

///MA, 17 de agosto de 2017.

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “G.M., E. s/ Corrupción de menores agravada s/Casación” (Expte.Nº 28983/16 STJ), puestas a despacho para resolver, y

CONSIDERANDO:

Que la deliberación previa a la resolución ha concluido con el acuerdo de los señores Jueces que se transcribe a continuación.

El señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo:

1. Antecedentes de la causa:

1.1. Mediante Sentencia Nº 92 de fecha 18 de noviembre de 2016 la Cámara Tercera en lo Criminal de la IIª Circunscripción Judicial resolvió condenar a E.G.M. por los delitos de abuso sexual simple, reiterado en un número indeterminado de veces, en concurso real con abuso sexual con acceso carnal; todo en concurso ideal con promoción a la corrupción de menores, agravada por el uso de amenazas, en calidad de autor (arts. 45, 119 primer y tercer párrafos, 54, 55 y 125 tercer párrafo C.P.), a la pena de diez (10) años de prisión, accesorias legales y al pago de las costas del proceso (arts. 12 y 29 inc. 3º C.P. y 499 C.P.P. -Ley P 2107-).

1.2. Contra lo decidido dedujo recurso de casación el defensor particular doctor Jorge O. Crespo, en representación del nombrado, el que fue declarado admisible por el a quo.

2. Agravios del recurso de casación:

El letrado sostiene que la declaración de la madre de la víctima y la pericial practicada a los fluidos que estaban en el papel higiénico que esta recogió en el baño son prueba anfibiológica. Aduce que el relato de aquella no es corroborado por la prueba científica pues, si bien en el papel higiénico se halló una sustancia que únicamente sale de un masculino, se omitió realizar la prueba de ADN para establecer que correspondía a su asistido. Afirma igual supuesto anfibiológico con relación a la bombacha secuestrada, en razón de que allí no se encontró ADN de G.M.

Entiende que debió aplicarse la solución constitucional prevista en la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo por la falta de prueba científica.

/// Argumenta que en cámara Gesell la menor dijo que sus padres nunca abusaron de ella y que su mamá no la agredía, por lo que considera pueril, anfibiológico y violatorio de la lógica y el razonamiento probatorio presumir que todo el hecho abusivo imputado se desarrolló y prosperó con base en que G.M. amenazaba a la niña diciéndole que denunciaría esos hechos que no existieron.

Menciona que el juicio del a quo es arbitrario pues, habiéndose demostrado mediante

pericial que la joven era virgen al momento de los exámenes y nada indicaba que tuviera un himen complaciente, su relato en el sentido de haber sido violada en reiteradas oportunidades no se condice con la realidad de los hechos. No obstante ello - sigue diciendo el defensor- el sentenciante creyó la versión de la menor de que fue sometida a una fellatio in ore por el imputado.

Destaca que la niña no habló de ese tema en la cámara Gesell y que solo asintió ante preguntas. Considera que esta situación no es lógica y carece de sentido común si hubiera sido un hecho tan trascendente en la memoria por la situación traumática.

Aduce que también se ha incurrido en arbitrariedad al subsumir los hechos en la figura de corrupción de menores, en virtud de que la sexualidad de los menores ha cambiado desde la época de la sanción del Código Penal a la fecha. Agrega que la clásica cultura religiosa hispánica hizo de los delitos contra la integridad sexual verdaderos íconos a los que había que anexar las más severas sanciones por ligarse al pecado original, lo que ha quedado desactualizado por la escala de valores actuales.

Sostiene que el fallo realizó una evaluación fragmentada y aislada de la prueba y que su razonamiento evade la realidad y cae en arbitrariedad. A su criterio, no existe certeza positiva acerca de los dichos de la joven en perjuicio de G.M. por ausencia de corroboración y de explicación de la discordancia con la prueba científica.

En cuanto a la pena impuesta, menciona que es arbitraria porque debe guardar relación de razonabilidad no solo con el conjunto de gravitantes en la especie (arts. 40 y 41 C.P.), sino también con la sanción imponible a los delitos más graves como los ilícitos contra la vida. De allí -continúa- la sanción penal no puede ser superior a la que se impondría por la supresión física de la víctima vejada, teniendo en cuenta los perjuicios psicológicos.

Por último, pide que oportunamente se absuelva a su asistido; de forma supletoria, solicita que se revoque la calificación legal y se encuadre en la figura de abuso sexual simple.

///2. 3. Hechos reprochados y de condena:

El sentenciante juzgó acreditado que el imputado ha sido el autor de los siguientes hechos: “en fechas no determinadas con precisión, pero ubicable a partir del mes de febrero de 2013 y hasta el 22 de septiembre de 2014, en [l]a ciudad [de General Roca], aquél abusó sexualmente, de manera simple, contra la menor C.M.M.S., de 13 años de edad; los tocamientos impúdicos consistieron en tocarle sus zonas pudendas (pecho y vagina), en un número indeterminado de veces. Asimismo, en una jornada no

determinada del año 2014, en su propio dormitorio (del justiciable), abusó sexualmente, mediante acceso carnal, vía bucal, contra la menor, a quién, para lograr su propósito, la agarró de los pelos, obligándola a hacerlo. También, en un número indeterminado de veces, y en aquella primera franja de tiempo, procedió a masturbarse frente a la niña; con una de sus manos se tocaba su miembro viril y con la restante acariciaba libidinosamente el cuerpo de ésta, o la sujetaba contra la pared para que no se moviese o no se fuese del sector, y en algunas otras ocasiones la obligaba a que lo tocara en dicha zona íntima de su cuerpo (mientras hacía tal cosa). Todos estos episodios acontecieron también bajo un cuadro de amenazas, del victimario hacia la víctima, y aprovechando - en su condición de “padrino”- que su ahijada quedaba sola en la casa, o junto a sus hermanitos (vivienda sita en...) y de este modo ingresaba a la misma; y también, muchos de estos episodios acontecieron en el domicilio de él (inmueble contiguo al anterior, sito en...), tras hacer ingresar a la niña, previo buscarla en su casa. Estos hechos cesan a consecuencia de que la madre de la menor, O.C.S., de casualidad, los descubre a los dos en el baño de su vivienda (la de ella), el 22/09/14, ocasión en que lo ve al imputado masturbándose frente a su hija, quien se hallaba con su pantalón y calzoncillo a la altura de sus rodillas. Todos estos acontecimientos sexuales abusivos, por lo repetitivos y prematuros, evidencian la deliberada intención del justiciable de querer corromper a la menor víctima, acelerando sus instintos sexuales, para luego servirse de ella en el futuro” (fs. 429 vta./430).

#### 4. Análisis y solución del caso:

4.1. Sobre el agravio de arbitraria valoración de la prueba corresponde, en primer lugar, reseñar las siguientes circunstancias:

/// - En el papel higiénico recogido del cesto por la madre de la víctima, y en la bombacha de esta última, no se detectó el perfil genético del imputado.

- En el papel y la prenda interior citadas se encontraron restos de antígeno prostático (sustancia que solo sale de una persona de sexo masculino).

- La víctima no pudo contar los hechos sucedidos “a nadie” a consecuencia de tener temor de que le hicieran daño a su familia (cf. informe de la Lic. Emiliani -fs. 428 vta.-), conclusión que la diferente opinión del recurrente no basta para refutar, pues la niña se atemorizó por la amenaza de perjuicio a sus padres sobre los hechos inexistentes de que estos la dañaban.

- El informe del Cuerpo Médico Forense (fs. 13/14) descartó todo tipo de lesión vía vaginal y anal en el cuerpo de la niña. También se carece de constancias incriminantes

serias y eficaces para atribuir “coito vestibular” con total certeza (fs. 428 vta.).

- La víctima relató que fue violada vía vaginal por el encartado. Si bien este acceso carnal se descartó por la pericial médica, también es cierto que quedó establecida la credibilidad de la víctima.

4.2. En cuanto a la declaración de la víctima, recuerdo que los dos principales factores de consideración para valorar el testimonio “son la exactitud (o veracidad) de los dichos, esto es, la correspondencia entre ellos y lo realmente sucedido, y la credibilidad (o sinceridad), que es la convicción del testigo en relación con lo que dice (ver Inés Lucero, El testimonio de los niños en el proceso penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1ª ed., 2011, pág. 29)” (STJRNS2 Se. 33/15).

En este sentido, la menor resultó creíble debido a la concordancia de su relato y la razonabilidad de lo expuesto y porque encontró corroboración en la declaración de la madre, quien “descubrió, en modo sorpresivo, al justiciable ‘con su hija’ en el baño de su propiedad [...] G.M. estaba con su pantalón y calzoncillo bajos, masturbándose frente a C. Cuando se sintió descubierto, atinó a tomar un poco de papel higiénico, se limpió su miembro viril, y arrojó aquél a un cesto”.

También se cuenta con el hecho de que se encontraron restos de antígeno prostático en ese papel del cesto y en la prenda íntima de la víctima, a lo que se suma la pueril explicación exculpatoria del acusado para justificar su presencia en el baño de la vivienda de la denunciante (casa ajena) con la niña menor de edad.

///3. Otros hechos de corroboración son que la víctima dijo que no había comentado nada a nadie, acerca de estas cosas, a consecuencia de estar amenazada por el imputado, extremo que ha sido verificado por Emiliani y Rodofile.

El informe de Valeria Emiliani (licenciada que tomó la cámara Gesell) señaló que la víctima no pudo contar los hechos sucedidos “a nadie” a consecuencia de poseer temor de que le hicieran daño a su familia, y que la menor presenta una información con buena fiabilidad y una buena capacidad para dar cuenta de su situación, de una manera apropiada y clara. Concluyó sosteniendo que el relato de la niña guarda coherencia (durante todo el relato) y es verosímil.

La pericial psicológica sobre la víctima, a cargo de la Licenciada Laura Gabriela Rodofile, concluyó que aquella logra expresar y exteriorizar sus sentimientos, sin signos de fabulación o exageración; tiene capacidad para manejar sus emociones sobre un tema sumamente traumático y no presenta signos de simulación o de que las situaciones relatadas puedan ser fantaseadas. Agregó que, además de técnicas administradas,

observó indicadores de abuso sexual y que los dichos vertidos en Cámara Gesell son creíbles y no se advierte tendencia a fabular.

Por último, apuntalan la versión de C. la creíble declaración de su madre cuando depuso en el debate, por su contenido y forma.

4.3. Establecido lo anterior, advierto que la niña relató que el imputado le ponía el pene en su vagina, estaban parados cuando se lo metía, le dolía en su parte de adelante (fs. 426 vta.), pero no mencionó haber sangrado. Por lo tanto, y teniendo en cuenta la posición del encartado y la niña cuando la madre descubrió que su hija estaba siendo abusada (estando parados le apretaba el cuello con una mano y se masturbaba con la otra -fs. 424 vta.-) y la ausencia de descripción de cómo se ubicarían cuando sentía que le ponía el pene en su vagina, es evidente que C. relató lo que “sintió”, dichos cuya credibilidad no puede ser descartada por el hecho de que no fue accedida vía vaginal.

Por otra parte, que el relato -en cámara Gesell- de haber sido obligada a practicarle sexo oral al encartado surgiera como consecuencia de una pregunta directa de ninguna forma permite arribar a la conclusión de que la niña -de aproximadamente trece años- incurrió en un olvido ilógico, pues es absolutamente razonable y entendible que no quisiera contar a un

/// extraño el padecimiento sufrido (tal como ocultó los abusos a sus padres por más de un año y medio).

De lo expuesto se desprende que carece de chances de prosperar la impugnación a la veracidad de que fue obligada a realizar una fellatio in ore con la pretensión de que la alcanzaría la ausencia de corroboración del acceso carnal vía vaginal, pues la conclusión del sentenciante de que la declaración de la víctima es creíble se ajusta a la ponderación de varios medios de prueba que la apuntalan, circunstancia que no puede ser modificada por la demostración de que no habría existido acceso carnal.

Lo mismo cabe decir sobre la tacha de pueril adjudicada al relato de la niña en cuanto dijo que se sintió amenazada por G.M. por hechos que la niña reconoció no existían (que sus padres la agredían y abusaban de ella), por cuanto el temor infundido se basó en la posición de poder físico y psicológico (tanto que no contó a nadie sus miedos y lo que sucedía) y las consecuencias de la intimidación.

4.4. Se impugna la calificación de los hechos en la figura de corrupción de menores diciendo que la sexualidad de estos ha variado desde la época de la sanción del Código Penal a la fecha.

Más allá de los cambios de modos de vida y costumbres que podrían advertirse en la

sociedad en el transcurso de los últimos años sobre temas de sexualidad, ninguna duda queda de que los hechos reprochados y de condena son una perversión del instinto sexual por depravación del trato y de las costumbres de las personas en materia sexual, puesto que fueron prácticas prematuras llevadas a cabo contra la menor en función de su grado de madurez física y psíquica, extremos fácticos que se omite refutar.

4.5. Finalmente, la defensa aduce que la pena impuesta no es razonable en comparación con delitos más graves, como -por ejemplo- el homicidio.

El argumento no puede tener andamiaje pues tiene dicho este Cuerpo que la pretendida irrazonabilidad desatiende la fundamentación -mutatis mutandis- de que “no se puede \soslajar que la comparación que efectúa la defensa entre el robo con arma de fuego agravado [...] y el homicidio es inapropiada, ya que debe realizarla con el delito de homicidio cometido [...] con similar agravante]. De dicha comparación se desprende que no hay agravio de irrazonabilidad en los mínimos” (STJRNS2 Se. 119/15 “Zapata”).

///4. En otras palabras, la índole del injusto (extensión del daño y el peligro causado, en términos de medición de la culpabilidad del autor del hecho) adquiere correspondencia en la ponderación de agravantes, toda vez que ilícito y culpabilidad son conceptos graduables y el paso decisivo de la determinación de la pena es definir su gravedad.

Por tal razón se ha dicho que, “si bien los conceptos de injusto y culpabilidad vienen dados por la teoría del delito, existe una diferencia de perspectiva, ya que mientras a los fines de la imputación lo que interesa es si concurren sus presupuestos, lo que se considera en el ámbito de la medición de la pena, dado que se trata de nociones mensurables, es su intensidad” (Esteban Righi, Teoría de la pena, pág. 223).

Surge así que la escala penal en abstracto y la pena impuesta consecuentemente por los delitos de condena, en concurso ideal y real (sin perjuicio de la doctrina sentada en STJRNS2 Se. 94/14 “Brione”), tienen proporción con la escala de la figura simple de homicidio.

Además, en relación con la comparación con la sanción penal de “la supresión física de la víctima vejada” (fs. 455), el recurrente desatiende la pena prevista para cuando en el caso del art. 119 resultare la muerte de la persona ofendida: reclusión o prisión perpetua (art. 124 C.P.).

4.6. En esta línea de pensamiento y tal como quedó antes expuesto, el recurrente no consigue demostrar los vicios jurídicos que alega, dado que omite rebatir de forma concreta y razonada los fundamentos que sustentan la decisión en crisis.

5. Decisión:

En razón de lo desarrollado, propongo al Acuerdo declarar mal concedido el recurso de casación interpuesto por el defensor particular doctor Jorge O. Crespo en representación de E.G.M., con costas, y regular los honorarios profesionales del letrado interviniente en el 25% de la suma que en tal concepto se le fijó en la instancia de origen (art. 15 L.A.).  
ASÍ VOTO.

Las señoras Juezas doctoras Adriana C. Zaratiegui y Liliana L. Piccinini dijeron:  
Adherimos al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante y  
VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

Los señores Jueces doctores Sergio M. Barotto y Ricardo A. Apcarian dijeron:

/// Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que nos preceden en orden de votación, NOS ABSTENEMOS de emitir opinión (art. 38 L.O.).

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE:

Primero: Declarar mal concedido el recurso de casación interpuesto a fs. 443/458 de autos por el doctor Jorge O. Crespo en representación de E.G.M., con costas, y, atento a que ha sido revisada en forma integral, confirmar la Sentencia N° 92/16 de la Cámara Tercera en lo Criminal de General Roca.

Segundo: Regular los honorarios profesionales del letrado interviniente en el 25% de la suma que en tal concepto se le fijó en la instancia de origen (art. 15 L.A.).

Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver los autos.

Déjase constancia de que la doctora Liliana L. Piccinini no suscribe la presente, no obstante haber participado del Acuerdo, por encontrarse en comisión de servicios.

ANTE MÍ:

Firmantes:

MANSILLA - ZARATIEGUI - BAROTTO (en abstención) - APCARIAN (en abstención)

ARIZCUREN Secretario STJ

PROTOCOLIZACIÓN:

Tomo: 4

Sentencia: 195

Folios N°: 666/669

Secretaría N°: 2