**STJSL-S.J. – S.D. Nº 061/19.-**

--En la Provincia de San Luis, **a once días del mes de abril de dos mil diecinueve**, se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. MARTHA RAQUEL CORVALÁN, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“RECURSO DE CASACIÓN EN PEX: BARZOLA ROBERTO CARLOS (IMP) - ROQUE CINTIA PATRICIA (DEN) - AV. CORRUPCIÓN DE MENOR”*** -IURIX INC Nº 210204/1.-

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, LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO.-

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 por ESCEXT Nº 10110040, de fecha 27/09/18, del expediente principal “BARZOLA ROBERTO CARLOS (IMP) - ROQUE CINTIA PATRICIA (DEN) - AV. CORRUPCIÓN DE MENOR" PEX 210204/17, la defensa técnica del condenado en autos Roberto Carlos Barzola interpone recurso de casación contra la sentencia integrada por el veredicto (Actuación Nº 9975807) de fecha 11/09/18 y sus fundamentos de fecha 19/09/18 (Actuación Nº 10039976) dictada por la Excma. Cámara del Crimen Nº 2 de la Primera Circunscripción Judicial, que declara a su pupilo culpable del hecho que fuera materia de acusación fiscal y que damnificara a la menor Sol Florencia Barzola, delito de “corrupción de menores agravada por el vínculo”, en los términos del art. 125, 3° párrafo y 45 del Código Penal y condenarlo a cumplir la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas procesales, disponiendo su alojamiento en dependencias del Servicio Penitenciario Provincial. El recurso es fundado por ESCEXT Nº 10142589 de fecha 02/10/18.

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 de los autos principales “BARZOLA ROBERTO CARLOS (IMP) - ROQUE CINTIA PATRICIA (DEN) - AV. CORRUPCIÓN DE MENOR" PEX 210204/17, y del sistema IURIX, se observa que el recurso ha sido interpuesto y fundado en término, ataca una sentencia definitiva de un tribunal competente, y el recurrente se encuentra exento del pago de depósito dispuesto en el art. 431 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. LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, 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) Agravios del recurrente: Luego de hacer referencia a la procedencia formal del recurso, expone que la sentencia objeto del mismo contiene vicios en su motivación.

Sostiene que, en virtud de ello, faltó analizar la acusación que valoró a la Lic. Baudry que interpretó al Código Penal y dijo que la menor había sido -para ella- abusada, que el Ministerio Fiscal incluso fundó la acusación como la Excma. Cámara en la declaración del hijo, respecto de la cual la defensa se opuso; y de la Lic. Baudry que dio y refirió opinión de su paciente, ello porque la ley procesal consagra la exigencia de motivación de la sentencia, amenazando la infracción a la regla con pena de nulidad.

Agrega que el tribunal de casación (nuestro Superior Tribunal de Justicia) puede controlar si las pruebas del juicio son válidas (legitimidad), testigos calificados como serían los peritos, no justificar con declaraciones de quienes no pueden ser testigos, por ende las conclusiones obtenidas no responden a las reglas del recto entendimiento humano (logicidad), no es expresa, no es clara, ni completa y no fue emitida con arreglo a las normas prescriptas; en una palabra, la motivación del fallo no ha sido legal.

Destaca que en el fallo existe ausencia de una exposición de los motivos que justifiquen la convicción del juez en cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinaron en definitiva responsabilizar sin pruebas a su defendido Roberto Carlos Barzola.

Agrega que si se impone al juez el deber de apreciar razonadamente las pruebas, no puede reemplazar su análisis crítico por una posibilidad de que existieran amenazas, las que no refirió en la Cámara Gesell. Que en esta sentencia se careció de “certeza”, es decir, no hay certeza que la menor fuera corrompida, como prueba está lo narrado en Cámara Gesell que no relató sobre la amenaza, no existe una convicción razonada y positiva de que los hechos existieron y ocurrieron como lo relata que existió la conducta corruptora y de diversas modalidades sin detallarlas; la duda o probabilidad sólo se admiten cuando operan en favor del acusado: *in dubio pro reo.*

Postula que una sentencia pronunciada en infracción a los principios de la lógica formal por error en la apreciación de la prueba pericial referente a las lesiones y la data de las mismas, que los jueces de Cámara no valoraron ni apreciaron bien cuando justificaron el hecho, no tomando en serio tal pericia, no podrá juzgarse motivada aunque conste por escrito y se extienda en argumentos; la pericia del Dr. Peralta fue introducida por el Ministerio Fiscal, allí se relata sobre las lesiones de la violación anal, sobre las lesiones corporales compatibles con el abuso, y para condenar solo justifica con los argumentos de que una conducta es corruptora y hablan de abuso sexual.

Manifiesta que la sentencia entonces adolece de errores de fundamentación y ha provocado la desigualdad entre las partes y la violación del derecho de defensa en juicio, garantía ésta que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada.

Expresa que en la causa hay un pésimo comportamiento judicial, ya que en la instrucción se valora la denuncia como una declaración de verdad, se dan por ciertos sus dichos, se realizan pericias comprometidas con la culpabilidad, que luego motiva la detención, allanamientos, procesamiento y prisión preventiva. Agrega que la importancia de la causa inicial del proceso, y de manera inmediata a la premura con que se actúa tiene incidencia directa en el resultado de la sentencia que se dictó en la causa.

Destaca que los pedidos de laboratorio alejan a su defendido del hecho, ya que nada se encontró que lo comprometiera, todo dio negativo, a fs. 88 no se encontró resultado de fosfata ácida de semen, NO se detectó presencia de PSA ni actividad de fosfata ácida prostática, no hay muestra de sangre en la ropa de Aguilera ni en la ropita de la niña, lo mismo ocurre a fs. 107 y 108.

Expresa que solo con el relato de la niña se aleja del hecho a su defendido, la poca visibilidad confunde y el estar boca abajo seguramente confundió a la niña, nada se probó, solo en la mente de los sentenciantes. Por ello, al no haber solidez en las pruebas, mucho menos contundencia, al no haber reconstrucción histórica pese a haberlo mencionado el voto, no puede haber grado de certeza.

2) Traslado al Sr. Defensor de Niñez, Adolescencia e Incapaces: En el presente incidente, por decreto de fecha 03/10/18 se corre traslado al Señor Defensor de Niñez, Adolescencia e Incapaces N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, quien en fecha 08/10/18, por actuación Nº 10179875, manifiesta que considera que no corresponde en autos la intervención del Ministerio Público de Menores e Incapaces, toda vez que siendo el titular de la acción pública el Ministerio Público Fiscal, es el mismo quien debe ser entendido como contraparte en los términos del art. 434 del C. P. Crim. y quien en consecuencia deberá contestar en la instancia oportuna los argumentos de la Defensa.

Traslado a la Fiscalía de Cámara: En fecha 16/10/18, por actuación Nº 10235740, contesta traslado el Sr. Fiscal de Cámara Nº 2, quien solicita el rechazo del recurso porque los agravios se fundan en la divergencia probatoria existente entre el planteamiento por esa parte realizado, las constancias de las pruebas arrimadas a la causa -y citadas en el recurso-, como también la efectiva valorización efectuada por la Excma. Cámara al momento de su merituación; asimismo, ratifica todos los extremos de la imputación respecto a las cuestiones de hecho y derecho, vertidos en oportunidad de haber producido alegatos en el debate oral, los que se encuentran íntegros en el acta de debate, solicitando se tengan por reproducidos en homenaje a la brevedad y a sus efectos.

3) Dictamen del Sr. Procurador: Que en fecha 18/11/18, por actuación Nº 10463504, se expide el Sr. Procurador General de la Provincia. Opina que el recurso de los Sres. Defensores pretende fundarse en la mera discrepancia con la valoración de los hechos y la prueba que ha realizado la Cámara, y no logra demostrar notorios apartamientos de la regla de la sana crítica y de la lógica que conmuevan la sentencia. Agrega que se debe rechazar el recurso incoado pues el tribunal sentenciante no ha incurrido en falta de logicidad o inconsistencias en sus argumentaciones, no se ha apartado de las disposiciones legales ni de la sana crítica al momento de ponderar los dichos de los testigos y la prueba pericial y documental. Se observa, en el análisis del fallo, que los testimonios han sido integrados a través de un confronte crítico, no se han fragmentado las pruebas, no se las ha analizado de manera aislada, sino que se las ha correlacionado entre sí de manera armónica, ello pone la sentencia a resguardo de la atribución de arbitrariedad.

4) Consideraciones previas sobre el recurso de casación y el fallo “Casal”: 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).-

En el año 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el fallo en el caso “Casal”, por el cual asume la interpretación amplia del recurso de casación, según la cual se trata de un recurso con que cuenta el imputado para rever la totalidad de la sentencia condenatoria, sin distinguir entre cuestiones de hecho y de derecho, y en todo cuanto sea posible sin afectar la inmediación propia del juicio oral.

El cimero Tribunal ha citado, en “Casal”, la sentencia de la Corte Interamericana de Justicia recaída en el caso “Herrera Ulloa”, de fecha 2 de julio de 2004. Allí se dijo que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso.

Es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo la tramitación de los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia. (“*El nuevo diseño de la casación penal”* por Álvaro E. Crespo, en <http://derechopenalonline.com> acceso 14/06/18).

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 cuál era el criterio con que debe ser interpretada.

5) Tratamiento de los agravios planteados: Sentado lo anterior, me adentraré al análisis de los agravios expuestos por la defensa técnica de Roberto Carlos Barzola, y para ello analizaré la prueba rendida en el debate oral, como así también las actuaciones del expediente en la etapa de instrucción, cuyas pruebas documentales fueron incorporadas al debate con el control de las partes. Respecto de algunos testigos, sus declaraciones fueron oralizadas con el consentimiento de la defensa.

Los agravios de la defensa resumidamente se fundan en los supuestos vicios de la sentencia en su motivación, en la valoración probatoria del tribunal de la instancia, en la ausencia de certeza para arribar a la condena, y en el error en la apreciación de la prueba pericial.

En la sentencia quedaron fijados los hechos y el significado jurídico que se le ha otorgado a la prueba producida.

Así, se dijo que: *“…En este orden de ideas, debemos concluir en el grado de certeza positiva que Roberto Carlos Barzola comenzó con una antelación a dos años a la fecha de la denuncia, a realizar actos tendientes a seducir a su hija con el propósito de mantener relaciones sexuales con ella. La multiplicidad de actos fueron ayudar a su hija a bañarse y enjabonarla especialmente en sus partes íntimas, luego manifestarle que si mantenía relaciones* *sexuales con él, la daría permiso para hacer cosas que ella quisiera, como ir a bailar o ir a visitar a sus abuelos maternos en la localidad de Mendoza, etc., mandarle fotografías de sus partes íntimas a su hija, filmarla en el baño mientras se bañaba, facilitar la computadora con el historial de búsquedas por Internet donde figuraban direcciones Web que referían a relaciones sexuales entre padre e hija como así también sitios con contenido pornográfico. Todas las modalidades descriptas fueron corroboradas con la tarea investigativa, así las fotografías de las partes íntimas fueron rescatadas y se encuentran agregadas como prueba documental donde puede apreciarse al hoy condenado, la filmación de la menor desnuda mientras se bañaba también pudo ser rescatada por personal policial y se encuentra resguardada en DVD, las direcciones Web de pornografía fueron corroboradas por los dichos de Sol Florencia Barzola, como así también de su hermano, los tocamientos al enjabonarla y las persistentes manifestaciones de mantener relaciones sexuales fueron corroborados a través de la contención psicológica que confirmó el relato de la menor. Además, debemos recordar que tanto los teléfonos celulares como así también la computadora Notebook y pen drive fueron secuestradas por personal policial y correctamente peritadas…”*

Corresponde analizar si los fundamentos expresados por los sentenciantes para condenar a Roberto Carlos Barzola lucen suficientemente motivados y ajustados a las reglas de la sana crítica racional, y no carentes de fundamentos o incursos en contradicciones.

La plataforma fáctica tenida por cierta por los magistrados, según se colige tanto de los fundamentos de la sentencia (Actuación Nº 10039976) como de las actas de debate (Actuación Nº 9971623) (Expediente principal PEX Nº 210204/17) encuentra particular sustento en los dichos vertidos por la adolescente Sol Florencia Barzola en el marco de la audiencia en Cámara Gesell, en el testimonio de la psicóloga Lic. Mónica Baudry, quien presta funciones en la Secretaría de la Mujer dependiente del Gobierno de la Provincia, y atiende a la menor desde el año 2007 a la actualidad, en los peritajes efectuados en los elementos secuestrados en la casa familiar, y en las manifestaciones efectuadas por la madre y el hermano de Sol Florencia Barzola.

Así, según surge de la sentencia la adolescente indicó que: *“… él quería abusar de mí y yo primero no lo sabía, pero después como que veía cosas raras, eh, el usaba una computadora entonces yo agarré y abrí un historial de Google y vi que él veía pornografía y cosas relacionadas conmigo…”. “…un día me había ayudado a bañarme pero yo todavía no sabía su intención porque yo tiempo después busqué en el historial…”; “…me enjabonaba y era muy seguido en mis partes íntimas…”; “…él me había estado filmando, había puesto su celular en una cartea en el baño y había filmado videos donde yo me estaba bañando desnuda…”; “…me había estado mandando fotos de sus partes interiores…” “… él me muestra ese video y yo me tapé los ojos y le dije; no, no quiero ver, ¿sabés quién es esa? y le digo: “…si…”, ¿Quién?… yo… ¿Por qué tenés grabado eso?, a lo que el imputado le habría contestado, “… para vengarme de vos, cuando me hiciste meter preso… te voy a subir a las redes sociales…”.* Tales dichos se pueden observar de la reproducción del DVD adjunto correspondiente a la filmación de la entrevista en Cámara Gesell, reservado en Secretaría Judicial.

En primer lugar, para resolver el tema que nos ocupa debo erigir como norte que la incorporación en el proceso penal del testimonio de la menor obedece a un principio fundamental de raigambre constitucional, este es, el “**interés superior del niño”.** De esta forma, la doctrina sostiene que *“...sólo se garantiza la tutela judicial efectiva del niño víctima en el proceso, o bien su real acceso a la justicia, cuando se admite que pueda expresar libremente su opinión en todos los asuntos que lo afectan, extremo que tan sólo se verifica cuando se le da la oportunidad de ser escuchado. Y sólo se lo escucha en los términos prescriptos por el bloque de constitucionalidad federal, cuando su versión se recibe en forma adecuada, es decir con la intervención exclusiva y excluyente de especialistas de la salud mental en niños y adolescentes”* (González Da Silva, Gabriel; “Derecho del niño víctima a ser oído en el proceso criminal. Su reglamentación en el Código Procesal Penal de la Nación”, DJ 2005-I-254).

A su vez, el informe respectivo efectuado por la Lic. Silvina Fernández Grimberg, la profesional que entrevistó a la adolescente en la Cámara Gesell (Actuación Nº 8041461 de fecha 17/10/17) recepta las siguientes conclusiones:

“En el tramo final de la entrevista previa, al preguntársele si tenía alguna duda o deseaba preguntar algo, plantea en medio de una crisis de llanto que su madre desconoce una de las situaciones que habría vivenciado con el imputado y que por vergüenza no lo había contado antes.”

“Si bien el relato se acompaña en algunos tramos por sentimientos de pudor, vergüenza vinculados a los hechos que se investigan, no se advierte resonancia afectiva significativa, la que si pudo registrarse durante la entrevista previa, como se mencionó en el apartado correspondiente.”

“El contenido del relato presenta detalles explícitos de conductas sexuales en el que la evaluada hace referencia a situaciones de diversa índole con el imputado.”

“Elementos relacionados al secreto: de acuerdo a la especialista, son aquellas medidas tácitas o explícitas que los agresores emplean para garantizar el silencio de sus víctimas: amenazas, coerciones, promesas, sobornos e inducciones. Esto último se observa en el relato de la evaluada cuando afirma: “…él me muestra ese video y yo me tapé los ojos y le dije: no, no quiero ver, ¿sabes quién es esa? y le digo: “...si…”, ¿quién?, ...yo… ¿por qué tenés grabado eso?, a lo que el imputado le habría contestado, “… para vengarme de vos, cuando me hiciste meter preso…te voy a subir a las redes sociales…”.

“Del test verbal Inventario de Frases para Abuso y Maltrato infantil, se destacan enunciados que la adolescente dice experimentar miedo durante las noches, en las que además presentaría pesadillas. Afirma que tiene pensamientos desagradables de forma recurrente así como que también siente ganas de llorar. Puede mencionarse por último que registra vivencias de autorreproche que estarían vinculadas a que siente que si su comportamiento hubiera sido diferente, las vivencias abusivas que declara quizá no hubieran acontecido.”

“Respecto a la figura materna, la adolescente la percibiría desempeñando su rol con algunas dificultades, pero siendo el único referente adulto en el que actualmente la misma encuentra amparo y contención. En relación a la figura paterna el mismo sería vivenciado como hostil y amenazante.”

“Por lo antes mencionado, se sugiere la continuidad de tratamiento psicológico para la evaluada, a los efectos de favorecer el complejo proceso de elaboración psíquica habida cuenta de lo traumático vivenciado y el estrecho vínculo consanguíneo involucrado.”

Nótese que la adolescente fue muy clara cuando describió los distintos actos realizados por su progenitor hacia su persona, y la fuerza convictiva de sus dichos no requiere demasiado análisis.

Respecto de la naturaleza de la entrevista en Cámara Gesell, en el precedente **“(O) GODOY CARLOS DANIEL S/ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL VÍNCULO –JUICIO ORAL-RECURSO DE CASACIÓN”** EXP. Nº PEX 162464/14, STJSL-S.J. – S.D. Nº 159/18 de fecha 16/08/18, tuve oportunidad de referir que: *“Por lo demás, la Cámara Gesell no se trata de una pericia sino una declaración establecida para un limitado grupo de sujetos -menores de dieciséis años víctimas de delitos sexuales- bajo un procedimiento particular, dado que, no pueden ser interrogados en forma directa ni por el tribunal o las partes, sino a través de un profesional de la salud.” “De lo expuesto se colige que si bien un testigo, en sentido estricto, en el rango de los dieciséis y dieciocho años de edad, podría cometer el delito de falso testimonio (art. 1, Ley 22278, en función de la penalidad prevista en el art. 275, Código Penal), no se verifica esa posibilidad, en la misma franja etaria, con la supuesta víctima, no sólo porque no es testigo, sino porque en supuestos como el del autos se ha previsto un régimen especial para escuchar su relato, de lo contrario, el interés superior del niño aparecería reñido con arbitrios, tales como la exigencia de juramento o promesa de decir verdad, que trasuntan cierto contenido admonitorio, cuando justamente se trata de obtener un relato espontáneo de los hechos en un marco donde es deber del Estado adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica de un menor* frente *a episodios que los afectan gravemente conforme lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño. Así se ha sostenido en numerosa jurisprudencia:*

*“Si bien, la "Cámara Gesell", desde un punto de vista técnico es el medio idóneo para escuchar al menor que torna efectivo el cumplimiento del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en realidad "se trata de una prueba sui generis, autónoma, compleja y específica, que participa de algunos caracteres de la prueba testimonial y de otros de la prueba pericial, pero que no alcanzan para categorizarla como sólo una de ellas" (Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, ob. cit., p. 361, citado en mi voto en causa N° 57.176/2014, "T. C., E.", del 25 de marzo de 2015). Coincido también en que la menor no es propiamente una testigo, pues se ha expresado sobre un hecho que la tuvo como damnificada y no sobre algo ajeno.”* (S. E. y otros s. Nulidad - Abuso sexual /// Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Sala VII; 24-10-2016; Rubinzal Online; RC J 6701/16, en <http://www.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/buscador>, acceso 18/06/18).

Ahora bien, siguiendo con la línea probatoria tenida en cuenta por el tribunal, cabe resaltar que al momento de declarar en el debate la Lic. Silvina Fernández Grimberg, brindó una serie de consideraciones y explicaciones sobre el informe de referencia, y respondió las consultas de las partes.

Por su parte, la Sra. Cintia Roque, madre de la adolecente, refirió que: “*hace diecisiete años a la fecha que me contraje matrimonio con ROBERTO CARLOS BARZOLA de 39 años de edad, de cuya unión nacieron mis cuatro hijos de edad, de nombre ALEX AGUSTIN BARZOLA, de 17 años de edad, SOL FLORENCIA BARZOLA, de 15 años de edad, NAHIR ABIGAIL BARZOLA, de 13 años de edad y SABRINA CELESTE BARZOLA de 11 años de EDAD. Desde hace siete años que vivimos en esta localidad, todos juntos, hasta que mi marido comenzó a tratarnos mal, ya que nos insultaba todo el día, rompía las cosas de la casa de manera muy violenta, nos amenazaba, diciéndonos "LOS VOY A MATAR A TODOS" no trabajaba y me mandaba a mí y a mi hijo a trabajar, mientras que el, se quedaba todo el día jugando con la computadora en la casa, por ese motivo tome la decisión de irme a vivir a otro lado, todo esto paso en el mes de noviembre del año pasado, pero luego de pasados un mes, nos fue a buscar y prometió cambiar y es por eso que regresé con mis hijos a la casa nuevamente. Una vez que regrese a la casa, mi hija FLORENCIA, me pedía por favor de que no la dejara sola con su padre y la notaba incómoda en algunas oportunidades, por ejemplo cuando, yo salía para irme a trabajar ella no se quería quedar en la casa, como así también antes de que regresara a vivir nuevamente a la casa, ella me* *pedía de que no lo* *hiciéramos, pero nunca supe el por qué, yo pensaba de que no quería que su padre le pusiera límites. En el día de la fecha, siendo la hora 13:30 aproximadamente, mientras me encontraba en mi casa en compañía de mi grupo familiar, mi marido, sale de mi casa en compañía de mis dos hijas más chicas a visitar un familiar y es donde me quedo sola con mi hijo ALEX y en un momento éste último llama a su hermana FLORENCIA y le dice, CONTALE LO QUE TE PASA", es donde mi hija comienza a llorar y comienza a relatarme textualmente "QUE ESTE JUEVES (27/04/17), EN HORAS DE LA MAÑANA , El PAPA ME MOSTRÓ UN VIDEO DE SU TEL´RFONO CELULAR DONDE ME HABIA FILMADO BAÑANDOME (desnuda) Y QUE SI DECÍA ALGO ,LO IBA A SUBIR POR FACEBOOK Y ADEMAS QUE ME IBA A MATAR, COMO A TODA LA FAMILIA", DONDE ADEMÁS MI PADRE SE HABÍA SACADO FOTOS (CUATRO) DE SU PARTES ÍNTIMAS (GENITALES) EN MI CELULAR ( Marca SAMSUNG, Modelo Chat 222, de carcasa de color negro, de tamaño chico, con teclas , el cual no posee chip) PARA QUE YO LAS °VIERA , DONDE LA ELIMINE , SI MIRARLA" , aduciendo además mi hija "QUE EL AÑO PASADO, SU PADRE CUANDO NO ME ENCONTRABA (MADRE), EL MISMO VARIAS VECES INTENTO ACOSTARSE CONMIGO A CAMBIO DE COMPRARME UN CELULAR, ANTE LA NEGATIVA DE ACOSTARME, MI PADRE SACABA A PASEAR A MIS HERMANOS MIENTRAS A MI ME DEJA EN EL INTERIOR DE LA CASA BAJO LLAVE, CORTANDOME LA LUZ, DONDE ME OBLIGABA A REALIZAR LA LIMPIEZA DE LA CASA, NO PERMITIENDO QUE SALIERA A JUGAR NI AL PATIO Y/O SACANDOME EL CHIP DE MI TELEFONO CELULAR PARA QUE NO TUVIERA CONTACTO CON NINGUNA PERSONA FUERA DEL CÍRCULO FAMILIAR…”*

*“Por lo que al seguir conversando con mi hija, me hace referencia que cuando me ausenté por una semana de esta localidad por el mes de Diciembre del año 2015, por razones de salud de mi persona, siendo acompañada únicamente por mi hija más chica, quedando mis otros hijos a cargo de su padre, circunstancia el cual mi hija Florencia hace referencia, que el mismo día que viajé a la provincia de Mendoza, cuando se encontraba sola en la mesa con su padre es donde este último le manifiesta " QUE SI VOS TE ACOSTAS TRES VECES CONMIGO A LA SEMANA, TE VOY A DAR LO QUE VOS QUIERAS", a lo que le respondió mi hija "QUE NO" y esta última se levantó y se dirigió a su pieza a llorar, es donde el padre ingresó a la pieza y le dijo en tono de voz agresiva "NO LLORES QUE NADIE TE HIZO NADA", no siendo el único episodio contra mi hija, cuando yo me encontraba en la provincia de Mendoza, relatándome además mi hija Florencia, que ante la negativa de mantener relaciones sexuales con su padre es donde este último la amenazó, diciéndole "VOY A BUSCAR UN ARMA Y TE VOY A MATAR , YO VOY A IR PRESO, PERO A VOS NO TE VA SACAR NADIE BAJO LA TIERRA". Por lo que al regresar de Mendoza luego de realizar el tratamiento médico, es donde al paso del tiempo comencé a denotar, que cuando le hacía bromas mi pareja e intentaba abrazar a su hija Florencia, esta última* *rotundamente lo rechazaba diciéndole "QUE NO LA TOCARA”…”*

También declaró Alexis Barzola, hermano de la adolescente Florencia, quien manifestó que: “*Que desde mi llegada a esta localidad, por el mes de noviembre del año 2016, luego de estar residiendo en la provincia de Mendoza, con el pasar del tiempo denotó que mi hermana FLORENCIA, quien actualmente tiene 15 años de edad, estaba mal emocionalmente, por lo que comencé a tener más diálogo con ella, ganándome su confianza, y me comentó que mi padre BARZOLA ROBERTO, veía pornografía en la computadora por internet, que la trataba mal, obligando (la) a limpiar todo el día, no dejándola salir a ningún lado, a mi no me llamaba la atención dado que mi progenitor es una persona violenta con todo la familia en general.”*

*“…Porque al continuar la charla con mi hermana, es donde esta última me hace referencia que el día jueves (27/04/17), no me dijo la hora, en circunstancia que se encontraba sola con nuestro padre, este último le muestra de su teléfono celular) un video casero en el cual el mismo la había filmado bañándose a ella (Florencia) que además no era el único video que tenía, dado que lo estaba guardando en un pendrive, que por dichos de mi hermana es de color rosa envuelto en su mayoría con cinta de color negra (cara uso eléctrico). Yo en una oportunidad vi a mi padre ocupando el pendrive en la compu de mi hermana como que pasaba datos de la compu al pendrive el mismo que describe mi hermana de plástico de color rosa cubierto con cinta aisladora de color negro.”*

“*Haciendo referencia además mi hermana, que hace un tiempo atrás no especificando el tiempo, que nuestro padre le había ofrecido un teléfono celular y otras cosas, para que tuviera relaciones sexuales con él, ante esto yo le manifiesto que ya íbamos hablar de esto con nuestra madre y al llegar a nuestro domicilio alrededor de las 11:00 horas, transcurridos unos minutos nuestro padre se retira de la casa, llevándose consigo a mis dos hermanas más chicas para almorzar en la casa un hermano del mismo y aprovechando esta oportunidad en forma inmediata, nos ponemos a conversar con mi madre, y mi hermana le comienza a relatar, lo que me había comentado a mí, y antes de hacerlo mi hermana comienza a llorar y entró como en crisis, y mi madre manifiesta que iba a radicar la correspondiente denuncia, y mi hermana llorando le manifestaba "QUE NO FUERAMOS A LA COMISARÍA, QUE TENÍA MIEDO, POR QUE SU PADRE YA LA HABÍA AMENAZADO CON QUE SI DECÍA ALGO LA IBA A MATAR A ELLA Y A TODA LA FAMILIA". Después de los relatos de mi hermana, pude corroborar a través de su dichos que los mismo eran verdaderos, dado que mi padre trataba mal en especial a ella, como así también no la dejaba salir a ningún lado y que su celular que tuviese chip.”*

Entendemos a partir del fallo “Casal”, que este Superior Tribunal de Justicia como instancia casatoria, tiene facultades amplias de control sobre los elementos de prueba así como para revisar la determinación de los hechos, según la doctrina del Alto Tribunal (“Casal”, Fallos: 328: 3399, sentencia del 20/09/2005), pero tal atribución tiene un límite natural a partir de la adopción del sistema de la oralidad. Por ello, no es revisable la impresión que los testigos (en especial el adolescente Alexis Barzola, hermano de la víctima), causaron al tribunal oral, aunque su declaración puede ser valorada por el tribunal de casación a partir de la reproducción del DVD acompañado que contiene la video-filmación de la audiencia del debate. Se observa que su testimonio luce verosímil, creíble y el mismo se valora conforme las previsiones del art. 180 del C.P.Crim.

También es importante la declaración de la psicóloga Lic. Mónica Baudry, quien presta funciones en la Secretaría de la Mujer dependiente del Gobierno de la Provincia, quien atiende a la menor desde el año 2007, y declaró en el debate que: “*Cabe aclarar que mis dichos serán a partir de entrevistas con la mamá y la menor, pido resguardar el secreto profesional por ser un caso tan complejo. Es una niña muy introvertida, tenía mucho temor por amenazas, le costaba hablar y a través de los meses me fue diciendo lo que le había pasado, angustia, llanto, vergüenza y culpa. La culpa aparece atribuyéndose ella la culpa de los hechos, me llevó unos meses hacerle entender que era responsabilidad de los adultos y no de los niños. La angustia y la culpa fueron disminuyendo al pasar el tiempo, el miedo por la amenaza hacia ella y su familia, es lo que impedía que contara lo que pasó. Al principio estaba más acentuado el contexto de lo social, este tipo de abuso queda como estigmatizado en localidades pequeñas, entonces en la escuela estuvo en un proceso de no querer ir a la escuela y pudo sobrellevarlo ya que tenía vergüenza, pero bueno, en una localidad pequeña se sabe, el pueblo se enteró por rumores y ella se sentía afectada en el desarrollo normal de la adolescencia, de juntarse en grupo, eso fue disminuyendo. Cabe mencionar que siendo el padre biológico de la menor, fue sumamente traumático. Que el padre la amenazaba de muerte porque ella no accedía a mantener relaciones sexuales con él*.”

También se peritaron diversos elementos secuestrados en el allanamiento ordenado en fecha 29/04/17 (fs. 54/57vta.) por la Sra. Jueza de Instrucción en la vivienda familiar, entre ellos un teléfono celular marca Nokia modelo Lumia, un teléfono celular marca Samsung modelo chat 222, una notebook marca Exo y un pendrive color rosa cubierto con cinta aisladora color negro.

Los mismos fueron remitidos al Departamento de Investigación de Delitos Complejos del Superior Tribunal de Justicia, a los fines de establecer número de IMEI digital y de carcasa; marca y especificaciones del aparato en cuestión; determinar su funcionamiento y en su caso extraer de los mismos archivos de imágenes, audio y video, registro de llamadas, mensajes de texto, mensajes de whatsapp; recuperarse de todo elemento eliminado recientemente de los equipos de comunicación; y agregarse todo otro datos de interés para la presente investigación.

Así, por OFR 198/1 la división delitos complejos remitió informe preliminar del que surge que: “Se extrae del teléfono marca Nokia modelo Lumia GSM 635 con micro SD de 2 GB nueve (9) videos de los cuales uno (1) es relevante y de interés de la causa el cual se encuentra ubicado en la micro SD en la siguiente ruta: Nokia GSM\_Lumia 635 (RM975). zip/SD card/Pictures/Camera roll/WP\_20150114\_01\_02\_12\_Pro.mp4 Dicho archivo tiene un tamaño de 1.23 GB de 17 minutos 19 segundos de duración. Este video tiene la particularidad de ser un video "casero" en el cual se coloca escondido el teléfono utilizado para filmar en el baño de una vivienda, se observa una mano manipulando el dispositivo para que quede enfocado hacia la ducha. En el segundo 50 se observa una gorra de quien enfoco la cámara. Se agrega captura de fotograma de video. En relación a esto se pude agregar una foto "borrada" y recuperada con Software Forense especializado PhotoRec el cual se corrió en la Netbook marca EXO que también fuera motivo de extracción y análisis para la presente. El nombre del archivo es f7255968.jpg. mismo teléfono Nokia Lumia se extrajo fotos de interés para la causa; se adjunta DVD.” Se observa además a fs. 59/61 las fotografías obtenidas de la netbook peritada.

Asimismo, debe valorarse el informe psicológico efectuado por el Dr. Franco Mastronardi al imputado (Actuación Nº 9844238 de fecha 23/08/18), que arroja como conclusión que “Paciente no presenta signos o síntomas de patología médica psiquiátrica al momento de la pericia. No presenta alteraciones sensoperceptivas que nublen o dificulten la capacidad de comprender o dirigir sus acciones. No se objetivan signos de parafilia sexuales, ha mantenido a lo largo de la vida conductas estables de pareja, no presenta historial de consumo de sustancias o situaciones ilegales.”

De esta manera, en lo que atañe a estas actuaciones, examinada la sentencia de condena, se advierte que su razonamiento, ajustado a las constancias de la causa, no presenta vicios de logicidad ni violación a las pautas de la sana crítica.

Es por ello que, examinada la sentencia en su conjunto, no se desprende arbitrariedad ni contradicción sino que la crítica traduce una disconformidad con la decisión adoptada, la cual se tomó a partir de la valoración y armonización de los testimonios oídos en juicio y los dictámenes de los profesionales actuantes.

Sobre el método de valoración de prueba es dable recordar que el criterio para la apreciación de la prueba en su conjunto que debe utilizar el juez para llegar al pleno convencimiento, no debe ser empírico o parcializado, ni considerando aisladamente cada una de las pruebas, ni separarse del resto del proceso, sino que debe comprender cada uno de los elementos de prueba y, a su vez, su conjunto, es decir, todo el entramado probatorio que surge de la investigación, ya que por el contrario, aislar cada medio o medida probatoria conduce indefectiblemente a una valoración que puede resultar errónea atento que no enfoca un juicio único del problema, en tanto lo que importa en el proceso penal es el análisis conjunto y orgánico de toda la prueba y los medios probatorios. (Ferrer, Ivan s. Robo calificado por empleo de arma blanca /// CP Tribunal Pluripersonal, Rosario, Santa Fe; 06/03/2015; Rubinzal Online; 21-07001007-8; RC J 2391/15, en <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/busqueda/busqueda/resultadojurisbd/>, acceso 20/02/19).

Se ha sostenido que el delito de corrupción de menores es un delito de carácter formal, de pura actividad y no material, pues no requiere logro o resultado, sino la dirección de la acción que por su propia naturaleza es idónea para la consumación.

Sobre este delito, resulta útil remarcar lo sostenido por doctora Ángela Ester Ledesma (Sala III, causa 6838 “Delsavio, Jorge Armando s/rec. de casación”, Reg. N/ 978/06 del 11/9/06), quien señaló que: *“... el bien jurídico protegido por dicho precepto ‘es la intangibilidad o indemnidad sexual de los menores de dieciocho años de edad, quienes, precisamente en razón de su edad, no han alcanzado la plena madurez física, psíquica y sexual, motivo por el cual se los preserva de no ser sometidos a tratos sexuales anormales en sus modos, <<cuya práctica puede en el futuro impedirles tomar decisiones de índole sexual carentes de deformaciones>>.’ (conf. Gustavo A. Arocena, “Delitos contra la Integridad Sexual”, editorial Advocatus, Córdoba, 2001, pág. 115). Allí el autor cita a Víctor F. Reinaldi (‘Los delitos sexuales en el Código Penal argentino. Ley 25.087', Marcos Lerner editora, Córdoba, 1999, pág. 137), señalando que este escritor sostiene que el bien jurídico tutelado se refiere al ‘derecho que los menores de dieciocho años tienen al libre desarrollo de su personalidad, particularmente en el aspecto sexual’. Precisando algunas alocuciones utilizadas por la norma -en lo que aquí interesa- Arocena comenta que ‘Promueve la corrupción de la víctima quien engendra en ésta la idea de las prácticas corrompidas, la impulsa a otras que suponen un grado mayor de depravación o la incita a que no cumpla su propósito de abandonar el alcanzado.’; y que ‘El sujeto activo debe tener conciencia de que los actos que realiza tienden a promover la corrupción o a facilitarla y la voluntad de cometerlos.’ (ob. cit., págs. 119 y 122)”*

A su vez, la jurisprudencia ha sostenido que: “*Atento la naturaleza de los hechos investigados - corrupción de menores agravada por el vínculo-, que podemos encuadrar como "delitos de alcoba, ocultos o de intimidad", en función de las circunstancias en las que se cometen, la prueba directa de la materialidad y autoría del acto resulta de escabrosa obtención, agravada tal situación por la edad de la víctima para obtener una declaración fluida de la misma, y que el autor reside dentro del seno familiar. Ello no implica que los dichos del menor tengan que descalificarse si el tribunal los considera dignos de credibilidad y más aún cuando el modus operandi implica de suyo la ausencia de testigos. La fundamentación de ello se encuentra conforme al régimen probatorio de la sana crítica racional previsto en el art. 381, párrafo 3º del C.P.P*” (0.488492 || W. H. s. Corrupción de menores agravada por el vínculo /// TSJ, Santa Cruz; 29/03/2007; Sumarios Oficiales Poder Judicial de Santa Cruz; RC J 688/13, en <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/busqueda/busqueda/resultadojurisbd/>, acceso 20/02/19)

Por ello, debido a las consideraciones vertidas ut supra respecto de los resultados de los testimonios y pericias realizados en autos, aunados al cúmulo de probanzas que analizara anteriormente, permiten el rechazo del agravio referido a la existencia de vicios en la motivación del fallo y en la ausencia de certeza, por lo que corresponde su rechazo.

Ha quedado plenamente demostrado en autos que el imputado Roberto Carlos Barzola realizó diferentes conductas destinadas a corromper sexualmente a su hija Sol Florencia Barzola durante un lapso prolongado de tiempo, entre ellas, la de exhibirle a la adolescente fotografías de él mismo desnudo, videos de la joven bañándose mientras él la espiaba, mostrarle páginas de internet pornográficas sobre relaciones sexuales incestuosas, con la única finalidad de lograr que ella accediera a tener relaciones sexuales con él, bajo amenazas de muerte para ella y daños a los restantes miembros de la familia.

Ahora bien, ante un nuevo examen de la cuestión debatida y del conjunto de probanzas, tampoco advierto que se haya vulnerado el estado de inocencia que gozaba el encausado el momento en que los jueces *a-quo* valoraron el cuadro incriminante que pesaba en su contra, sino que, por el contrario, no ha quedado ninguna duda que debiera ser resulta por imperio del principio rector de *favor rei*. Ya he procedido a un pormenorizado estudio de las probanzas reunidas en el sumario, y desde esta perspectiva puedo afirmar que existe en autos el grado de certeza apodíctica que se requiere para dictar un pronunciamiento penal condenatorio.

La defensa también se agravia de la falta de enunciación precisa y concreta de los hechos, al manifestar que no hubo en el fallo una reconstrucción histórica del hecho. Considero que ello no es así, pues de las piezas procesales mencionadas se desprende que además de las circunstancias transcriptas, se señaló en la sentencia que los eventos comenzaron a suceder dos años antes de la fecha de la denuncia (29/04/17) Por ende, habiendo quedado claro el modo en que Barzola realizaba las diferentes conductas destinadas promover o facilitar la corrupción sexual de su hija, de esta manera también quedan zanjadas las dudas respecto del lugar y lapsos temporales en que éstas se llevaron a cabo.

Concluyo afirmando, que de la prueba documental, testimoniales, y de los informes periciales psicológicos e informáticos agregados, los hechos ventilados han quedado por demás demostrados, por lo que el recurso debe ser rechazado.

En consecuencia, debo destacar que en el texto del fallo no aparecen los vicios de falta de fundamentación y violación a las garantías del debido proceso y defensa en juicio, por el contrario, se han consignado suficientes las razones que llevan a determinar las conclusiones expresadas, por lo que el recurso articulado deviene improcedente, y debe ser rechazado.

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

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, Dra. MARTHA RAQUEL CORVALÁN y votan en igual sentido a estas **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. LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, 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 parte recurrente vencida. ASÍ LO VOTO.-

Los Señores Ministros, Dres. LILIA ANA NOVILLO y CARLOS ALBERTO COBO, comparten lo expresado por la Sra. Presidente, 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, once de abril de dos mil diecinueve.-**

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

II) Costas a la parte recurrente vencida.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.-

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