

## Abuso Sexual Simple Absolucion Penal Beneficio De La Duda Menores De Edad Derechos Del Nino Declaracion De La Victima

### JURISPRUDENCIA

### Abuso sexual simple. Absolución penal. Beneficio de la duda.

Menores de edad. Derechos del niño. Declaración de la víctima Se revoca la absolución dispuesta y se condena al imputado por el delito de abuso sexual simple cometido contra dos menores, sin que obstara a tal solución el hecho de no contar con el soporte técnico de la Cámara Gesell, si las constancias de la causa resultaban suficientes -en orden a su claridad, coherencia y precisión- respecto de las circunstancias esenciales en las que acontecieron los hechos denunciados. Es que en materia de delitos contra la integridad sexual, y al no contarse con testigos directos, cobraron especial y fundamental relevancia los testimonios prestados por las niñas en coherencia con el de su padre, quien, ante lo manifestado por estas y su estado emocional relevado a instantes del hecho -ambas lloraban-, dio intervención de manera inmediata al personal policial. Salta, 17 de julio de 2018. Y VISTO: Estos Autos caratulados: ?Q., O. G. POR ABUSO SEXUAL SIMPLE EN CONCURSO REAL EN PERJUICIO DE C.B.I.M. (M) y C.B.G.S. - DEN: C., M. A. - RECURSO DE CASACION SIN PRESO?, Expte. N° 98763/11 del Tribunal de Juicio, Sala V, del Distrito Judicial del Centro, causa N° C01 98763/ 11 de la Sala II del Tribunal de Impugnación y, CONSIDERANDO El Dr. Pablo D. Arancibia, dijo: I) Que a fs. 367/368 vta. el Dr. Alfredo Luís Garce, en su calidad de apoderado de la parte querellante y actor civil, interpone recurso de casación contra el fallo del Tribunal de Juicio, Sala V (v. fs. 361 vta. y fundamentos de fs. 362/365) que absuelve por la duda a O. G. Q. de los delitos de ?Abuso sexual simple? (dos hechos) a tenor de lo dispuesto por los arts. 119 primer párrafo y 55 del C.P., 18 de la Constitución Nacional, 20 de la Constitución Provincial y 4 del C.P.P. -texto según Ley 6.345 y modificatorias-. II) Que el recurrente alega que el fallo que impugna incurre en una errónea reconstrucción de los hechos y en la selección y valoración de las pruebas. Considera, también que el decisorio carece de motivación respecto a los fundamentos dados para beneficiar al encartado por la duda. En ese marco, señala como falaces las declaraciones de los testigos que se contradicen, no solo entre sí, sino también con lo expuesto por Quipildor; así, indica que la duda en la que se apoya la sentenciante para dictar la absolución, es una creación de ésta basada en testimonios falsos que son desplazados por la prueba restante. Resalta que la ?a quo?, previo a manifestar en su sentencia el extravío del soporte técnico que contenía la declaración en cámara Gesell, incorporó el acta de fs. 85, de fecha 24/5/11, suscripta por ella, que contiene la transcripción -de lo más sobresaliente, a criterio de la Magistrada- de lo declarado sin dejarse constancia de indicio o gesticulación alguna de las menores que benefician al imputado. Recalca que las declaraciones a las que la Jueza de Grado se refirió como carentes de coherencia y veracidad -respecto a que el frente del domicilio era de alambre tejido en contraposición al informe de fs. 88- son las de los testigos propuestos por la defensa para beneficiar al acusado. Indica que no se sugirieron otros testimonios para dilucidar los hechos denunciados y que éstos ocurrieron dentro del domicilio y fuera de la vista de terceros. Entiende que el razonamiento sostenido en el fallo, en lo que al factor tiempo concierne, es temerariamente benéfico para el encartado contra quien, reitera, se extravió prueba fundamental; en ese sentido, puntualiza que la Sentenciante manifestó la imposibilidad de concebir que en tan corto tiempo se haya podido tocar a las menores. Afirma, en lo que al lugar del hecho concierne, que tanto el imputado como sus testigos han mentido y que no existe duda respecto a la existencia de dos posiciones antagónicas; así, apunta que el croquis de fs. 88, agregado a veintiún días del hecho, no ha sido desvirtuado y confirma la falsedad de los testigos vertidos con el afán de beneficiar al encartado y menciona que no se tuvo en cuenta la declaración del denunciante en ese sentido. Asevera que tampoco existe contradicción en lo depuesto por las profesionales en psicología Latorre y Domínguez, en tanto la primera concluyó en la inexistencia de un discurso adulto, armado y la segunda se desdijo al referirse a que la niña Sofía había sido inducida, siendo por lo demás teórica y concreta al referirse a la cámara Gesell. Finalmente, solicita se tengan por reproducidos los alegatos formulados por la Fiscalía y esa parte, se case la sentencia y se condene al acusado a la pena solicitada por la querrela haciéndose lugar a lo solicitado por la actoría civil. III) Que el Fiscal de Impugnación emite su informe en el marco del art. 546 del C.P.P. a fs. 399 y vta. y, por los motivos que allí expone, solicita que el planteo sea resuelto conforme a derecho. IV) Que a fs. 404/406 vta. obra el de la Dra. Mirta Lapad -Asesora de General de Incapaces- y se expide, luego de un pormenorizado análisis de las actuaciones, en el sentido que debe hacerse lugar al recurso intentado y condenarse, en su mérito, al encartado. V) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto el recurso fue oportunamente concedido (v. fs. 384 y vta.), previo a expedirse sobre los motivos invocados por la recurrente incumbe a este Tribunal de Impugnación -en la presente instancia- efectuar un nuevo control de los recaudos de orden formal a los que la ley subordina su admisibilidad. A ese respecto, se observa que la casación ha sido presentada en término (v. fs. 367/368 y cargo estampado a fs. 368 vta.), por parte legitimada y contra una resolución objetivamente impugnada (art. 540 inc. a) del C.P.P.).

Razones por las cuales, cabe ingresar al examen de la cuestión planteada en el recurso. VI) Que la Jueza de Grado expuso los motivos que sustentan su decisión absolutoria respecto de los delitos de abuso sexual simple (dos hechos), indicando las razones determinantes de su estado de duda acerca de la responsabilidad penal atribuida a O. G. Q.. De ese modo, y previo a referirse al extravío del soporte técnico que contenía la declaración de las menores I. M. (2) y G.S. (4), concluyó que los testimonios de los testigos fueron contradictorios entre sí y carentes de coherencia y veracidad; sin embargo, sostuvo que éstos fueron coincidentes en el factor tiempo en tanto todos hicieron referencia a que la totalidad de la acción desplegada por el encartado duró aproximadamente entre 5 y 10 minutos, tiempo que estimó insuficiente para llevar a cabo los ilícitos denunciados. Así, precisó que ante la ausencia de la Cámara Gesell y el factor tiempo aludido, que iba a pronunciarse por la absolución lisa y llana del encausado; no obstante, lo hizo por la duda ante la existencia de dos hipótesis antagónicas respecto a la presencia de un alambrado o una tapia al frente del domicilio donde habrían acontecido los sucesos; en ese aspecto, sopesó el informe de fs. 88 y las testimoniales prestadas en el debate. Ponderó, además, que el hecho habría acontecido a hs. 17.45, a plena luz del día, el informe psicológico de la personalidad de Q. y las posturas, a su entender, antagónicas de las profesionales en psicología Latorre y Domínguez que intervinieron en autos. Finalmente, precisó que a pesar de no contar con una valiosa prueba de cargo, la existente la sumergió en una insuperable duda que la obligó a absolver al acusado. En lo que respecta a la acción civil, rechazó la demanda intentada al no haber probado la existencia de un daño causado por el demandado por no haberse podido demostrar la existencia del hecho ni la autoría del de encartado y resolvió conforme a lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación en sus arts. 1716 y 1726.

VII) Que en orden a resolver la cuestión planteada, es dable recordar que en nuestro sistema procesal penal rige el principio de libertad probatoria y el sistema de la sana crítica racional; ello, implica que el juez no debe limitarse a los elementos probatorios descriptos por la ley y sean cuales fueren los que se arrimasen a la causa para demostrar o desvirtuar la existencia del hecho, conserva, en definitiva, la facultad de valorarlos conforme a las reglas del recto entendimiento humano. Así, cabe considerar debidamente aplicado el método de la sana crítica racional, si la atribución certera del hecho se efectúa a partir del análisis del testimonio de la víctima, cuyos dichos fueron pormenorizadamente evaluados (Cfr. CJS, Tomo 156:697). Cabe resaltar que en los delitos contra la integridad sexual, los que se eligen por la vulnerabilidad de las víctimas, resulta difícil además conocer lo verdaderamente acontecido pues es una característica del ofensor actuar con sigilo y a hurtadillas, precisamente, para no ser descubierto (Cfr. CJS. Tomo 145:217); sin embargo viniendo el hecho cometido en perjuicio de personas menores de edad resulta necesario ser extremadamente cuidadoso en la valoración de la prueba pues en ello va en juego la protección de los derechos del niño atento al contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño -instrumento, a la sazón, de raigambre constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Const. Nac.-, en su art. 19 establece la obligación, para los Estados parte, de adoptar toda medida tendiente a proteger la integridad física y psíquica del niño contra cualquier forma de perjuicio, incluido el abuso sexual. En ese contexto, merece apreciarse las circunstancias concomitantes y agravantes de la figura penal en análisis, signada por la marcada minoría de edad de las víctimas -menores de trece años-; en efecto, tal circunstancia reside en la incapacidad del niño, por inmadurez, para comprender el significado social y fisiológico de cualquier tipo de acto con connotaciones sexuales y para consentir libremente esa acción, debiendo resaltarse que esta presunción no admite prueba en contrario. VIII) Que el sistema de la sana crítica racional y el deber ineludible de motivación de la sentencia imponen al tribunal de juicio una apreciación integral y equilibrada de la prueba. Así, ante la discrepancia de los distintos elementos de convicción presentes en toda recreación y en especial en este caso, la decisión de hacer prevalecer aquellos de mayor valor para la comprobación o negación de los hechos debe ir necesariamente acompañada de la exposición de las razones que razonablemente lo llevaron a determinar que algunos se impongan sobre otros. De ese modo, tal valoración no excluye sino que involucra la existencia de otros elementos de juicio, como los indicados por el recurrente, que pudieron conducir a una solución jurídica contraria. IX) Dicho ello se advierte que, pese a no contarse con el importante soporte técnico que contenía la declaración de las menores en cámara Gesell, en circunstancias que deberán esclarecerse, la versión acotada que surge del acta de fs. 85 es suficiente en orden a su claridad, coherencia y precisión respecto a las circunstancias esenciales en las que acontecieron los hechos denunciados; ambas I. M. C. y G. S. C. puntualizaron que el señor de la camioneta les había tocado la cola, por adelante y atrás, en oportunidad de encontrarse jugando en la casa de su amiga V.. Tales afirmaciones, a más de cobrar credibilidad per se, en base a la recíproca espontaneidad del relato y a su apoyatura en una doble fuente, encuentran asidero suficiente en lo declarado por la Lic. Sandra C. Latorre -profesional en psicología del Poder Judicial- quien fue clara al manifestar, en lo que al relato de las niñas concierne, que "...no parece haber un discurso adulto armado...?". En esa misma línea y en relación a la posible existencia de indicios de mendacidad o fabulación en su relato, precisó no observar tales extremos, y lejos de ello, aseveró que parecían dos niñas con buenos recursos familiares para volver a casa y contar que es lo que les pasa y destacó la desenvoltura de éstas pese a su corta edad (v. fs. 355/356). En contraposición, las explicaciones referentes al informe psicológico de Q., proporcionadas por las profesionales en la materia, dan cuenta que éste posee

una personalidad inmadura y presenta indicadores vinculados a su sexualidad, de tipo fálico (v. fs. 293 y vta.). Puntualmente, señalaron que tal diagnóstico indica la necesidad de vinculación con personas en condiciones de inferioridad (v. fs. 355 y vta.), asociándose con situaciones de ejercicio de poder relacionadas, a su vez, con problemas de sexualidad no resueltos. Es más, al no contarse con testigos directos de los hechos puestos en conocimiento, como es propio en este tipo de delitos, cobran especial y fundamental relevancia los testimonios prestados por las niñas en coherencia con el de su padre quien, ante lo manifestado por éstas y su estado emocional relevado a instantes del hecho -ambas lloraban- dio intervención, de manera inmediata, al personal policial a través del Servicio de Emergencias 911. Ello dado que "... las agresiones sexuales se caracterizan, en general, por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor y puesto que la naturaleza de estas formas de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y por ello, la declaración de la víctima constituye una fundamental sobre el hecho. (Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Espinosa González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2014). Esto significa que nada le puede impedir un pronunciamiento condenatorio sustentado -entre otras pruebas- en el testimonio incriminante de la víctima (CJS Tomo 122:583). Así las cosas, ante un hecho que viene aludido por la confluencia de cinco fuentes de prueba, independientes, que afirman sin contradicción la existencia de los hechos reprochables, la sentencia impugnada aparece como resultado de una errónea valoración efectuada por parte del tribunal "a quo" de la trascendencia que cabe asignar a las declaraciones de las víctimas, máxime aún cuando éstas son menores y sus dichos, como hemos expuesto resultaron sinceros y contestes, a su vez, con los demás elementos incluidos como los informes psicológicos obrantes en autos. Es cierto, que en materia de delitos contra la integridad sexual es casi imposible conseguir testigos directos del hecho, debe basarse el Juez en las declaraciones de la víctima, de las personas que tomaron conocimiento de lo acontecido a través de sus dichos y en las conclusiones a las que arriban los expertos en las respectivas pericias, debiendo reconstruirse el hecho a través de todo resto, vestigio o indicio (CJS, Tomo 141: 465; 170:593; 192:257). Justamente por eso, la declaración de la víctima adquiere suma importancia como señala el recurrente pero debe ser objeto de un riguroso análisis y se deben exponer los aspectos que determinan que le sea asignada credibilidad, convirtiéndola en un elemento preponderante por sobre la negativa del acusado (CJS, Tomo 119:269; 186:663). Lejos de ello, la Magistrada centró su atención y marcó la contradicción existente en los testimonios de los testigos C. e I. C. (v. fs. 334/338 y 338/339), a la sazón familiares del imputado, que no conllevaron a la dilucidación de lo verdaderamente acontecido pues las circunstancias dadas respecto al lugar en donde se encontraba estacionada la camioneta de Q. y la existencia o no de un alambrado al frente de la casa de V. P. no pudieron impedir razonablemente despliegue de las conductas típicas denunciadas. En la misma línea de razonamiento, resulta acertado considerar que las declaraciones de los testigos (dueño de casa, su esposa, etc.) si bien sostienen no haber presenciado el momento en que las niñas ingresan en la casa, afirman a su tiempo que el imputado se halló en el lugar y tiempo del hecho; ello, no implica dado el corto periodo de duración que demanda la consumación de los hechos de la naturaleza instantánea de los narrados por las víctimas, que se domicilian al frente del lugar en que dicen ocurrieron éstos, que podrían haberse concretado en un menor lapso incluso que los que indica la A quo para desincriminar a Q. (cinco minutos) pero el suficiente para sentirse gravemente afectadas en su integridad personal y recurrir al auxilio de su padre enjugadas en lágrimas, quien recibe el relato del episodio idéntico al replicado en cámara Gesell, conforme a las constancias del acta de fs. 85, con inmediatez al ocurrimiento del hecho. Sobre este extremo se ha dicho que: la conducta y el estado de ánimo demostrado por la víctima con posterioridad al ilícito deben ser tenidos en cuenta como prueba del avasallamiento sufrido, por ejemplo la conmoción sufridas tras el episodio (C. Nac. Crim. Y Corr. Sala 4º 17/4/97- Ortisi, Eduardo) -dada la inmediatez con la que resulta recabado- el resaltado me pertenece. X) Que en razón de lo señalado los hechos probados con el grado de certeza requerido se subsumen sin esfuerzo en la figura del art. 119, primer párrafo del C.P. debiendo los dos hechos ser concursados realmente (art. 55 del C.P.), por consiguiente debe hacerse lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 367/368 vta. y en su mérito revocar la sentencia absolutoria de fs. 361/365 y condenar a Omar Gerardo Quipildor a la pena de un año y seis meses de prisión, de ejecución condicional. En ese orden de ideas, reconocida doctrina nacional apuntó que la acción que prevé la figura legal del art. 119 primer párrafo del C.P. consiste en ejecutar actos de abuso sexual que no importen coito u otro acto de penetración de los que configuran violación y, además, que éstos no sean de una entidad tal que por su duración o circunstancias de realización hubieren configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. Concebida así la exigencia, quedan comprendidos tanto los actos que el autor realiza en el cuerpo de la víctima, como los que hace que ésta ejecute sobre su cuerpo (Cfr. Fontán Balestra, Carlos; "Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II"; Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013; pág. 28 y 29). Ello así en función de la naturaleza y modalidad de las acciones que llevó a cabo el acusado, atentatorias de la integridad sexual de las menores I.M. y G.S.; su nivel de vida, rol social, las características de su personalidad e historia de vida conforme surge de los informes pertinentes (psicológico de fs. 293 y vta., socio-ambiental de fs. 348/349 y planilla prontuarial de fs. 202) y su falta de antecedentes (constancia del R.N.R. de fs. 242). En lo que concierne al bien jurídico atacado, se ha conceptualizado que

además de la violación a la autonomía de la libertad, especializada en el ámbito sexual, se puede afirmar que también está en juego la intangibilidad sexual o indemnidad sexual. Ello significa que el autor abusa o aprovecha la circunstancia o calidades de la víctima que le impiden prestar validadamente su consentimiento, o bien que con violencia lo elimina, reemplazando así la voluntad de la víctima -efectiva o presumida por ley- por la suya (Donna, Edgardo A., "Derecho Penal, Parte Especial", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, Tomo I, págs. 567/569). En mérito a ello, dispóngase por el mismo término de duración de la condena el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: 1) Abstenerse de concurrir, en un radio no menor a trescientos (300) metros, al domicilio de las menores víctimas; 2) Prohibición de ausentarse del país sin autorización judicial y 3) Notificar cualquier cambio de domicilio en el término de cinco días de efectuado. XI) En lo que concierne a la demanda instaurada por el actor civil, es dable recordar que el derecho a obtener un resarcimiento económico de índole civil presupone la existencia del delito, del daño y que entre estos exista un nexo de causalidad idóneo para afirmar que el segundo ha sido ocasionado por el primero. Así, las niñas tienen derecho a una especial protección y, considerando sus derechos, la tutela de ellos debe prevalecer como factor primordial en toda relación judicial. El daño moral es, por antonomasia, toda consecuencia perjudicial de una acción u omisión ilícita que, en relación causal adecuada con ésta, hace sufrir a una persona en sus valores no patrimoniales, actuales o posteriormente previsibles (Cfr. CJS 187:547/558). Dicho ello, en orden a determinar el monto de la indemnización por el daño material y moral irrogado a las menores víctimas en autos conforme al art. 29, inc. 2 del C.P. y teniendo en cuenta las estimaciones expuestas por el actor civil al momento de concretar la demanda, fíjase ésta en la suma de \$200.000 (pesos doscientos mil). XII) Finalmente, y en lo que respecta al extravío consignado, corresponde informar el actuario la totalidad de las circunstancias por las que desapareciera el original y copia del soporte técnico que contiene la declaración de las menores en Cámara Gesell, a los fines de iniciarse las actuaciones sumariales correspondientes, corriéndose oportunamente vista al Ministerio Público Fiscal por el delito de sustracción de medio de prueba. El Dr. Edgardo F. Albarracín dijo: Que se adhiere al voto del Vocal preopinante por sus fundamentos y conclusiones. En mérito a ello y el acuerdo que antecede, LA SALA II DEL TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN, RESUELVE: I) HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto a fs. 367/368 vta. y, en su mérito, REVOCAR la sentencia absolutoria de fs. 361 y vta. y CONDENAR a O. G. Q. a la pena de un año y seis meses de prisión de ejecución condicional por considerarlo autor responsable del delito de "Abuso sexual simple", dos hechos en concurso real (arts. 119, primer párrafo, 55 y 26 del C.P.). II) ORDENAR que por el mismo término de duración de la condena, el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: 1) Abstenerse de concurrir, en un radio no menor a trescientos (300) metros, al domicilio de las menores víctimas; 2) Prohibición de ausentarse del país sin autorización judicial y 3) Notificar cualquier cambio de domicilio en el término de cinco días de efectuado. III) DISPONER que el Tribunal de Juicio, Sala V notifique personalmente al condenado O. G. Q. de la presente resolución, en especial el punto II) de esta parte resolutive, explicándole en palabras sencillas las condiciones o restricciones impuestas mientras dure el plazo de la condena. IV) HACER LUGAR a la demanda civil instaurada y fijar el monto indemnizatorio en la suma \$200.000 (pesos doscientos mil) a tenor de lo dispuesto por el art. 29, inc. 2 del C.P. V) RECOMENDAR el estricto cumplimiento del punto XII de los considerandos. VI) MANDAR que se registre, notifique y, oportunamente, bajen los autos.

032072E