitores de la víctima. Ello así, porque el recurrente pretende descalificar lo expuesto por aquellos con el argumento de que refirieron que, luego de lo sucedido, su hija no quería jugar, que guardó las muñecas en una caja manifestando que era una niña grande. Ello, en modo alguno desvirtúa que la menor en las distintas oportunidades en las que se entrevistó con las diferentes profesionales licenciadas en psicología, haya podido expresar, a través de los muñecos que aquellas le proporcionaron, cómo fue la modalidad delictiva asumida por el acusado para abusarla sexualmente de ella. Tampoco es cierto, como asevera el impugnante, que B. J. haya portado juguetes y los haya llevado a las entrevistas psicológicas, en tanto tales muñecos –conforme surge acreditado- fueron aportados en las sesiones que mantuvieron. En efecto, este cuestionamiento en modo alguno logra desacreditar lo expuesto, sobre el punto, por los padres de B.

En cuanto a los agravios vinculados con el testimonio de la Dra. Tomassi –médica especialista en tocoginecología quien practicó la revisión a la menor y declaró en debate-, considero que no pueden tener acogida favorable. Ello así, en tanto el recurrente intenta desacreditar los dichos de la mencionada profesional efectuando un análisis desmembrado, parcializado y contrapuesto al resto de las probanzas examinadas por el tribunal.

Sentado ello, a diferencia de lo postulado en el recurso, estimo adecuada la relevancia otorgada en la sentencia a lo declarado por la Dra. Tomassi, quien, en lo que al punto se refiere, explicó y dio detalles de por qué considera que las tres lesiones que detectó en la niña (himen, vulva y dilatación anal) se encuentran dentro de los mayores síntomas compatibles con abuso sexual.

Por otra parte, el recurrente cuestiona que la profesional confunde desgarró, que es una alteración traumática, con escotadura, que es

alteración congénita. Sin embargo, tal apreciación omite considerar las explicaciones dadas -en el juicio-, por la prenombrada profesional, las que despejan las dudas que pretende sembrar la defensa. En tal sentido, la Dra. Tomassi aclaró que, este caso particular, refiere a cuestiones de origen traumal, que hay un porcentaje mínimo de que las alteraciones pueden ser congénitas, que la niña tiene características himeneales que le hacen pensar, que la hacen sospechar de que en un momento hubo un desgarro, por eso queda esa lesión en el borde himeneal.

Y es que, aún cuando conceptualmente pudiese asistirle razón respecto de aquella disquisición entre la diferencia entre escotadura y desgarro, puntualmente, al denominar la profesional escotaduras a aquello que no es congénito, sino cicatrices producto de lesiones provocadas en el himen; lo cierto y concreto, es que con su declaración prestada en el juicio oral dejó en claro que dichas cicatrices son producto de una lesión o un desgarro ocasionado en algún momento, por eso queda esa lesión en el borde himeneal, aclarando, que hubo rotura del borde himeneal, o sea el borde no era un borde regular, no era un borde liso. Siendo enfática en sostener que, las tres lesiones que detectó están dentro de los síntomas de mayor compatibilidad con abuso sexual.

Por lo expuesto, considero que el agravio examinado precedentemente carece de idoneidad a los fines de demostrar el pretendido desacierto del fallo en la valoración del testimonio en cuestión.

Desde otro ángulo, cabe considerar aquí, que la ausencia de hisopado vaginal o que no se haya detectado la presencia de sangre en la ropa de la niña, carece de suficiencia en tanto la intervención de J. A. S. en los hechos fue afirmada en la sentencia en otros elementos de juicio de los cuales el recurrente no demuestra el desacierto de su ponderación.

Con relación al planteo que antecede, estimo oportuno considerar aquí, lo expuesto por este Tribunal (S. n.º 24/2021) en casos en los que, si bien se realizó pericia de ADN, su conclusión fue descartar la existencia de material biológico masculino. No obstante, allí se sostuvo que, dicha

Corte de Justicia de Catamarca

circunstancia no es una prueba dirimente a los fines de desacreditar el acceso carnal, cuando -como en el caso -, existen diversos elementos de prueba, que valorados en forma integral formaron la convicción de los sentenciantes, en tanto resultan válidos, congruentes y convergentes, tal como puede advertirse de la lectura del fallo puesto en crisis.

En esta dirección, es dable señalar, que todas las pruebas tenidas en cuenta por los jueces de mérito a los fines de lograr su convicción fueron legalmente introducidas al debate, sometidas al contradictorio de las partes y valoradas de acuerdo a los principios de la sana crítica, todo lo cual posee entidad suficiente para superar las divergencias expuestas por la parte recurrente en cuanto a la falta de acreditación de la existencia del acceso carnal.

Desde esta perspectiva, la doctrina sostiene: “...la penetración típica importa la llegada del órgano sexual masculino al interior del cuerpo de la víctima, es decir, a zonas de él que normalmente no están en contacto con el exterior, aunque no interese ni el perfeccionamiento del coito por medio de la eyaculación, ni el alcance que haya adquirido la penetración y, mucho menos, que haya dejado rastros en el cuerpo de la víctima (como sería la desfloración u otras lesiones)... quedan comprendidas en el concepto de la ley las penetraciones mínimas en que el órgano sexual masculino alcanza algunas zonas del cuerpo de la víctima que, sin tener profundidad en él, no están en contacto con el exterior, como ocurre con el llamado coito vulvar o vestibular” (BOUMPADRE, Jorge - CREUS, Carlos, “Derecho Penal. Parte Especial. 1”, Astrea, 7º edición, 2010, T. 1, p. 211).

En relación a esto último, repárese en lo expuesto por la niña a su progenitora, ante su pregunta respecto a si el acusado le metió el piquito en la vagina, la niña respondió “sí mamá”, contándole que había algo que impedía que, entre todo, pero que sí entraba un poquito.

Por otra parte, cabe considerar que, si bien es cierto que la tía de la menor manifestó que la misma estaba constipada cuando estuvo de visita en su casa, repárese que lo apuntado por la testigo ocurrió con

posterioridad a la comisión de los hechos denunciados. Por ello, el agravio tendiente a justificar la dilatación anal de la niña al momento de la denuncia, invocando el recurrente la constipación de la misma, no logra desmoronar lo expuesto por la víctima sobre el punto –el acusado le metía los dedos y le hacía doler, “lo que más me dolía era la palomita y la cola”, “le metía el pitito entre las dos partes y le dolía mucho”-. Por otro lado, cabe considerar que, la profesional médica que constató la dilatación anal en la menor, con relación a ello, en debate puso en tela de juicio los argumentos del recurrente, al afirmar que es poco frecuente que aquello ocurra por constipaciones, agregando, que normalmente no se suele ver esa dilatación del cóccix anal porque confluyen bien los pliegues y se lo ve bien cerrado. Por ende, dado que el impugnante no pone en evidencia el carácter decisivo de su agravio, éste no puede ser acogido.

Las consideraciones que anteceden, permiten concluir que los agravios expuestos se fundan en una mera disconformidad o discrepancia del recurrente con los fundamentos expuestos por el tribunal, que carecen de la entidad que el impugnante les asigna, en tanto, no bastan para desmoronar la convicción sobre la intervención de J. A. S. en los hechos endilgados, construida sobre la valoración conjunta de los diversos indicadores de su autoría meritosos en la sentencia y no desvirtuados en el recurso.

Constato así, que la sentencia que condenó al imputado por el delito de abuso sexual con acceso carnal continuado (hecho nominado primero) y abuso sexual con acceso carnal (hecho nominado segundo) en concurso real, debe confirmarse, pues la determinación de la materialidad ilícita objeto de juzgamiento y la autoría responsable, encontró suficiente y racional sustento en la valoración armónica y conjunta del material convictivo, que fue revelado por el Tribunal del juicio, sin que en dicha operación se verifique la presencia de vicio o defecto que importe una vulneración de las reglas de la sana crítica racional.

Por otra parte, advierto que examinada la causa y controlada la sentencia, no se aprecia configurado ninguno de los vicios adjudicados a ésta,

Corte de Justicia de Catamarca

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, como así, que haya incurrido en arbitrariedad en relación a las cuestiones centrales que debían ser resueltas en el marco del fallo impugnado, para arribar a la certeza necesaria.

En este sentido, debo decir que todos los elementos de prueba valorados han brindado el grado de certeza necesaria en la decisión del juzgador, para dictar una sentencia condenatoria, teniendo en cuenta que los hechos se encuentran acreditados y demostrada sin ninguna duda la culpabilidad, tal como lo resalta el Tribunal en la sentencia; todo lo cual se halla construido mediante el razonamiento apoyado en reglas de la lógica, y de la experiencia común en la especie.

Por las razones expuestas, 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, voto negativamente a la presente cuestión.

Consecuentemente, propongo no hacer lugar al recurso de casación interpuesto, y confirmar la resolución impugnada. Con costas (arts. 536 y 537 del CPP). Téngase presente la reserva del caso federal. Así voto.

A la Segunda Cuestión, el Dr. Cáceres dijo:

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

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

El Dr. Cippitelli da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello, adhiero a su voto y me expido en igual sentido.

A la Segunda cuestión, la Dra. Rosales dijo:

Examinados los antecedentes de la causa y convocada a emitir mi voto en cuarto lugar, adhiero a la solución propuesta, incorporando

solo en relación al tercer agravio algunos argumentos que considero oportuno formular en esta instancia.

El recurrente menciona en su memorial respecto a este agravio que los hechos delictivos atribuidos al acusado deben considerarse como un hecho único, pues sostiene que se trataría de un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal y no de un concurso real de delitos.

Lo concreto es que, el tribunal de sentencia al valorar la calificación legal que correspondía aplicar a los hechos atribuidos al imputado, resolvió que el acusado era responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal -hecho nominado primero- y abuso sexual con acceso carnal -hecho nominado segundo- en concurso real y en calidad de autor (arts. 119, 3º párrafo en función del 1º párrafo, 45 y 55 del CP).

Conforme surge del expediente, al acusado se le atribuye la comisión de dos hechos delictivos, concretamente individualizados como hechos independientes (art. 55 del CP) que integrarían el concurso real. Con lo cual, esa concreta individualización de los hechos cuya responsabilidad reatribuye al acusado y fue sostenida por la acusación durante todo el proceso, no permite en esta instancia recibir los argumentos vertidos por la parte recurrente para sostener que en el presente caso lo que existió fue un delito continuado y no concurso real de delitos.

La circunstancia de tiempo, como el diferente modo comisivo desplegado por el acusado para realizar cada uno de los hechos que se le imputan, evidencia que se trata de hechos distintos e independientes; lo que pone de manifiesto en la presente causa, la ausencia del requisito de pluralidad de acciones homogéneas y la unidad de lesión jurídica, elementos requeridos para que un delito sea calificado como continuado.

A los fines del examen del presente agravio, debe analizarse la descripción de los hechos que se tuvieron por acreditados por el tribunal de sentencia y cuya responsabilidad se atribuyó al acusado. Respecto al hecho nominado primero expresamente se dijo que “...sin poder precisar una

Corte de Justicia de Catamarca

fecha ni horario con exactitud pero que se ubicaría entre el mes de mayo del año 2017 y el mes de mayo de 2018 ... la hacía subir encima y moverse, abusando sexualmente de ella accediéndola carnalmente por vía vaginal y anal, lo que se habría reiterado en varias ocasiones”, ya en relación al hecho nominado segundo se dijo que “el día 12 de mayo del año 2018 a horas 23:30 aproximadamente ... habría procedido a besarla, apretarla y obligarla a que le toque sus partes íntimas, para bajarle luego la calza que llevaba puesta la menor e introducirle sus dedos en la vagina mientras se masturbaba, produciendo un fuerte dolor en la zona genital de la víctima, siendo interrumpido el accionar por el progenitor de la misma”.

Del relato de los hechos surge que, si bien se trata de hechos cometidos por la misma persona en perjuicio de la misma víctima, en el mismo lugar, el medio comisivo es diferente, como así también se ubican en diferentes momentos temporales, lo que permite entender que entre el hecho nominado primero y el hecho nominado segundo existe un concurso real y no un delito continuado.

En los casos previstos por el art. 119 del CP, tratándose de un delito contra la integridad sexual, cada delito se agota o se comete con cada acción delictiva desplegada por el autor y todo acto posterior donde el acusado renueva su designio abusivo en distintas ocasiones, se traduce en el reinicio de otra conducta que debe valorarse en forma independiente.

No resulta de recibo la petición del recurrente respecto a que se computen las distintas acciones como una pluralidad de acciones homogéneas constitutivas de un único delito, por cuanto el hecho nominado primero se desarrolló en un intervalo de tiempo, que se ubica temporalmente entre el mes de mayo del año 2017 y el mes de mayo de 2018, con exposición de las circunstancias de modo y lugar en que se habrían cometido los hechos de abuso, los que se reiteraron en idénticas circunstancias en varias ocasiones conforme surge del testimonio de la víctima; mientras que el hecho nominado segundo se ubica temporalmente exactamente el día 12 de mayo de 2018,

precisión de fecha otorgada por el testimonio del padre de la niña ya que es quien interrumpe el accionar del acusado, con circunstancias de modo comisivo diferentes a las del primer hecho.

En el caso en examen no se evidencia una unidad delictiva o de lesión jurídica, toda vez que el designio sexual perpetrado por el acusado se materializa en dos hechos diferenciados con circunstancias de tiempo, lugar y modo comisivo, que se agotan en sí mismos. Con lo cual la existencia del hecho nominado primero en modo alguno puede sostenerse que esté condicionada a la presencia del hecho nominado segundo, a los fines de considerar que la ejecución repetida de conductas similares posea una única finalidad delictiva para considerar que la calificación de ambos hechos (primero y segundo) se trataría de un delito continuado.

Debería advertirse que es el propio recurrente quien reconoce que el presente supuesto no se trata de un delito continuado al decir que “si no se lo hubiera descubierto al imputado por la irrupción en la habitación del padre de la menor, este hecho hubiera quedado comprendido en el delito continuado”, por cuanto es precisamente la determinación del hecho nominado segundo el que permite sostener que se trata de un supuesto de concurso real en los términos del art. 55 del CP y no de un delito continuado como lo sostiene la defensa del acusado.

La diferencia entre el delito continuado y el concurso real precisamente radica en que, en el primero de ellos se verifica la existencia de varias conductas que jurídicamente se las computa como una sola acción, mientras que el concurso real, ocurre cuando hay una pluralidad de hechos independientes, susceptibles de ser encuadrados en uno o varios tipos penales, realizados por el mismo sujeto activo.

Conforme lo expuesto en los delitos de abuso sexual, el designio o resultado sexual se logra en cada oportunidad en que el autor logra su finalidad delictiva, con lo cual resulta coherente que el tribunal de sentencia calificara al hecho nominado primero como un delito continuado, en tanto se

Corte de Justicia de Catamarca

habría reiterado en varias ocasiones la misma conducta en un rango temporal (mayo de 2017 a mayo de 2018) sin poder precisar con exactitud las circunstancias de tiempo en que se cometieron para distinguir un hecho de otro, con lo que concluye calificándolo como un solo hecho (delito continuado), mientras que al precisarse con exactitud la circunstancia de tiempo (12 de mayo de 2018) y modalidad comisiva en el hecho nominado segundo, se evidencia la independencia entre ambos hechos (primero y segundo) y termina por resolver que, en cuanto a su calificación legal, concurren en concurso real en los términos del art. 55 del CP.

Por todo ello, compartiendo lo expuesto en el voto inaugural en relación a los argumentos dados respecto a los otros agravios planteados por el recurrente, considero que debe rechazarse el recurso de casación y confirmarse la sentencia atacada.

Así voto.

A la Segunda Cuestión, el Dr. Martel dijo:

El Sr. Ministro, emisor del primer voto, da las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Adhiero a su voto y me expido en idénticos términos.

A la Segunda Cuestión, la Dra. Gómez dijo:

Encuentro acertada la solución propuesta por el Dr. Cippitelli que decide correctamente la presente cuestión, y comparto y adhiero también a las razones expuestas por la Dra. Rosales Andreotti en su voto, por lo que me expido en igual sentido.

A la Segunda Cuestión, el Dr. Moreno dijo:

Entiendo acertados los motivos expuestos por el Sr. Ministro emisor del primer voto. Adhiero a su voto y doy el mío en igual sentido.

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

RESUELVE:

1º) Declarar formalmente admisible el recurso de casación interpuesto por J. A. S., con la asistencia técnica del Dr. Miguel Ángel Dahbar, en contra de la S. n.º 36/21 dictada por la Cámara de Sentencia Penal Juvenil.

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

3º) Ordenar que sean testadas las expresiones que revelan un exceso jurisdiccional en el auto de concesión del recurso y formular un llamado de atención al Tribunal de juicio, exhortándolo a observar la mayor prudencia en el ejercicio de la jurisdicción.

4º) Con costas (arts. 536 y 537 del C.P.P.).

5º) Téngase presente la reserva del caso federal.

6º) Protocolícese, hágase saber y, oportunamente, bajen estos obrados a origen, a sus efectos.

FIRMADO: Dres. Carlos Miguel Figueroa Vicario -Presidente-, José Ricardo Cáceres, Fabiana Edith Gómez, Luis Raúl Cippitelli, Néstor Hernán Martel, María Fernanda Rosales Andreotti y Carlos Rodolfo Moreno s/l. **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.