**STJSL-S.J. – S.D. Nº 037/18.-**

--En la Ciudad de San Luis, **a veintiocho días del mes de febrero de dos mil dieciocho**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. LILIA ANA NOVILLO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS: BENGOLEA EDUARDO GUSTAVO –AV. DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL (DR. CELDRAN)” –*** IURIX INC Nº 90256/2.

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO.-

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación interpuesto?

II) ¿Existe en el fallo recurrido alguna de las causales enumeradas en el Art. 428 del Código Procesal Criminal?

III) En caso afirmativo la cuestión anterior, ¿Cuál es la ley a aplicarse o la interpretación que debe hacerse del caso en estudio?

IV) ¿Qué resolución corresponde dar al caso en estudio?

V) ¿Cuál sobre las costas?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** 1) Que a fs. sub 1 el abogado defensor del condenado en autos Eduardo Gustavo Bengolea, Dr. Pascual Agustín Cedrán, interpone recurso de casación contra la Sentencia Definitiva cuyo Veredicto Nº 10 de fecha 06/09/16 y sus fundamentos de fecha 12/09/16 obran a fs. 392/393vta y a fs. 394/406 respectivamente, del expediente “**BENGOLEA EDUARDO GUSTAVO - AV. DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL” Expte. PEX Nº 90256/10,** dictada por la Excma. Cámara del Crimen Nº 1 de la Segunda Circunscripción Judicial, que declara a su pupilo culpable como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante (arts. 45 y 119 primer párrafo –Inc. b) y f) del C.P.) y en consecuencia, condenarlo a sufrir la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas procesales. Los fundamentos del recurso obran a fs. sub 3/sub 9 vta. del presente incidente.

2) Que corresponde en primer término, efectuar el pertinente análisis, a los fines de determinar si se ha dado cumplimiento a los requisitos establecidos por la normativa vigente en punto a la admisibilidad del recurso en cuestión.-

Analizadas las constancias del expediente y del sistema IURIX, se observa que el recurso ha sido interpuesto y fundado en término. Asimismo, ataca una sentencia definitiva de un Tribunal competente, encontrándose el recurrente exento del depósito judicial conforme al Art. 431 del Cód. Procesal Penal. El recurso se plantea por las causales establecidas en el art. 428 del C.P.Crim.

En consecuencia, debe considerarse en este estudio preliminar y en mérito a lo dispuesto por el inc. a) del art. 442 del código de rito, que el recurso articulado deviene formalmente procedente.-

Por ello, VOTO a esta PRIMERA CUESTIÓN por la AFIRMATIVA.-

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a esta **PRIMERA CUESTIÓN.**

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** 1) De los antecedentes de la causa surge, que por Veredicto Nº 10 de fecha 06/09/16 y Fundamentos de fecha 12/09/16, obrantes a fs. 392/393vta y a fs. 394/406 respectivamente, del expediente principal “**BENGOLEA EDUARDO GUSTAVO - AV. DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL” Expte. PEX Nº 90256/10,** dictada por la Excma. Cámara del Crimen Nº de la Segunda Circunscripción Judicial, se resuelve declarar a Eduardo Gustavo Bengolea, como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual gravemente ultrajante (arts. 45 y 119 primer párrafo –Inc. b) y f) del C.P.) y en consecuencia, condenarlo a sufrir la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas procesales.

Bajo el punto *2. ERRÓNEA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, AUSENCIA ABSURDA DE MEDIOS DE PRUEBA,* manifiesta el recurrente que en la presente causa, por inactividad judicial, no se han desarrollado medidas probatorias contundentes, que desde su inicio en fecha 8 de diciembre de 2010 y, pese a haber transcurrido casi seis años hasta el debate oral, jamás se ordenó prueba alguna que por su importancia, pudiera haber disipado las dudas en cuanto a la autoría de su defendido.

Sostiene que la supuesta víctima nunca declaró en sede judicial dando los detalles que si efectuó en sede policial, dejando a las claras que esa supuesta primera declaración fue armada entre su tía denunciante y el personal policial, no convalidada jamás en sede judicial.

Agrega que surge de la prueba rendida que la víctima nunca le contó a ningún pariente ni a su novio lo que le había sucedido, demostrando a las claras dos posibilidades concretas: la primera, que nunca sucedió nada, y la segunda, que tenia o tiene una grave imposibilidad para manifestar los hechos, lo cual traduce en débil e inapetente (sic) su declaración policial. Agrega que deben destacarse las graves contradicciones en las que incurrió, ya que en sede policial indicó que el hecho había sido solo una vez, y que había empezado ese año, y en sede judicial, siendo mayor de edad, indicó que todo había comenzado cuando ella tenía ocho años.

Alega que la policía, una vez que tomó conocimiento del hecho, debió haber ordenado la prueba pericial científica de ADN sobre la ropa de la menor, sobre su piel, y fundamentalmente, sobre las zonas cercanas a la vagina para comprobar la existencia de ADN de su defendido, cosa que no se hizo, y que esta prueba hubiera sido la que mayor formaleza habría tenido para arribar a una condena o una absolución; pero su carencia sumando al desconocimiento de la materia por la Jueza de Familia, y la demora en la realización de las comunicaciones pertinentes, insoslayablemente debe derivar en un grado de duda que hace aplicable el principio de in dubio pro reo a favor de su pupilo.

Destaca, bajo el punto *2.1 C) AUSENCIA DE CÁMARA GESSEL,* que esta prueba no fue utilizada en la causa, y que si se hubiera realizado, le hubiera permitió a la defensa presentar un perito psicólogo, especialista en la materia, para que el mismo evalúe la declaración de la menor y en su caso, dictamine en la veracidad del caso. También le hubiera permitido a la Cámara obtener un informe sobre los extremos del desarrollo de esta prueba realizado por licenciados a cargo y así ilustrarse sobre aquellos elementos que podrían indicar que lo manifestado por la menor hay sido un relato valido.

Expresa que en estos cuatros años que transcurrieron hasta el llamado a indagatoria y en un total de seis años hasta arribar al juicio oral, debemos tener en claro y como elemento exculpatorio a favor de su defendido, que jamás se ordenaron pericias psicológicas sobre la menor.

Destaca que debemos hacer referencia a la declaración de fs. 2 de Brenda Fierro, en la que da detalles de los hechos y de su vestimenta en forma contradictoria con lo que declara a fs. 113 en sede judicial, en la que no da ningún tipo de detalle elaborando un punto contrario y rotundo en cuanto al tiempo en que se venían sucediendo los hechos, demostrando su voluntad perjudicial en contra del imputado; asimismo, la declaraciones de la Sra. Andrea Raquel Casares y de Víctor Hugo Casares en sedes policial y judicial, incurren en contradicciones que, coadyuvadas por la ausencia de pruebas en la causa por somnolencia judicial, se traducen en un grado de duda tal que solo puso arribarse a un fallo absolutorio.

Manifiesta que ha existido una errónea aplicación de la ley en un confuso apartamiento de lo que prescribe el art. 119 2º párrafo del C. Penal. Que estamos ante un sometimiento sexual gravemente ultrajante cuando se verifican los dos extremos de la norma: la duración o circunstancias de realización, no indicándose en los fundamentos del fallo dónde se encontraron estos elementos que permitieran aplicar la agravante. Que si nos guiamos por la duración del abuso, ni siquiera la propia víctima pudo explicar con certeza que se desarrolló a través del tiempo, incurriendo en contradicciones que rondan los 8 a 10 años de diferencia; y con respecto a la forma, no debemos olvidar que se fragmentó el relato de la misma de manera intencional, desacreditando el acceso carnal, en consecuencia nunca se pudo inferir ni remotamente cómo se habría producido el abuso, por lo que no se explica la aplicación del tipo penal gravemente ultrajante.

Destaca que del propio veredicto y de su fundamentación, queda claro sin lugar a dudas que la Cámara solo encontró certeza probatoria para el abuso sexual simple acaecido en fecha 8 de diciembre de 2010, por lo que la agravante debe dejarse sin efecto.

Bajo el titulo *4.-INCOHERENTE PARCIALIZACIÓN DE LA PRUEBA EN PERJUICIO DEL IMPUTADO,* alega que resulta poco lógico, contradictorio y agraviante, como la Cámara para condenar a Bengolea hace una separación y fragmentación de la prueba rendida en clara contradicción con los principios probatorios: encuentra valor y credibilidad en el relato de los testigos para determinar que existió el abuso, y le resta valor a la misma prueba para determinar que no hubo acceso carnal. El fallo pretende manifestar que a la víctima le creemos todo menos que hubo acceso carnal, traduciéndose esto en una disgregación intencional de la prueba rendida para arriba a una condena.

Sostiene que si la víctima en sede policial, única y exclusiva vez, hizo referencia a una serie de hechos, los cuales según el propio veredicto es creíble avalado por el resto de los testigos, debieron insoslayablemente condenar a Eduardo Gustavo Bengolea por la figura con la que arribó al juicio oral, y no buscar soluciones arbitrarias para justificar una condena sin pruebas suficientes, lo que resulta violatorio de la sana critica racional, que se distorsionen los hechos o la prueba rendida para condenar como en el caos de autos.

2) Que en fecha 03/04/17 por actuación Nº 6996242 se expide el Sr. Procurador General de la Provincia quien considera que los agravios de la defensa se centran en cuestiones de prueba y su valoración y demás descalifican el pronunciamiento jurisdiccional puesto en crisis. Agrega que el plexo probatorio se fue formando – entre otros medios – por el testimonio de Héctor José Luis Cáceres, hermano de la víctima; este testimonio – el cual califica de decisivo – se robustece con los de Marcela Torres y Raquel Cornejo, quien declaró haber visto “cosas raras” y profundiza más en detalles que hacen del testimonio de Héctor Cáceres una pieza de extremo valor probatorio.

Respecto de inexistencias de pruebas técnicas y psicológicas, resulta un deber ineludible recordar un principio cardinal del Derecho Procesal, el de la libertad probatoria. En tal contexto se pueden citar las testimoniales de las licenciadas Ricardi y en especial el Informe Psicológico de fs. 76/77, que tiran por tierra las alegaciones de la Defensa al respecto. En definitiva, todas estas probanzas han sido analizadas por parte de la Cámara Penal, según las reglas de la sana critica racional y así se llegó a la certeza necesaria para dictar sentencia y más precisamente sentencia condenatoria, toda vez que existe en autos la certeza absoluta sobre la autoría de Bengolea en el delito enrostrado y su responsabilidad. Por lo que propicia el rechazo del recurso de casación.

3) Que en fecha 04/09/17 (actuación Nº 7774980) contesta vista Fiscal de Cámara, Dr. Néstor Armando Lucero, quien comparte lo manifestado por el Procurador General de la Provincia en su dictamen, y habiendo intervenido como Fiscal de Cámara en el Juicio oral, ratifica lo allí expresado.

4) El recurso de casación ha sido definido como el medio de impugnación por el cual, por motivos de derecho, específicamente previstos en la ley, una parte postula la revisión de los errores jurídicos atribuidos a la sentencia de mérito que la perjudica, reclamando la correcta aplicación de la ley sustantiva, o la anulación de la sentencia y una nueva decisión, con o sin reenvío a un nuevo juicio. (TRATADO DE LOS RECURSOS, Tomo III, *Recurso de Casación Penal*, por Jimena Jatip, Págs. 39/82. Ed. Rubinzal Culzoni).

Sin perjuicio de ello, con el alcance del nuevo recurso de casación, surgido de la sentencia de la Corte Suprema en “**Casal Matías Eugenio”, del 29/9/2005**, según la cual, después de la reforma constitucional de 1994 (Cfr. Art. 75 inc. 22), y teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional (en particular “HERRERA ULLOA”, 1994, de La Corte Interamericana de Derechos Humanos), todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia para que un tribunal superior revise, integralmente, los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba del hecho, con el único límite de los que están íntimamente ligados a la inmediación real.

La Corte remarcó que la norma procesal que regula el recurso de casación (arts. 456 en la Nación, arts. 428/429 Cód. Procesal. Crim. Provincial), no restringe el alcance de la casación entendida de este modo, sino que había sido interpretada restrictivamente –y por ende de modo inconstitucional-, y por ello no declaró su inconstitucionalidad, sino que estableció cual era el criterio con que debe ser interpretada.-

5) Sentado lo anterior, considero que el recurso debe ser rechazado, atento que la defensa del condenado Eduardo Gustavo Bengolea, no logra demostrar los vicios de falta de fundamentación probatoria de la sentencia impugnada, y que la ausencia de los medios de prueba que alega en el recurso, sea determinante para casar la misma y declarar la absolución de su defendido.

Concretamente, los agravios se centran en que existió orfandad probatoria durante todo el proceso, que la víctima no declaró en sede judicial, que no se ordenaron pruebas científicas de ADN una vez radicada la denuncia, no se le realizó a la adolescente la Cámara Gessel, y tampoco se le realizaron pruebas psicológicas. Asimismo, cuestiona la aplicación de la figura del art. 119 2º párrafo (abuso sexual gravemente ultrajante), atento que, a su entender, no surgen de las pruebas colectadas en autos, las circunstancias de tiempo y modo exigidas por el tipo penal agravado.

En el fallo, se dijo lo siguiente: *“Del Sumario Preventivo Nº 590/10, obrante a fs. 01/14 que da inicio a la investigación, sumado el Expediente PEX 970567/11 y EXP 202544/10 venido del Juzgado de Familia y Menores Nº 1, ratificados en sede judicial y en el Debate Oral, de la contundente prueba pericial, médica e instrumental adjuntada, reforzada por los testimonios tanto en la etapa de Instrucción Judicial como en el Debate Oral han conformado el plexo probatorio con entidad suficiente para tener acreditado el hecho investigado y su autoría.”*

*“Teniendo en cuenta y entrando al análisis de la prueba, la existencia del hecho comienza por acreditarse a partir de la denuncia obrante a fs. 01 ratificada por la damnificada en su oportunidad en sede judicial y en el Debate Oral.”*

Es decir que, a diferencia de lo que sostiene el abogado defensor, la adolescente víctima declaró no sólo en sede policial (fs. 3 y vta.), sino también en sede judicial a fs. 113, donde ratificó la denuncia efectuada en la policía junto a su tía Andrea Raquel Cáceres, y allí declaró que los abusos ocurrían desde hacía mucho tiempo, desde que ella tenía 8 o 9 años con manoseos, y que a los diez u once años, la pareja de su madre la obligó a tener relaciones sexuales. También declaró en el debate oral que (fs. 373vta/374): *“….vivía con su mamá y su padrastro, Gustavo Bengolea, que éste desde que era chiquita 8 o 9 años la tocaba, a la noche cuando no estaba su mamá porque trabaja en Alpargatas con turnos rotativos, que cuando Bengolea tomaba se ponía molesto, entonces la dicente pedía irse a la casa de su abuela…que su hermano José vio –una noche- un episodio pero no han hablado…que después de la denuncia tuvo apoyo psicológico…que tampoco habló con su mamá quien no quiere saber ni de ella ni de su hermano …que le tocó sus partes íntimas y también la violó, que la dicente dormía con su hermanita por miedo, pero vino (Bengolea) la agarró y la llevó a su cama en el otro dormitorio, le sacó la ropa y la violó, que fue cuando su hermano José escucha y nos ve. Que las violaciones eran frecuentes, 2 ó 3 veces por semana, sobre todo si tomaba…”.*

Se arribó en el fallo a la siguiente conclusión: *“La conducta del encartado en los hechos, construye un obrar con capacidad psíquica de culpabilidad; Eduardo Gustavo Bengolea quiso el resultado y tuvo conciencia de ello: En la madrugada del día ocho de diciembre de 2.010, el aludido, aprovechando que su pareja Marcela Cáceres, madre de la damnificada, se encontraba trabajando en fabrica Alpargatas con horario nocturno, ingresa al dormitorio donde descansaba Brenda con sus hermanitos y la retira de la cama llevándola a su dormitorio y, ya en la cama matrimonial, la reduce y logra satisfacer sus bajos instintos con la joven, situación que es escuchada por su hermano Héctor Luis Cáceres.”*

*“Cabe acotar que el relato de ambos hermanos, a pesar del transcurso del tiempo, (cuando eran menores y en la actualidad, mayores de edad) no ha variado, quedando incólume en su memoria. Han atestiguado sobre el hecho acriminado con claridad y uniformidad, resultando ser dicho relato sólido y concluyente y otorgan en su conjunto indicadores específicos y unívocos sobre el hecho narrado y su autor.”*

Para ello, el Tribunal tuvo en consideración las siguientes pruebas, a saber: la declaración del hermano de la víctima, Héctor José Luis Cáceres, quien en el debate ratificó sus declaraciones de fs. 114y vta. y de fs. 12 y vta. (sede policial), quien manifestó:

“*Que el dicente tendría 16 años, y una madrugada, él (Bengolea) tomaba con sus amigos, su mamá se va a trabajar y el dicente y sus hermanos se van a dormir…que se despierta cuando escucha que Brenda llora y decía que no, que no…que el dicente se asusta….y escucha que Brenda dice: “no, que voy a quedar embarazada….que entonces sale por la ventana y se va a la casa de la hermana de Bengolea y dijo lo que estaba pasando….que Brenda fue después también y estaba colorada, con la cara hinchada…a Bengolea el dicente le tenía miedo pues le pegaba mucho, que nunca se lo dijo a su mamá porque esta no les creía. Que cuando estaba “mamado” le tocaba las partes íntimas a Brenda, el dicente no decía nada por miedo, que también le pegaba a su mamá…que para la época de los hechos el dicente tenía entre 13 a 14 años…”.* Su declaración coincide con lo expresado a fs. 114 y vta., en el sentido de que él escuchó lo que pasaba, que su hermana lloraba y gritaba, y él escapó por la ventana, porque le tenía miedo a Bengolea.

La tía de la víctima, Marcela Analía Torres, declara a fs. 372vta/373: *“…Que la dicente fue la denunciante, estuvo con su sobrina en la comisaría y luego la acompañó al hospital…que Brenda estaba con miedo y no le contó nada…que su hermana y mamá de Brenda nunca le contó nada… la dicente les creyó, son como sus hijos…que su hermana se puso del lado de Bengolea… que los chicos viven con la dicente desde entonces…que la dicente tenía buena relación con su hermana y con Bengolea (hasta la denuncia) éste tenía un comportamiento normal con los chicos pero se notaba una diferencia con Brenda…la cuidaba más como celoso, le daba más besos, más abrazos…”*

A su vez, la abuela de la menor, Sra. Raquel Cornejo, declaró a fs. 373 y vta. que: *“…veía cosas raras cuando iba a la casa de su hija….que los domingos solían comer asado y la dicente veía como Bengolea se ponía cargoso con su nieta…que la dicente avisó a su hija…”*

También se consideró el informe del médico de la policía Dr. SERGIO VICTOR PESSOT, quien le realizó el examen ginecológico a la menor en fecha 8/12/10, es decir, el día en que se radicó la denuncia, cuando la menor tenía 14 años.; a fs. 10., constató las desfloraciones antiguas (himen no conservado) y le realizó los hisopados vaginales y anales. A fs. 176 y vta., en sede judicial ratificó dicho informe.

También fueron valorados por la Cámara en el fallo, las constancias del expediente **“MENORES BENGOLEA - SU SITUACION” Exp. Nº 202544/10**, traído *ad efectum videndi,* de cuyas actuaciones surge que “*Brenda presenta indicadores compatibles con abuso sexual y se recomienda que continúe con el tratamiento que venía realizando en el Centro de Atención a la Víctima, Informe Socio Ambiental de fs. 78/81 del citado expediente 51/53 los cuales brindan de manera pormenorizada un panorama del grupo familiar de la víctima, donde se pone en evidencia la situación de vulnerabilidad y riesgo sufrida tanto por la víctima como sus hermanos por cuanto la madre de éstos prioriza la continuidad de la pareja y asume una actitud indiferente respecto a ellos. Ligado a ello se resalta la Audiencia de fs. 88/88 vto. del expediente aludido donde se otorga la guarda judicial de los menores Brenda Fierro y José Fierro a su tía Andrea Raquel Cáceres*.” (fs. 401 vta. de la sentencia).

La defensa en su escrito de fundamentación sostiene que no se le realizó a la menor Brenda Fierro la Cámara Gesell y que tampoco se le realizaron test psicológicos. Esto último no surge de las constancias probatorias de la causa, ya que, en primer lugar, a fs. 67/68 de autos, obra la pericia socio ambiental efectuada el día 08/12/10 por las Lic. Laura Fratin y Nadia Fratin, en el domicilio de la familia Bengolea-Caceres, quienes concluyen en que se sugiere excluir de modo permanente a Eduardo Bengolea de la vivienda a fin de preservar la identidad psicofísica de los menores y de su madre.

A fs. 69/70 obra la pericial psicológica de fecha 12/12/10 ordenada por la instrucción policial, efectuada por la Lic. Godoy Claudia, quien refiere que la menor Brenda sea revisada por un médico nuevamente, para dilucidar su estado de salud, como asimismo, aconseja que comience de manera inmediata con un tratamiento psicológico por los reiterados abusos que ha sufrido, afectando su integridad física psicóloga y emocional.

La psicóloga Nora Clarisa Ricardi, en debate oral, expresó que *“…Que reconoce su firma en actas de fs. 187 (de Instrucción) y a fs. 76 (juzgado Flia.). Que entrevistó a Brenda Fierro y a su hermano José Cáceres, se basó en entrevista semi- estructurada, esto es porque a medida que se desarrolla se pueden ir haciendo otras preguntas…se utilizaron test, de la figura humana, de Binder, gestáltico y persona bajo la lluvia. Se buscaban indicadores compatibles con abuso, se encontraron muchos, que se analizó a su vez su relato para determinar criterios de credibilidad, para saber si fabulaba o no, y su testimonio apareció veraz, aparece lógico, coherente, tiene ciertas digresiones pero eso lo hace más creíble, pues, sucede porque va recordando y contando situaciones inesperadas… “voy a quedar embarazada…” y es lo que contó su hermano que le escuchó decir…” “A Preguntas del Sr. Defensor si los menores pueden relatar un mismo hecho de manera distinta la Licenciada explica que quien realizó el relato se los hechos fue Brenda, José solo contó lo que escuchó pero no dio detalles, Brenda sí. Que a José se lo evaluó para determinar la credibilidad….que lógicamente mientras más entrevistas mejor pero para el caso que nos ocupa, con una sola entrevista siendo la dicente una profesional con 35 años de experiencia para determinar lo que se concluye no hace falta más”* (fs. 375/376).

La Lic. en Trabajo Social Rosa del Carmen Scappini expresó que: *“…su objetivo al realizar la visita al domicilio donde se dieron los hechos era indagar sobre la problemática….se interroga del hecho en sí, la madre siempre lo negó….que la tía siempre le creyó a sus sobrinos…que en su labor trata de obtener la mayor información posible… que tanto la tía como la abuela siempre fueron contestes en sus declaraciones….que en una oportunidad los hermanos Brenda y José pidieron visitar a sus hermanitos (en el domicilio de su madre) pero cuando vieron en el patio a Bengolea se retiraron…Brenda ve a su madre una sola vez…”.*

De esta manera, se advierte que los argumentos de la defensa no logran conmover los fundamentos esgrimidos por Tribunal para tener por acreditada la materialidad de los hechos realizados en perjuicio de la damnificada Brenda Soledad Fierro. Tampoco se logra demostrar que exista orfandad probatoria en el caso, todo lo contrario, existe en autos suficiente prueba de cargo dirimente que hace inaplicable en el caso el principio in dubio pro reo, como sostiene el recurrente.

Con respecto a la falta de realización de la Cámara Gesell a la menor víctima, es oportuno referencial que, en los delitos contra la libertad sexual los tribunales suelen tener un criterio más amplio en la valoración de la prueba, sopesando hasta el más mínimo indicio, para que no queden impunes, dado que por lo general se cometen en la intimidad, fuera de la vista de otras personas (Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 1, 29/6/1998-"Verón Luis", JA 1989-I-Síntesis, en <http://www.saij.gob.ar>. *Aspectos probatorios en los delitos contra la integridad sexual,* por SERGIO MANUEL TERRÓN, 20 de Abril de 2012 [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar) Id SAIJ: DACF120029, acceso 18/01/18).

En esa dirección se sostiene que *"la firme imputación de la víctima sumada a la incorporación de indicios relevantes, son suficientes para sospechar que el imputado participó en el delito achacado, máxime en este tipo de delitos que se desarrollan casi siempre fuera de la presencia de terceros*" (Cámara Nacional Criminal y Correccional, sala 4, 10/3/2003, "Escobar Alfredo").

En esta materia rige la libertad probatoria, por cuanto el Tribunal ha considerado las pruebas relevantes rendidas en la causa de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, para tener por acreditado el abuso sexual; por tanto, la ausencia de la declaración de la menor en Cámara Gesell no es determinante, ya que existen otros medios probatorios relevantes en la causa, tales como la recepción de la primera declaración de la menor por la Psicóloga Lic. Godoy Claudia a fs. 69/70, de fecha 12/12/10 ordenada por la instrucción policial, como así también los informes de la Lic. Nora Clarisa Ricardi, quien entrevistó a Brenda Fierro y a su hermano José Cáceres. A todo ello se aduna el plexo probatorio que se describió supra.

La jurisprudencia ha sostenido que: “*La consideración llevada a cabo por el "a quo" de las conclusiones a las que ha arribado la psicóloga forense respecto de la personalidad del encausado -compatible para realizar actos como los que se le imputan-, no resulta irrazonable si dicho estudio ha sido valorado no en forma aislada sino en el conjunto de otros varios elementos incriminantes, entre los cuales el juzgado instructor resalta el testimonio de la víctima, el de aquellos docentes que atendieron en una primera oportunidad a esta última y los diferentes peritajes que se practicaron con relación a ella y el hecho investigado. Por tanto, merituadas correctamente las pruebas colectadas, corresponde confirmar el procesamiento decretado, como autor del delito de abuso sexual doblemente agravado por haber resultado gravemente ultrajante para la víctima y por haber sido cometido contra una menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con la misma -arts. 45 y 119, 1º, 2º y 4º párrafos, inc. f) del C. P.”* (C.N.Crom. y Correc., Sala VII, 18/12/2003, "Conte, Gustavo", c. 22.970, Jueces: Bonorino Peró, Gerome. (Prosec. Cám.: Lozada), PJN Intranet, en <http://www.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador>, ecceso 17/01/18).

La defensa expresa que existe una **errónea aplicación del art. 119 2º párrafo del Cód. penal** ya que no surgen de las pruebas colectadas en autos, las circunstancias de tiempo y modo exigidas por el tipo penal agravado.

El Tribunal de Juicio ha considerado que: *“…No se comparte la calificación dada por el Sr. Fiscal de Cámara y se califica el hecho como abuso sexual gravemente ultrajante, toda vez que ha quedado duda razonable en referencia al acceso carnal, ya que el informe de fs. 31 tiene resultado negativo, y ante la falta de pruebas químicas en prendas íntimas o de vestir de la joven, ausencia de pericial de ADN, queda desplazada la figura del abuso sexual con acceso carnal.”*

*“Sí, se encuentra plenamente probado y me remito a la prueba analizada anteriormente, que el hecho que toca a juzgamiento configura un abuso sexual gravemente ultrajante por su duración y circunstancias de su realización, agravado por ser su autor encargado de la guarda y la damnificada menor de edad en esa época y en situación de convivencia con el mismo, mediante la fuerza y autoridad de su padrastro (a quien referenciaba como padre) a prácticas de contenido sexual desde larga data, “cosificándola” para satisfacer los bajos instintos de éste; aprovechándose que la madre de la niña no se encontraba en el hogar, durante la noche, mientras los demás hermanitos dormían, la sustrae de su cama y la lleva al lecho que compartía con la propia madre de la damnificada, donde da rienda suelta a sus bajo instintos con la niña. Situación, que conforme ha sido probada fehacientemente, ya venía produciéndose desde que Brenda era pequeña. Todo ello hace referencia a un “plus” dañoso, objetivamente superior al tipo básico, que evidentemente, produce una humillación más allá del abuso en sí, que violenta y degrada gravemente su dignidad. Situación enmarcada en el propio hogar, al abrigo de la noche y en ausencia de la madre que facilita el accionar del agresor.”*

El fallo se refiere al informe de fs. 29/32, realizado por la Lic. en Bioquímica Adriana Nazer, efectuado en fecha 08/12/10, del cual surge que, efectuado el hisopado vaginal y anal a la menor Fiero Brenda Soledad, no se encontraron espermatozoides. El fallo no dice que no hubo acceso carnal, sino que no está debidamente probado.

Recordemos que el Tribunal del juicio es libre para apreciar las pruebas de cargo y descargo colectadas en la causa, como así también para dar la calificación legal a la conducta del imputado. Así, se ha considerado probado los elementos del tipo objetivo agravado, (art. 119 C.P. 2º párrafo), a saber: la duración del abuso y las circunstancias de realización. Es decir que los actos cometidos por Bengolea excedieron el solo toqueteo de la figura de abuso sexual simple, y se materializaron durante mucho tiempo (desde que la menor tenía 8 o 9 años). El prevenido aprovechó la cotidianidad en el trato que tenía con la hija de su pareja, ya que vivían en el mismo domicilio, y la menor estaba bajo su guarda cuando la madre de ésta por las noches salía a trabajar, de modo que se valió de eso, acosándola de manera inoportuna desde que era una niña, mediante tocamientos obscenos, valiéndose de amenazas para que ésta no contara lo sucedido.

A los fines del tipo agravado previsto en el Art. 119 segundo párrafo CP, "*someter"* implica degradar la calidad personal, mediante actos que convierten a la persona en nudo objeto, constituyendo yugo y relación de poder sobre otro. Sólo en ese sentido la persona es verdaderamente "sometida". Así entiende parte de la doctrina que sometimiento importa reducción al carácter de cosa (Conf. Villada, Jorge Luis; "Delitos contra la integridad sexual", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 53)

En consecuencia, no advierto que la sentencia traída en revisión constituya el resultado de un cambio sorpresivo de la hipótesis imputativa, verificada desde un primer momento en el legajo. En efecto, como quedara dicho, los hechos materia de imputación fueron descriptos en su totalidad desde el inicio de la causa. Por ende, la sola circunstancia de haberse registrado, durante la marcha del proceso, distintos juicios de subsunción provisorios sobre el mismo universo fáctico de imputación, no implicó un estado de indefensión para con el imputado, por cuanto, en todos los casos y como quedara expuesto, en aquellos siempre estuvo involucrado el abuso sexual que sufrió la menor.

Por lo que considero, que en el caso, no ha existido variación alguna, introducida por la Cámara en torno del marco fáctico que fue objeto del procesamiento, por lo que no existió una afectación del derecho a la defensa en juicio del imputado.

Desde otro ángulo, se observa que la defensa de Eduardo Gustavo Bengolea Lucero no ha ofrecido elementos de descargo suficientes para revertir la eficacia de la prueba reunida en la causa, pudiendo haber ofrecido por ejemplo, un perito médico o psicólogo que se expidiera sobre los informes explicados en el debate, o que cuestionara las conclusiones a las que se arribó, cosa que no ocurrió. Asimismo, la defensa ha podido interrogar a la profesional psicóloga que entrevistó a la adolescente y a quienes realizaron los informes médicos y psicológicos.

En conclusión, de la sola lectura de la sentencia de Cámara, observo que la decisión del tribunal se encuentra adecuadamente fundada en las pruebas producidas y que su valoración pormenorizada permitió concluir que correspondía la condena del encartado. Se concluye que el casacionista no demuestra más que su mera discrepancia en orden a la valoración de la prueba efectuada por el tribunal.

Concluyo afirmando, que de la prueba documental, testimoniales, y de los informes médicos y psicológicos agregados, el hecho ventilado ha quedado por demás demostrado, por lo que el recurso deviene improcedente debiendo desestimarse el mismo.

Los elementos de juicio introducidos al debate, valorados de manera global y conjunta y de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, permiten arribar a un estado de certeza respecto de la efectiva responsabilidad del nombrado por los hechos que le fueran endilgados, por lo que corresponde el rechazo del recurso en lo que aquí se trata.

Por lo tanto, no puede afirmarse que la sentencia dictada en el sub examen carezca de fundamentos que justifiquen lo decidido, toda vez que los elementos evaluados, considerados decisivos en la instancia de mérito, resultan concordantes, convincentes y suficientes como para arribar al pronunciamiento cuestionado.

Por todo ello VOTO a estas SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN por la NEGATIVA.-

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a esta **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.**

**A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** Que en consecuencia, de conformidad a lo resuelto en la primera cuestión, corresponde el rechazo del Recurso de Casación interpuesto. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, la Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, dijo:** Costas a la recurrente vencida. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y LILIA ANA NOVILLO, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN.**

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Sres. Ministros la Sentencia que va a continuación:

**San Luis, veintiocho de febrero de dos mil dieciocho.-**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Rechazar el recurso de casación interpuesto.-

II) Costas a la recurrente vencida.-

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Dres. LILIA ANA NOVILLO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y CARLOS ALBERTO COBO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-*