**STJSL-S.J. – S.D. Nº 127/19.-**

--En la Provincia de San Luis, **a quince días del mes de agosto de dos mil diecinueve**,se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros Dres. CARLOS ALBERTO COBO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos*:* ***“INCIDENTE DE CASACIÓN EN MOYANO GUILLERMO LUIS (IMP) T.M.N. (DAMNIF) - ABUSO SEXUAL CON ACCESO AGRAVADO POR PRECONVIVENCIA CON LA VÍCTIMA”* -** IURIX INC Nº 148850/1.

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. LILIA ANA NOVILLO, CARLOS ALBERTO COBO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN.

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. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** 1) Que mediante ESCEXT N° 10076433, de fecha 24/09/18, en el expediente “**MOYANO GUILLERMO LUIS (IMP) T.M.N. (DAMNIF)-ABUSO SEXUAL CON ACCESO AGRAVADO POR PRECONVIVENCIA CON LA VICTIMA”**, **PEX Nº 148850/13,** el defensor de confianza del condenado Guillermo Luis Moyano interpone recurso de casación en contra de la sentencia definitiva dictada por la Cámara del Crimen Nº 1 de la Primera Circunscripción Judicial, integrada por el Veredicto de fecha 07/09/18 (actuación Nº 9957197) y los Fundamentos de fecha 17/09/18 (actuación Nº 10018113), que declaró a su pupilo como autor penalmente responsable por el delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por la relación de convivencia preexistente con la víctima, en los términos del artículo 119 primero y tercer párrafo en relación al inciso f del Código Penal, en perjuicio de Marta Noemí Torres, y condenarlo a sufrir la pena de trece años de prisión, accesorias de ley y costas procesales, disponiendo su alojamiento en el Servicio Penitenciario Provincial.

Los fundamentos recursivos son presentados en el presente incidente por ESCEXT Nº 10196945 en fecha 09/10/18.

2) Que corresponde tratar en primer lugar la procedencia formal del recurso intentado, con el objeto de determinar si se ha dado cumplimiento a los requisitos exigidos por la ley procesal vigente, en punto a la admisibilidad del recurso.

En este sentido, se advierte que el recurso ha sido interpuesto en término, **pero ha sido fundado fuera del plazo de diez días establecido en el art. 430 del C.P.Crim.**, en atención a la fecha de la sentencia condenatoria, 17/09/18 (Act. Nº 10023550 – PEX Nº 148850/13), relacionada con la fecha de interposición del recurso de casación el 24/09/18 (dentro del plazo de gracia), y con la fecha de fundamentación del mismo, el día 09/10/18.

Sin embargo, conforme el criterio sostenido por este Alto Cuerpo en su anterior integración, en el precedente **“SANTIN, DANIEL y OTROS s/ CASACIÓN” (Expte. Nº 17-S-04)**, en el que se hizo lugar a la reposición articulada por la defensa contra el decisorio que tenía por presentado al recurso fuera de término, se expresó allí que tal rigor formal: ***“hoy resulta infundado en materia criminal frente al nuevo concepto de la casación emergente del ya célebre fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “CASAL, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa” causa Nº 1681 del 19/09/04, según el cual después de la reforma constitucional de 1994 y teniendo en cuanta la jurisprudencia internacional (cfr. Arts. 2 y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos relativos al “doble*** ***conforme”, todo condenado tiene derecho a recurrir la sentencia para que un tribunal superior revise los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba del hecho con el único límite de los que estén íntimamente ligados a la inmediación real. Va de suyo que esta elevación paradigmática de la doble instancia y del recurso con derecho a una revisión con el “máximo rendimiento” con sede en la Carta Magna, no podía quedar subordinada a una cuestión de mera admisibilidad formal contenida en una ley subjetiva convertida, incongruentemente, en instancia dirimente…”.*** Este criterio fue reiterado en autos: “WARD FLAVIO EULOGIO – AV. HOMICIDIO CALIFICADO – RECURSO DE CASACIÓN”, Expte. N° 01-W-2006, STJSL-S.J.N° 85/09.

Asimismo, debe darse al recurso de casación interpuesto por el condenado el máximo rendimiento a los fines de que un Tribunal Superior revise íntegramente los fundamentos del fallo condenatorio (arts. 8.2. h, CADH; 14.5, PIDCyP), con la amplitud que ha interpretado tanto el organismo supranacional como el más Alto Tribunal, por lo que corresponde el tratamiento de los agravios.

En tal sentido, ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Herrera Ulloa vs. Costa Rica", 2/7/2004) que “*se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz*” (numeral 161) y que independientemente “*de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice una examen integral de la decisión recurrida*” (numeral 165). A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido (“Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa”, 20/9/2005) que el recurso al que alude la Convención respecto del imputado es compatible con el recurso de casación en la medida que posibilite la máxima capacidad de revisión compatible con la oralidad, incluyendo la revisión efectuada por el tribunal de juicio de las pruebas según las reglas de la sana crítica racional.

Asimismo, la pieza cuestionada proviene de una Cámara de Apelación y es definitiva. Además de ello, no es exigible el depósito cfr. art. 431 del CPCrim., lo que me conduce a concluir en la admisibilidad formal del recurso.

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

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

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** 1) Agravios del recurrente: Expresa la defensa que el presente recurso se interpone en los términos del art. 428 Incs. a) y b) del C.P.Crim, en el entendimiento de que el Tribunal de Juicio no ha realizado una adecuada subsunción legal de los hechos en el derecho, aplicando en consecuencia erróneamente la normas del Código Penal. Que para formular aquél juicio de subsunción legal, el Tribunal de Juicio ha incurrido en una valoración abstracta de la prueba incorporada en la causa, sin precisar adecuadamente cuáles han sido las circunstancias agravantes del tipo penal señaladas, a la vez que ha incurrido en una arbitraria valoración de las circunstancias agravantes de la pena al momento de formular su mensuración.

Luego de hacer referencia al cumplimiento de los requisitos formales del recurso, destaca que a lo largo de los testimonios que fueron brindando los diferentes testigos en audiencia de Debate Oral, han quedado de manifiesto algunas inconsistencias en cuanto a los relatos vertidos por los deponentes. Que conforme lo explicara el Dr. Villarroel, el acceso vía anal no pudo ser probado por dicho examen médico.

Agrega que, respecto a la desfloración o desgarro himeneal, al menos quedó un marco de duda, dado que la defensa al preguntarle respecto si podría haber otras acciones que podrían llegar a producir el desgarro, mencionó que ciertas infecciones de carácter purulenta, podrían haber dado lugar a su rotura, y que en lugar de cerciorarse para descartar la presencia de cualquier tipo de enfermedad le sugirió a la mamá de la víctima que le realizara exámenes de serología, los cuales no fueron concretados, dado que no surgen de las constancias en autos.

Sostiene en cuanto a la deposición de la hermana de la denunciante, que es de destacar que ella mencionó que la vivienda donde residía todo el grupo familiar constaba de tres habitaciones, y que ellas dormían en una pieza donde tenía cada una su cama. Y que en un principio cuando no tenían la pieza de adelante dormían en la habitación de la pareja, pero en camas separadas a sus padres. Que el trato de Moyano hacia su hermana era normal, que jamás le comentó que habría sufrido hechos de abuso.

Manifiesta que han quedado también un tanto confusas las manifestaciones vertidas por la denunciante, acerca de cómo se entera respecto de los presuntos abusos que sufría Marta Noemí. Que de la lectura de las declaraciones vertidas en sede policial y sede judicial, nunca mencionó como sí lo hizo en debate oral, que fueron César y Nélida, ordenanzas del colegio, quienes le contaron lo que presuntamente vivía la menor. Una omisión grave, dado el contenido de la denuncia, y habiendo tenido conocimiento directo y receptado el testimonio de la menor, pues bien podrían haber sido testigos de la instrucción atento, a que como bien ha quedado demostrado durante el debate, César y Marta tenían una relación de afecto, más allá de una simple amistad.

Sostiene que ante preguntas de la defensa, la hermana de la víctima manifestó que la relación de ésta con César (ordenanza del Colegio Mitre), comenzó cuando Marta era chica, desde los quince años. Relación que conocía su madre la Sra. Terzo, quien lo ve en su casa dos días después de que su pupilo fue excluido, habiéndose quedado perpleja ante esta situación, dada la proximidad de los hechos denunciados.

Alega que en estos delitos de sombra, que normalmente se dan en el ámbito de la privacidad, donde jamás hay testigos directos, como es posible, que durante los presuntos ataques que habrían sucedido en la cama matrimonial, donde también estaba presente su hermana Yesica, en ningún momento pudo escuchar u observar nada. Como la abuela de las menores que se encontraba en la vivienda familiar en todo momento, no pudo haber visto ninguna actitud sospechosa de su defendido.

Expone que el eje de la investigación giró siempre en la figura de su cliente, habiéndose indagado escasamente en la figura de César, el ordenanza del Colegio, quien en ese momento casi doblaba en edad a Marta, precisamente le lleva 13 años de edad. Que dado el antecedente y la edad en la que la menor habría sido abusada vía vaginal por su defendido, esto no pude haber ocurrido porque ella tenía una relación afectiva con Cesar, por entonces ordenanza del Colegio.

Sostiene que respecto del daño psicológico que pudiera haber tenido como consecuencia de estas situaciones de abuso, no ha quedado demostrado mediante informes de psicólogos respecto de la continuidad de un tratamiento, que también había sido sugerido por la licenciada Samper. Como bien ella señaló en su deposición en Debate, concurrió dos o tres veces, manifestando que no le gustaba concurrir, no recordaba el nombre de la profesional que la había entrevistado, ni tampoco el lugar donde se habrían desarrollado las entrevistas, ante preguntas de la Sra. Fiscal de Cámara. Que tampoco ha quedado acreditado en autos mediante informes escolares, que la menor hubiera tenido problemas en su desempeño escolar, si bien ella manifestó que era malísimo, no fue acreditado en autos con prueba directa, es decir con el legajo escolar, y en esa consonancia la Dra. Heichman manifestó, que se trataba de una alumna regular.

Destaca que la menor no experimentó temor a relacionarse con el sexo opuesto, dado que desde temprana edad mantuvo un noviazgo con César, su actual pareja.

Concluye en que no hay elementos de prueba cargosos que pudieran revertir el estado de inocencia de nuestro defendido, en esa inteligencia, no se ha producido prueba para concluir con certeza que su pupilo fue el autor de dichos abusos. Propone que se deje sin efecto la sentencia recurrida en torno a la calificación legal impuesta y a la pena recaída sobre el Sr. Moyano Guillermo Luis, por aplicación del art. 1 del C.P.Crim. y 39 de la Constitución Provincial para el caso de duda. Formula reserva de recurso extraordinario federal.

2) Traslado a la contraparte: Corrido el traslado de ley por decreto de fecha 18/10/18 (actuación Nº 10257868), en fecha 05/11/18, por actuación Nº 10373149, contesta vista la Sra. Fiscal de Cámara Nº 1, quien expresa que la expresión de agravios solo se insinúa y se diferencia respecto a la forma de ser motivada la sentencia, pero de ningún modo se hace una crítica analista y razonada de este problema. Que se circunscribe a una disconformidad con la valoración de la prueba llevada a cabo por parte del Tribunal de Juicio, disconformidad que amplia al seguimiento que realizó este Ministerio el cual subrogo, de la Tesis Acusatoria y rechazo a los diversos planteos defensistas. Asimismo, la recurrente no indica cuales han sido los elementos probatorios que no valoró el Tribunal y que hubiera sellado otra suerte al momento del dictado de la sentencia impugnada.

3) Dictamen del Sr. Procurador: Que en fecha 20/02/19, por actuación Nº 10947475, se expide el Sr. Procurador General de la Provincia quien opina que el recurso del Sr. Defensor debe ser rechazado por haber sido fundado una vez vencido el plazo del art. 430 del C.P.Crim.

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) Resolución del recurso: Del análisis pormenorizado de los agravios expuestos, estimo que el recurso debe ser rechazado, por cuanto la sentencia impugnada cuenta con sólidos fundamentos en cuanto la materialidad de los hechos descriptos en la acusación y la autoría del imputado, y porque además las pruebas han sido valoradas conforme las reglas de la sana crítica, la lógica y la experiencia. Además, en este tipo de delitos, llamados *delitos de sombra*, donde las conductas típicas se realizan fuera de la vista de testigos, muchas veces en la intimidad de los hogares, las prueba indiciaria es fundamental, y el análisis de los indicios parte de que los mismos deben ser unívocos, directos, concordantes y fundados en hechos reales y probados (art. 298 del C.P.Crim), tal como ha sido efectuado en la sentencia, y como será explicado a continuación.

En el caso en estudio son varios los elementos que conforman un cuadro probatorio de certeza que permite, sin que exista lugar para duda razonable, concluir como se hace en la sentencia, que el acusado es responsable de aquello por los hechos por los que se lo condenó.

En efecto, el fallo aquí impugnado tiene por probado que: “*En ese cuadro probatorio, entiendo que los hechos se encuentran probados respecto de la entonces niña MARTA NOEMI TORRES, en cuanto a los tocamientos efectuados sobre su cuerpo de carácter inverecundo a los que fue sometida, así como de los abusos con penetración oral, anal y vaginal a los que también fue sometida cuando había cumplido unos 9 años, y hasta una semana antes de la actividad de la investigación, cuando la misma tenía 16 años.”*

Prueba documental merituada: Incorporada por su lectura con acuerdo de las partes.

1. En primer lugar, debemos partir de la compulsa del **EXV 3936/13** caratulado **“DENUNCIA ANÓNIMA s/ COMUNICA SITUACIÓN DE MENOR T.M.N.”,** que tramita ente el Juzgado de Familia y Menores Nº 1, (Primera Circunscripción Judicial) en virtud de la denuncia anónima en la que se manifestó que: “…*He tomado conocimiento de que la nena TORRES MARTA NOEMI es abusada por el padre adoptivo, que se llama GUILLERMO LUIS MOYANO. La mamá se llama TERZO MARIA ISABEL. La nena me refiere que su madre biológica por razones económicas las tenía a ella y a su hermana en un estado de abandono y desnutrición tan extremos que la justicia mendocina resuelve quitárselas a la mamá y ponerlas en adopción. Es así que esta pareja las adopta cuando ella tenía dos años y su hermanita uno. Actualmente tienen quince y catorce años. A los siete años ellos se trasladan a la ciudad de San Luis. Ella recuerda que a partir de los ocho años de edad el padre la comienza a molestar y que ella no tomaba conciencia de que eso era abuso. Dice que en la actualidad esto se ha tornado mucho peor, que el padre adoptivo la amenaza que si ella dice algo le va a hacer exactamente lo mismo a su hermana. Ella está muy asustada, tiene pánico de este señor al que ella refiere como que tiene dos personalidades, una para el afuera y que dentro de la casa se transforma en un monstruo. También me cuenta que ellos no tienen la adopción plena. Me dice que la mamá trabaja como seguridad comunitaria en Fiscalía y que el papá tiene un plan de inclusión y vende café por la mañana en tribunales.”*

*“Por todo eso ella tiene mucho miedo a cualquier tipo de denuncia y a este edificio. Está muy temerosa de que la puedan llegar a separar de su hermana. Yo le pregunté si la mamá sabe lo que sucede y me dijo que no, que la madre trabaja todo el día y está siempre ocupada. Dijo que en el único lugar en el que se siente a salvo es en la escuela. Dijo que el padre aprovecha cualquier oportunidad para tocarla y abusar de ella. Dijo que esto se da casi siempre cuando no está la madre pero a veces lo ha hecho incluso estando la hermana. Ella no quiere ir a su casa hasta que no viene la mamá. Estos últimos días estuvo faltando a la escuela porque estaba con infección urinaria. Ella está con un pavor tremendo y no quiere que esto tome estado público y ella poder verse en boca de todo el mundo con una situación tan íntima y tan tremenda”*

1. La declaración de la adolescente Marta Noemí Torres de fs. 15 en el dispositivo Cámara Gesell, quien expresó que: *“…Pero esto empezó cuando yo tenía ocho años. El, GUILLERMO MOYANO, desde que tengo ocho años me hacía de todo, me tocaba, me daba besos. El año pasado muchas veces me penetró. Lo hace cuando mi mamá no está. Mi mamá nunca sospechó de esto. De mi hermana no sé si pasa. Yo siempre la vigilo igual a mi hermana. Cuando mi mamá se va a trabajar. Mi hermana nunca se enteró porque no está pendiente de mí. Ningún vecino sabe tampoco. Yo recién este año hablé de esto, antes no me animaba a contarlo por temor a que me separen de mi mamá y mi hermana. Ahora hace como dos meses que no me penetró pero en el resto de este año sí lo hizo. Cuando me hizo estas cosas no está borracho, ni drogado, ni está enfermo de nada de la cabeza que yo sepa. Si ustedes le dicen a mi mamá ella seguro me va a apoyar porque nos cuida un montón. Siempre todo fue cuando mi mamá trabajaba. Él me agarra y listo, no me dijo nada… Yo le conté a una amiga y ella a la Directora. La Directora me dijo que le había dicho un vecino pero yo nunca le dije a un vecino, solo le dije a una amiga. El después me hablaba como si nada hubiese pasado. Pero yo no lo quiero a él después de todo lo que me hizo…”*
2. El informe médico del Dr. Darío Villarroel (médico pediatra del C.P.F.) de fs. 53/54 del EXV 3936/13, quien revisó a la menor cuando tenía 15 años, y constató que presenta himen desflorado de vieja data, y ano normal, sin lesiones. Posteriormente ratifica este informe en el debate oral.
3. El informe de la Cámara Gesell realizada a la menor por la Lic. Marisa Samper, de fs. 109/111 vta., cuya video grabación fue reproducida durante el debate, y sobre la que me detendré más adelante (punto 7).
4. La pericial psicológica del Sr. Guillermo Luis Moyano de fecha 04/05/17, obrante en actuación Nº 7143849 – PEX Nº 148850/13, efectuada por la Lic. Miriam Inés Martínez, perito psicóloga del C.P.F. del P. Judicial, en la que se concluye que: “*La evaluación realizada permite inferir que se trata de una persona con rasgos de inmadurez y dependencia afectiva. Extrovertida, sociable, no presenta dificultades para el intercambio con el medio social. Se observan rasgos narcisistas, tendencia a centrarse en sí mismo y a exacerbar logros y capacidades personales. Elevada auto consideración respecto de sí mismo. Al momento de la evaluación se observa un incremento de los niveles de angustia y un estado emocional generalizado de características depresivas. No se observa afectada la capacidad de poder dilucidar actos lícitos e ilícitos*.”

Todas las pruebas documentales reseñadas y las testimoniales rendidas durante la Instrucción, fueron incorporadas al debate mediante su lectura, con el consentimiento de las partes.

También deben valorarse las declaraciones testimoniales rendidas en la audiencia de debate, las que pueden ser reproducidas en esta instancia gracias al sistema Cicero. Así, podemos apreciar los siguientes testimonios:

1. La declaración de la víctima Marta Noemí Torres. Relató su infancia, que ella y su hermana viven con sus padres adoptivos desde que ella tenía dos años, que son de la prov. de Mendoza y que a los siete años se vinieron a vivir a San Luis, y allí “*cambio todo con él”.* Que la madre tenía que salir a trabajar porque la plata no alcanzaba, que sufrió abusos desde los 7 años, que la abusaba en forma anal y la obligaba a que le practicara sexo oral, que era todos los días, que las dos nenas dormían con el padrastro, ella en la cama del medio, y que la madre dormía en otra habitación porque cuidaba a la abuela. Que él después de los abusos por vía oral se ponía agresivo con ella, le apretaba las muñecas, la cintura, la insultaba, que cuando la accedía analmente le hacía doler. Que nunca se llevó bien con su mamá, que después de la denuncia que hizo la Directora de la Escuela, no pudo hablar con su madre y su hermana sobre todo lo que pasó. Que después hizo terapia pero fue por poco tiempo, porque no se sentía cómoda. Que repitió dos veces en la escuela, segundo y cuarto año. Relató que la relación con su madre sigue distante, y que al principio ella no le creyó, y que se enojó.
2. La Profesora Clara Margarita Heitmann relató cómo, siendo Directora de la Escuela Bartolomé Mitre, tomó conocimiento de los hechos de abuso de la menor, que estaba en segundo año del secundario, por medio de dos ordenanzas de la escuela a los que la niña relató los hechos, porque eran sus amigos. Que la citó a la nena a la Dirección para hablar con ella, y ésta le contaba lo que le había pasado casi *como ajena a sí misma* (sic), que sufría abuso de su padrastro desde hacía muchos años. Que lo hacía cuando su mamá no estaba, ella no decía nada porque el padrastro la amenazaba con que también iba a hacérselo a su hermanita menor, que también iba a la escuela Mitre. Que mientras la nena contaba, no se la caía una sola lágrima. La adolescente tenía miedo de que la Directora denunciara los hechos, no quería que lo hiciera, porque “*se van a enterar que yo hablé!”,* en referencia a su padrastro. Relató también que después de que hizo la denuncia anónima de los hechos en el Poder Judicial, y se dictó la medida de exclusión del imputado por parte del Juzgado de Familia, la madre de las nenas apareció en la Escuela haciendo un escándalo, furiosa y molesta con la Directora, y que no se mostró sorprendida ni se acercó a hablar posteriormente, ya que a su parecer, estaba más preocupada por su situación de pareja o económica que por el bienestar de su hija.
3. La madre de las nenas, María Terzo manifestó a los Magistrados que su matrimonio duró veinticinco años, que su esposo demostraba mucha paciencia con las nenas, jugaba con ellas, y nunca vio cosas raras. Que ella trabajaba muchas horas, almorzaba en su casa, y volvía a trabajar, llegando a las 12 y media de la noche, y los encontraba a los tres mirando televisión. Que él trabajaba vendiendo café, y tenía otros horarios, volviendo de trabajar tipo 19.30 o 20 horas. Manifestó que siempre le creyó a su hija, que confió plenamente en ella. Agregó que no le gustaba que el ordenanza César estuviera cerca de su hija. Manifestó que cuando se enteró de todo, fue a la escuela Bartolomé Mitre donde concurrían sus hijas, y les agradeció a la Directora y a la Vicedirectora del colegio por haber efectuado la denuncia, porque ella dentro de su propia casa, nunca supo nada de los abusos.

A preguntas del Tribunal, respondió que ratificó la denuncia de los hechos en la Comisaría del Menor y la Familia.

1. El Dr. Darío Villarroel, médico pediatra del C.P.Forense, declaró en debate que revisó a la menor en el año 2013, y que la misma le relató espontáneamente que sufría abusos por parte de su padre adoptivo, desde los 8 años sin acceso, y con acceso carnal desde hacía un año, siendo la última vez que la accedió un mes antes de la revisación. Constató que la menor tenía el himen desflorado sin restos de tejido himeneal, y ano normal. A preguntas de la Fiscalía, manifestó que la expresión “*sin restos de tejido himeneal*” significa desde el punto de vista médico, que ello ocurre cuando la actividad sexual es frecuente, el himen se desgasta hasta que prácticamente no queda nada de tejido, y ello se debe a que el himen es de espesor muy fino. A preguntas de la defensa sobre la posibilidad de rotura del himen por actividades físicas o gimnásticas, el médico la descartó en base a que la causa del desgaste del borde libre del himen, se debe a la actividad sexual cotidiana. Aclaró también que ciertas enfermedades necróticas infecciosas pueden destruir el himen, pero para que ello ocurre debe haber antecedentes se una infección grave y purulenta a nivel genital, que no se observó en la menor por él revisada, ya que sus órganos genitales no tenían lesiones o traumatismos. Que el constató **un himen desflorado de vieja data**. Refirió que la menor espontáneamente le había contado que había sido accedida también por vía anal, pero no constató evidencia de ello, porque explicó que las lesiones anales pueden desaparecer relativamente, aun en la habitualidad.
2. Lic. María Gladys Samper, quien realizó la Cámara Gesell. Exhibida la misma en la audiencia, se observa que la adolecente relata los hechos en forma pausada, tranquila, con mucha vergüenza: “…*no me gusta hablar de esto, me cuesta explicar, no sé cómo explicarlo, no me sale…”* al momento de contar cómo la abusaba. Relató a la psicóloga que su padrastro iba a su cama, dormía con ella y su hermana porque la madre dormía en otra habitación con abuela. Que iba a su cama, se acostaba con ella y le pedía que le hiciera sexo oral, que ella no quería, pero él la obligaba y le decía cómo hacerlo. Que después de eso, la insultaba, le decía “*andá, no servís para nada, estúpida…”*. Después empezaron los abusos vía anal, porque él le decía que no quería desvirgarla. Posteriormente, el empezó a accederla vía vaginal, cuando constató que no era virgen. Que los abusos ocurrían generalmente de noche, en su cama. Que está cansada de todo esto, que llora todos los días, porque ya muchas veces tuvo que contarlo. Lloró solamente en la entrevista cuando la Lic. Samper le preguntó de manera directa por sus emociones, por lo que sentía.

La Lic. Samper informó que el relato reúne criterios de credibilidad, tal como consignó en su informe, y que a pesar de la vergüenza que siente la menor, al momento de dar detalles vinculados a lo sexual, puede dar detalles. Se pueden reunir criterios de credibilidad narrativa, que el relato es creíble. La menor es muy clara si uno piensa en el *síndrome de acomodación* al abuso sexual: implementa mecanismos de disociación, al tratar de olvidar lo que ocurría por las noches, es decir que el niño, niña o adolescente se acomoda a la situación abusiva porque tiene que seguir conviviendo con el agresor, por lo que necesita retacear ese momento de la noche, y además, para cuidar a su hermana, porque él la amenazaba de que iba a hacerle lo mismo a su hermana menor.

El Tribunal de la instancia consideró que: “*Que respecto al hecho que damnificara a Marta Noemí Torres debe calificarse como: “ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA RELACION DE CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON LA VICTIMA” contemplado en los términos del Artículo 119, PRIMERO Y TERCER párrafo en relación al inciso “f”, del Código Penal en calidad de autor (Art. 45 del C. Penal). En efecto, los hechos que se tienen por probados, además de resultar de la autoría del acusado, ingresan sin duda en la tipicidad de la norma señalada. Ello es así por cuanto, desde el inicio de este estado de abuso crónico al que ha sido sometida la víctima, desde sus ocho años, han sido primeramente tratos, tocamiento y exigencias inverecundas, profusas en ocasiones y tiempo dentro de la intimidad del hogar, fuera de la vista de terceros, todos ellos con el propósito de vulnerar la sexualidad de la niña, para satisfacción indebida de los instintos perversos de su autor. Como hombre de mediana sociabilidad y entrenamiento social, tal como dan cuenta los testigos de concepto* *presentados, no podía desconocer el valladar a sus conductas, ni tampoco luce una personalidad precaria que permita de alguna manera comprender su poca eficiencia en manejar sus impulsos y ajustarse a su rol, por el contrario, permiten concluir de su inequívoco designio perverso y aprovechado de la sexualidad ajena en un tránsito de gran vulnerabilidad para la niña, puesta a su cuidado. A ello se suma la verificación de la existencia inequívoca de penetraciones reiteradas por todas las vías, con gran desprecio hacia la víctima, en busca de una satisfacción sexual propia que transformó en objeto a su víctima*.”.

La defensa esgrime como agravio que ha existido en el fallo una errónea subsunción de los hechos en las normas, lo que a mi juicio, debe rechazarse, en razón de que las conductas que se le endilgan al imputado, que surgen acreditadas de toda la prueba rendida en el debate y de la documental incorporada al mismo por su lectura, encuadran en las acciones descriptas del art. 119 1º y 3º párrafo con relación al inciso f) (agravante por la situación de convivencia preexistente).

Se ha demostrado que el imputado aprovechó la cotidianeidad en el trato que tenía con la menor, ya que convivía con ella desde muy pequeña en virtud de la guarda pre adoptiva de las dos hermanitas, para consumar los abusos sexuales, cuando la madre estaba trabajando o cuidaba a su progenitora en otra habitación, situación que potenciaba la vulnerabilidad de la niña. Es decir que nos encontramos con un adulto excitado con un cuerpo infantil, que apeló a todas las estrategias para abusar sexualmente de la niña con el objetivo de lograr su goce personal.

El abuso sexual infantil constituye una de las formas más extremas de violencia, en tanto arremete contra el desvalimiento y vulnerabilidad del/la niño/a. Y cuanto menor es la edad del menor al momento de los abusos, mayor es el daño causado y el trauma que deja. Aquí los abusos comenzaron cuando la niña tenía siete años.

Además, la hipótesis defensista referida a que la adolescente relató los abusos como una venganza porque su padrastro se oponía a su relación de noviazgo con el preceptor de la Escuela B. Mitre, el Sr. César, quien le lleva trece años (que fue lo que argumentó el imputado al final del debate cuando decidió prestar declaración), tampoco tiene apoyatura en los hechos probados, y no logra contrarrestar ni neutralizar los indicios en los que se funda el planteo acusatorio.

Al respecto, se ha dicho que: “*la viabilidad de un pronunciamiento contrario al acusado requiere un convencimiento razonablemente alcanzado mediante el triunfo racional de los factores incriminantes por sobre los que revisten carácter neutro o favorable al encausado”* ("C/C C., S. N. POR ABUSO SEXUAL AGRAVADO POR LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON UNA MENOR DE EDAD, ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON UNA MENOR DE EDAD TODO EN CONCURSO REAL EN PERJUICIO DE S.J.C. (M) - RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (Expte. Nº CJS 39.560/18), CSJ Salta, 13/03/19, en <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/boletines/boletines/boletindiario/> acceso 01/07/19).

En efecto, si bien los dos ordenanzas a los que la niña relató sus padecimientos con su padrastro, no fueron convocados por ninguna de las partes al debate a declarar, la defensa esgrime que no se investigó la figura de César, quien tenía una relación afectiva con la adolescente. De las pruebas rendidas en la causa surge que los abusos a los que era sometida la menor Marta son de vieja data (informe del médico Dr. Darío Villarroel, ratificado y explicado en la audiencia, e informe de la Cámara Gesell, de la Lic. Samper), es decir, que comenzaron cuando la víctima tenía entre 7 y 8 años, mucho antes de su supuesta relación de noviazgo. A los que se suma el testimonio de la adolescente víctima.

Como ya hemos dicho en anteriores casos, se debe tener presente que en casos como el que aquí nos ocupa, la prueba que se exige para arribar al grado de certeza necesario a efectos de pronunciarse sobre la materialidad de los hechos y la responsabilidad del inculpado, se satisface de un modo distinto, menos riguroso que aquél que puede exigirse para otros supuestos, y ello bajo un doble aspecto.

Principalmente, porque los hechos constitutivos del delito de abuso sexual, por lo general, son llevados a cabo en ámbitos íntimos excluidos de terceras personas que pudieran dar fe de lo ocurrido, por ello se denominan *delitos intramuros.* Es decir que, lo determinante en esta clase de asuntos, a los efectos de la reconstrucción histórica del hecho, suele ser pura y exclusivamente el relato de la víctima.

Pero además, cuando la víctima del suceso es una persona menor de edad, la valoración de su relato no puede ser llevada a cabo de la misma forma y bajo los mismos parámetros con los que analizan los dichos de los adultos, pues la exigencia de una narrativa histórica coherente, concatenada, descriptiva y detallada de un hecho pasado difiere en uno y otro caso, de acuerdo a las distintas capacidades de los sujetos involucrados. De allí que resulte trascendental contar con la opinión de los expertos con los que las víctimas menores se entrevistan en los gabinetes psicológicos, puesto que ellos desde su especialidad científica aportan a los jueces una herramienta auxiliar necesaria para formar convicción a la hora de adoptar una decisión de mérito sobre la cuestión. (STJSL-S.J. – S.D. Nº 084/19, en autos “***GARCÍA RUBÉN HUGO - ESCUDERO CRISTIAN RAMÓN - AV ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL DOBLEMENTE CALIFICADO POR LA INTERVENCIÓN DE DOS PERSONAS y EL EMPLEO DE UN ARMA - RECURSO DE CASACIÓN”* –** IURIX PEX Nº 202830/16, de fecha 21/05/19).

La defensa de Guillermo Luis Moyano no ha ofrecido pruebas de descargo suficientes para logra revertir la contundencia de la prueba de indicios, los que, analizados en su conjunto, y no en forma fragmentada como pretende el recurrente, determinan la responsabilidad de su pupilo en los hechos demostrados en el debate.

Tampoco observo en la sentencia una valoración abstracta de las pruebas, y una merituación arbitraria de las circunstancias agravantes, y que éstas no fueron explicadas adecuadamente; por el contrario, el sentenciante ha explicado cómo surge probado el elemento subjetivo distinto del dolo que exige la figura del art. 119 1º y 3º párrafo, en relación al inciso f), es decir, el aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente, para la consumación de los abusos sexuales.

Las declaraciones testimoniales han sido valoradas por el Tribunal bajo las reglas de la sana crítica y las libres convicciones, y bajo el principio de la inmediación.

Se advierte de la lectura de los fundamentos fallo, que el Tribunal contó con bastantes elementos de prueba para arribar a la convicción necesaria respecto de la materialidad de los hechos denunciados y la autoría responsable del imputado, por lo que -en suma- la crítica de la defensa no revela más que su disconformidad respecto de la valoración de la prueba que hicieron los jueces.

Concluyo afirmando, que de la prueba documental, testimoniales, y de los informes médicos, y psicológicos 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 sobe los hechos ocurridos, 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 CUESTIONES por la NEGATIVA.

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

**A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, 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 MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. LILIA ANA NOVILLO y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN.**

**A LA QUINTA CUESTIÓN, la Dra. LILIA ANA NOVILLO, dijo:** Costas a la recurrente vencida. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. CARLOS ALBERTO COBO y MARTHA RAQUEL CORVALÁN, comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. LILIA ANA NOVILLO 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, quince de agosto 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 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. CARLOS ALBERTO COBO, MARTHA RAQUEL CORVALÁN y LILIA ANA NOVILLO, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.-*