

**STJSL-S.J. – S.D. N° 052/21.-**

--En la Provincia de San Luis, a cinco días del mes de mayo de dos mil veintiuno, se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros, Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON, ANDREA CAROLINA MONTE RISO, JORGE OMAR FERNÁNDEZ y CECILIA CHADA – Ausente en este acto la Dra. DIANA MARÍA BERNAL por encontrarse en uso de licencia - Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos: ***“INCIDENTE DE RECURSO DE CASACIÓN: ARCE JORGE (IMP) MARTURANO CLAUDIA ANALIA (DAM) - AV. ABUSO SEXUAL SIN ACCESO CARNAL”*** - IURIX INC N° 132940/1.

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. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, CECILIA CHADA y habiendo asumido los Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ como nuevos Ministros del Superior Tribunal, pasa a éstos para su estudio y votación.

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. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, dijo:** 1) Que mediante actuación N° 11468635, de fecha 29/04/19, el defensor del condenado Jorge Fermín Arce, interpone recurso de casación en contra de la sentencia condenatoria dictada en fecha 26/04/19, por la Excma. Cámara del Crimen N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial (actuación N°

11457954 del PEX 132940/12), integrada por el Veredicto de fecha 26/04/19 (actuación N° 11372018), en cuyos fundamentos resolvió declarar culpable a su pupilo, como autor material y penalmente responsable del delito previsto en los términos del Art.119, 1º párrafo, (ABUSO SEXUAL SIMPLE) y Art. 45, todos del Código Penal, en perjuicio de ALM, condenándolo a cumplir la pena de tres años y dos meses de prisión, accesorias legales y costas procesales, proponiendo su alojamiento en el Servicio Penitenciario Provincial.

Los fundamentos recursivos son presentados por ESCEXT N° 11525654 en fecha 07/05/19 (PEX 132940/12).-

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 de las constancias del sistema IURIX, que el recurso ha sido interpuesto y fundado en término, conforme los plazos establecidos por el art. 430 del C.P.Crim.

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. CECILIA CHADA, JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO y votan en igual sentido a esta PRIMERA CUESTIÓN.

**A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, la Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, dijo:** 1) Agravios del recurrente: Expresa la defensa que la sentencia dictada en autos contiene dos ítems de importancia: 1º) que no puede incorporar el Juzgador, una interpretación justificativa de la

prueba pericial para que aparezca la certeza y 2º) que el procesado no realizó ninguna práctica sexual, que fuera demostrada en la audiencia oral, pues no hubo agresión ni abuso.

Alega que la consecuencia directa de los errores apuntados, dan por resultado la imposibilidad de fundar la sentencia, afectando garantías constitucionales, como el debido proceso y la defensa en juicio.

Expresa que si se hubiese trabajado correctamente se arriba a otro resultado, no aclarando que parte se desecha de una declaración o pericia para arribar a la certeza necesaria que debe tener un fallo condenatorio.

Bajo el punto V.- AGRAVIOS, se refiere 1º) a la errónea e inexistencia de declaraciones testimoniales incriminantes: ausencia de prueba testimonial “creíble” y 2º) a la errónea interpretación de los argumentos de la defensa, dada por la declaración de inocencia de su representado y la inexistencia de prueba pericial que lo involucre.

Luego hace referencia al principio de inocencia y a la obligación de juez de explicar la motivación de la sentencia. Hace reserva de derechos.

2) **Traslado al Fiscal de Cámara**: Corrido el traslado de ley por decreto de fecha 08/05/19, en fecha 17/05/19 por actuación N° 11614324 contesta, en el presente incidente, el Sr. Fiscal de Cámara N° 2, ratificando 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 y hace reserva de incoar Recurso Extraordinario Federal.

3) **Dictamen del Sr. Procurador**: Que en fecha 02/07/19 por Actuación N° 11976020 se expide el Sr. Procurador General de la Provincia quien opina que: *“...el Recurso del Sr. Defensor 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.*

*“Asimismo considera se debe rechazar el recurso incoado por el Sr. Defensor, 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, documental. Se observa, en el análisis del fallo, que los testimonios han sido integrados a través de un confornte crítico, no se han fragmentado las pruebas, no se las ha analizado de manera aislada, sino que se las ha correlacionado entre si de manera armónica, ello pone la sentencia a resguardo de la atribución de arbitrariedad. (Fallos: 303:640).” (CN Cas. Penal, Sala II, 2/10/08, “Amil, Gustavo Alfredo s/ Recurso de casación”, causa 8389, reg. N° 13.275. Magistrados: Yacobucci, Mitchel, García.)”*

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 inculgado, 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 cual era el criterio con que debe ser interpretada.

5) **Resolución del recurso:** Del análisis de los agravios expuestos, considero que el recurrente pretende demostrar que la sentencia dictada por el Excm. Cámara del Crimen N° 2 es arbitraria, atento a que, según expone, la prueba valorada por el tribunal para fundar la condena, fue obtenida en violación a las garantías del debido proceso y la defensa en juicio, en razón de la inexistencia de declaraciones testimoniales incriminantes “creíble” y la inexistencia de prueba pericial que lo involucre.

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 imputado es responsable del hecho por lo que se lo acusó.

En efecto, el fallo aquí impugnado considera que: *“...De la prueba referida, ratificaciones en audiencia oral e informe pericial, resulta absolutamente probado el hecho ilícito que damnificara a la niña Abril Lihuel y que fuera denunciado a fs 1 y vta., por su madre Sra. Claudia A. Maturano, con*

*fecha 23/11/12, ratificación a fs.132 de fecha 26/11/14, del pex 132940/12. La audiencia en Cámara Gesell de la niña víctima, aseguró su acceso a la justicia, para hacer conocer en entrevista única, el abuso sufrido, con juegos, gestos, palabras, que al momento de su exhibición en sala de juicio oral, captó la mirada atenta de las partes presentes y del Tribunal con una concentrada carga probatoria, como la declaración referida de la niña, de la Sra. Responsable de la nueva tecnología Gesell, estudios (inmediatos al abuso) y pericial médica de la Dra. Aquila, son coincidentes como pruebas, sobre la cierta existencia del hecho denunciado y también de la autoría, todas evidencias comprometidas por derecho propio, con el estatuto personal de la niña, víctima del abuso simple. Luego, existiendo plena certeza sobre la existencia del hecho y su autoría...”.*

**Prueba documental merituada:** Incorporada por su lectura con acuerdo de las partes, destaco la siguiente: \_

1. En primer lugar, debemos partir de la denuncia (30/11/12) efectuada por la madre de la menor ALM., Sra. Claudia Analía Marturano, la que fue ratificada en fecha 05/12/12, por actuación N° 1859358. Expresó “... *que convive junto a sus hijos NAHUEL MARTINEZ Y ABRIL MARTINEZ; que por cuestiones de trabajo deja a su hija Abril al cuidado de VANESA NATEL quien se domicilia en el departamento contiguo al suyo; que VANESA vive junto a su madre y su pareja de nombre JORGE y que el cuidado de los menores lo es en el horario de 8 a 13 y 18 a 21; que su hija menor le comento TE VAS A ECHAR DE ENEMIGO A JORGE...PORQUE JORGE ME TOCO LA COLITA... NO EL CHOCHITO acotando que no estaba ni Vanesa ni Rita, que ella estaba durmiendo y se despertó cuando sintió la mano de Jorge que le ponía una crema y le APRETABA EL CHOCHITO, que al despertarse SACO LA MANO ENTONCES EL SACO LA SUYA Y SE FUE; agregando la denunciante que su hija le manifestó que eso había ocurrido en dos ocasiones anteriores a lo que le recriminó el no habérselo dicho”. Agregó: “...Que sí, que cuando le pregunto a mi hija a que se refería con el “chochito”, me dijo que le había tocado el ano y la vagina y que le había puesto una crema. Que le pregunte si había sucedido*

*otras veces y me dijo que dos veces más, pero no me podía especificar los días, pero después me dijo que había sido el viernes anterior al 23 de Noviembre que fue cuando hice la denuncia, dos veces ese mismo día. Que mi hija describía las manos de esta persona como ásperas. Que le pregunte donde la habían acostado, pero ella me dijo que era cuando estaba durmiendo y me dijo que en la pieza del hermano de la niñera de nombre VANESA ALEJANDRA NATEL. Que mi hija decía que cuando la acostaban en la habitación de VANESA, este hombre no entraba. Que este hombre vive extremadamente cerca de mi casa, la puerta de mi departamento está a un metro y medio de la puerta del departamento de ellos. Que bajamos y subimos por la misma escalera. Que solicito la ORDEN DE RESTRICCIÓN URGENTE, porque mi hija lo ve todo el tiempo, no puede salir. Que se manejan con total impunidad. Que VANESA cuida a mi hija por seis años y ni siquiera se acercó a preguntar como esta, mi hija se empezó a orinar encima, está yendo a la psicóloga, no quiere quedarse en la escuela, necesita saber que estoy cerca para protegerla...”.*

2. Examen médico pediátrico de la menor AL, efectuado por la pediatra ANDREA AQUILA del que se extrae que en zona vulvar presenta mucosa irritada, himen intacto, dilatación espontánea pero sin fisuras ni cicatrices, destaca la relajación de la menor al elevarse sus piernas para la exanimación.

3. Informe de la Cámara Gesell, realizada a la menor, en fecha 01/03/13, efectuado por la Lic. María Gladys Samper, la que concluye: “...el análisis del relato expuesto en el dispositivo cámara gesell arroja resultados positivos en cuanto a la validación del mismo: 1) contenido del relato: a) detalles explícitos de conductas de abuso: cuando la menor expresa el hombre me estaba tocando el chocho...el novio de la madre de mi niñera Jorge...me cruzaba a la casa de mi niñera y me dormía ahí, tenía una calza y una musculosa...me tocaba por debajo de la ropa...con el dedo me apretaba... también la cola...b) referencia a incidentes múltiples...2) Estructura del relato a)... poco estructurado...b) el relato presenta lógica...3) clima emocional: ...se

*presenta un poco ansiosa y angustiada sobretodo en los momentos más álgidos del relato.”*

4.- Acta de Cámara Gesell en actuación N° 1891453 de fecha 01/03/13.

5.- Informe Psicológico, realizado a la menor (27/03/13) del que se desprende en síntesis que la menor tiene 7 años de edad, que cursa en 2° grado escolar; que comprende todas las consignas. Ahora bien, con respecto a los indicadores de abuso sexual y a los tres criterios aplicados para su detección, se desprende que: a) Del contenido del Relato: surgen detalles explícitos, tales que le tocaba por debajo de la ropa, con su dedo le apretaba..., también la cola. Y que fueron tres veces. b) En la Estructura del relato: surge que si bien es poco estructurado – porque luego agrega cosas que había olvidado inicialmente-, es perfectamente lógico – pues se dio cuenta, entendió lo que estaba pasando, por eso se despertó. Pero no le contó a la niñera porque le iba a decir que era mentirosa. c) En lo emocional: ansiosa y angustiada.

**Prueba testimonial:** Se valoraron las testimoniales producidas durante la Instrucción, incorporadas por su lectura y ratificadas en la audiencia de debate, y las rendidas en el debate. De estas últimas, las que fueron reproducidas en esta instancia gracias al sistema Cicero (actuaciones N° 11378764 y 11378818 de fecha 15/04/19) destaco las siguientes:

1.- Sra. Claudia Analia Marturano, madre de la niña AL: declaró en audiencia: *“... que su hija Abril, era cuidada por Vanesa Natel, hicimos un acuerdo primero para que la cuidara en mi casa, pero en un momento me pide ir a hacer la comida en su casa, que era al lado. Pero desconocía que no sólo la llevaba al lado, sino que la dejaba sola durmiendo y ella se iba a hacer algunos trámites y en esas ocasiones, ARCE entraba a la habitación y la manoseaba. Una vez la busco para llevarla a la escuela y en el camino, me dice: “mami, te vas a enojar con el JORGE”. ¿Por qué? Porque el JORGE hace algo malo, “me toca la colita”. Detengo el vehículo para hablar bien con ella y le pregunto a qué se refiere. A mis hijos siempre les he hablado*

*con un diálogo claro y palabras correctas, recto, vagina. Y cuando le pregunto, qué le tocaba, me dice: "La vagina, por debajo de la ropa interior". Entré en shock, porque yo la verdad que confiaba en esta gente, en el cuidado de Vanesa, de la Sra. Rita y si bien no conocía a ARCE, no sospechaba que podía hacer eso con mi hija. Entonces le preguntó en qué circunstancias lo hacía, a lo que responde: que cuando Vanesa la dejaba dormida, en la habitación de Carlos, un hermano de Vanesa, él no entraba. Pero que cuando la dejaba en la habitación de ella o en la de Rita, él entraba en la habitación, metía la mano en el interior de su ropa y la manoseaba. Ella escuchaba que cuando abría la puerta de la habitación, se iba contra la pared y ponía su mano en la vagina porque sabía lo que venía, pues, consulte a una Abogada y me aconsejo que hiciera la denuncia. Tenía 7 años y fue muy clara en todo lo que me contó. Le pregunté por qué no le había dicho a Vanesa y me dijo, porque no le iba a creer... Que había sucedido en varias oportunidades y una vez, durmiendo en sillón del comedor. Ese día, dijo que le puso como una cremita y no entendía. Pedí además una orden de restricción, porque él vivía al lado. Hago horario de comercio, donde lamentablemente son muchas horas. Mi hija tenía tratamiento psicológico por un problema de bronco-espasmos, hasta los 11 años".-*

2.- Vanesa Alejandra Natel, niñera de la menor. En fecha 27/11/14 ratifica la declaración de fs. 7/8 y en audiencia dijo que: "...ARCE era la pareja de mi mamá. Que el día que me entero, yo venía de hacer un trámite porque mi papá había tenido un accidente y al llegar a mi casa, mamá justo bajaba, nos juntamos en la escalera. Ella había recibido a Abril, porque tuve que salir antes. La menor no quedó sola. Yo entré y mi mamá salió. La encontré sola en la cama. La cuidé desde los 2 años. La cuidaba todo el día. Una vez me quedé 15 días con ella porque la mamá se fue de vacaciones con el novio. Yo la cuidaba en su casa, pero no me gustaba que su hermano se paseara desnudo en la casa, entonces le pedí llevarla a mi casa. En ese tiempo, ARCE vivía en mi casa, hacía changas. Jamás quedó Abril al cuidado de ARCE, a veces la cuidaba mi mamá, cuando mi papá estuvo internado, que fue un mes y medio. Yo tenía copia de la llave su casa. En ese tiempo yo tenía

*pareja, de nombre Pablo y era muy celoso de Jorge, de hecho terminó todo muy mal..”*

3.- Dra. Andrea Aquila, médica pediatra, quien ratifica el 18/12/14 el Informe de fs. 55/56 y 59. En el debate reconoció que atendió a Abril el día 23/11/12. *“...Era la primera vez, porque no era paciente mía hasta ese momento. Vino con su mamá y la atendí y revise sin turno. A la pregunta de Presidencia, sobre su actuación como profesional pediátrica, manifestó que Abril había tenido un episodio con un adulto, que la había manoseado. Que tenía dolor al orinar y prurito en la zona de la vagina, más dolor para defecar también. La reviso y en su ropa interior no tenía sangrado, ni secreción. Sí constato, la zona de la vulva irritada, la mucosa sin lastimaduras, un enrojecimiento. El himen sano, intacto. En la zona anal, el esfínter externo sin lesiones. Le hago una maniobra, acostándola boca arriba y elevando sus piernas, y noto una leve dilatación espontánea del esfínter, sin ningún tipo de lastimadura y los pliegues conservados. En ese momento la mamá refiere que Abril tenía un hábito de constipación crónica, que puede corresponder a eso. Le pido estudios de orina. La veo nuevamente en marzo, los cuales dieron todos negativos, es decir, no tenía infección, no tenía parásitos ni presencia de ningún germen. Ese enrojecimiento era en toda la zona, anal y vulva. No puedo afirmar, pero sí alguna sospecha con lo que relató la nena. Cuando la vuelvo a ver, no tenía enrojecimiento. A la pregunta de unos de los vocales del Tribunal, sobre la fecha de los estudios, respondió, que fueron inmediatos al hecho...”*

4.- Pablo Ezequiel Camargo, ex pareja de Vanesa Natel, quien declaró, que: *“... trabajaba en Aiello y cuando llego a la casa del B° Eloy Bona, se encontró con la mamá de la nena y la Policía, acusando a ARCE. En el momento me puse mal porque lo estaban acusando y quise increparlo a él. Pero me separaron. Vanesa cuidaba la nena, en la mañana y en la tarde. La cuidaba en la casa de Vanesa. En ese momento, yo convivía con ella pero no estaba mucho porque sólo iba a comer, trabajaba muchas horas. Recuerdo que siempre le decía a Vanesa que no le dejara a Abril, que saliera con la nena, que no la dejara sola. Se lo decía por desconfianza...Con Arce nunca vi*

*nada y Vanesa nunca me comentó nada. Cuando ella tenía que salir, la nena quedaba al cuidado de la madre o de Arce, acostada durmiendo. Eso lo sé porque me lo contaba Vanesa”.-*

5.-Lic. María Gladys Samper, quien declaró en el Debate Oral, sobre el informe de la Cámara Gesell. Dijo que: “...**La niñera realizaba trámites, dice la niña. Con esto, puede explicar porqué se quedaba sola. Puede relatar, con claridad el juego de representación. Entiendo que tiene incorporadas normas básicas, por ejemplo: robar, amenazar, dice: “no, no me amenazó”. Mi confusión inicial, ayudó a que la niña me explicara y que sea su vivencia, un relato creíble...Se la ve una nena espontánea, en estado de hiper-alerta. Es una sintomatología, cuando relata, que eso la despertó. Existe cierta desorganización familiar. Naturaliza que puede quedarse a dormir con la niñera. Hace que se sienta vulnerable y sienta desprotección. Aparenta estar bien, un poco angustiada, que la mamá llegaba tarde, pero una vez que llega, siente protección. No ha perturbado su desarrollo cognitivo...Es más fácil que puedan omitir a que puedan fabular... Es casi imposible pensar que arme la situación si no la vivió. La niña no puede constatar lo que está afuera de la escena. (El destacado me pertenece)”.**

La defensa esgrime como agravio que la falta de fundamentación del fallo está determinada por no estar acreditada la autoría de su pupilo, al no existir prueba de cargo, ya que a su entender, no se encuentra fundado ni acreditado que Jorge Arce se autor de los abusos sexuales. Postula que ha existido una arbitraria valoración de las circunstancias de hecho y de las pruebas dirimente.

Considero que estos agravios deben rechazarse, ya que de toda la prueba rendida durante la Instrucción y en el debate oral, surgen indicios plurales, concordantes y convergentes, que conducen a concluir que las conductas que se le enrostran al imputado se encuentran acreditadas con la certeza que requiere la instancia.

La sentencia condenatoria puede fundarse solamente en prueba indiciaria, si esos indicios reúnen las características mencionadas, y para ello resulta necesario que las inferencias que otorgue el análisis de los indicios converjan hacia el mismo resultado y lo lleve al juez al convencimiento sobre el hecho.

Ello es también llamado la concordancia de los indicios, es decir, valoración conjunta de varios indicios que confluyen en la misma dirección. De allí que la concurrencia de indicios precisos y bien comprobados, corroborando una hipótesis razonable, tiene más fuerza persuasiva que cualquier otro medio probatorio. Cuantos más hechos concuerden, menos deben ser atribuidas esas relaciones a un juego engañoso del azar. La concordancia de los indicios posee innegable valor objetivo, y conduce a conclusiones seguras, luego de descartar las explicaciones de la parte contraria. (ZWANCK, Carlos Alberto, voz "indicios" en Enciclopedia Jurídica Omeba, p. 491, citado por La Rosa, Mariano, en La prueba de indicios en la sentencia penal, publicado en LA LEY 30/09/2009, en Fallo comentado: Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, sala I (T Casación Penal Buenos Aires)(Sala I) T Casación Penal, Buenos Aires, sala I ~ 2009-06-18 ~ Carrascosa, Carlos Alberto s/rec. de casación", en <https://www.defensachubut.gov.ar/biblioteca/node/2507> acceso 12/08/20).-

Se ha demostrado que el imputado aprovechó la confianza que se le otorgaba en esa familia y la cotidianeidad en el trato que tenía con la menor, para consumir los abusos sexuales, cuando la madre estaba trabajando y la niñera se ausentaba para realizar trámites, situación que potenciaba la vulnerabilidad de la niña, todo ello conforme las declaraciones rendidas en autos, tanto por la Sra. Claudia Analia Marturano, madre de la niña AL como por Vanesa Alejandra Natel (niñera de la menor).

Es dable destacar que 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.

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. N° CJS 39.560/18), CSJ Salta, 13/03/19, en <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/boletines/boletines/boletindiario/>, acceso 12/08/19).

Los cuestionamientos de la defensa en el recurso no logran revertir la contundencia de la prueba de indicios, los que, analizados en su conjunto, determinan la responsabilidad de su pupilo en los hechos demostrados en el debate.

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.

Previo a finalizar, debo destacar la doble condición de la niña, tanto de menores de edad como de mujeres, que las vuelve particularmente vulnerables a la violencia (Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso González y otras -' Campo Algodonero' - vs. México", sentencia del 16 de noviembre de 2009, parágrafo 408; en el mismo sentido, "Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala", sentencia del 19 de mayo de 2014, parágrafo 134).

El abuso sexual sufrido por ALM importa una clara vulneración de los derechos de la niña, y además reiterar que se inscriben dentro de un contexto de violencia de género.

En cuanto a lo primero, debe tenerse presente que la **Convención de los Derechos del Niño (Art. 75 inc, 22 CN, ratificada por Ley 23849)** establece los Estados Partes se han obligado a **"proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales"** (Art. 34). La conducta perpetrada por Jorge Arce, ha infringido esta básica y elemental protección de quienes transitan la infancia, colectivo éste al cual por su particular vulnerabilidad se le han dispensado cuidado y asistencia especiales a través de diversos instrumentos normativos.

Ahora bien, en particular, la **Asamblea General ante la ONU** ha explicitado que este objetivo de protección de los niños, *"especialmente para las niñas, estaría más cercano si las mujeres gozaran plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales"* ("Un mundo apropiado para los niños", 27° período extraordinario, Supl. N° 3 (A/S-27/19/Rev.1)-2002, publicado en "Infancia y adolescencia. Derechos y Justicia", Colección de Derechos Humanos y Justicia, Of. de Derechos Humanos y Justicia, Poder Judicial de la Pcia. de Córdoba, Córdoba, Pág. 42), reconociendo así el modo en que conjugan la variables de mujer y niña provoca un impacto diferencial en la tutela de sus derechos.

Debe advertirse también que la incidencia de la condición de mujer de la pequeña víctima adquiere trascendencia a partir de la obligación asumida por el Estado Argentino, suscriptor de la **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belém do Pará" (Art. 75 inc. 23 CN, ratificada Ley 24632)**- de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (Art. 7, b). A tales fines, se ha indicado que los órganos judiciales deben construir el análisis de los casos desde una adecuada perspectiva de género para así reconocer fielmente los derechos de las víctimas mujeres y evitarles una nueva victimización en la esfera institucional.

En este sentido, no puedo concluir esta segunda y tercera cuestiones sin visibilizar que la victimización sexual constituye una de las formas paradigmáticas de violencia contra las mujeres.

Así lo prevé específicamente la Convención ya aludida, que en su artículo 1° indica que "*debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*". De la misma forma la **Ley 26.485 de Protección Integral Para Prevenir, Sancionar, Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales**, enuncia, entre los tipos de violencia de género, la violencia "*sexual: cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres*" (Art. 5).

Se advierte de la lectura de los fundamentos fallo, que el tribunal contó con suficientes elementos de prueba para arribar a la convicción necesaria respecto de la materialidad del hecho denunciado 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, el hecho ventilado ha 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 sobre 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. CECILIA CHADA, JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN**.

**A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, dijo:** Que en consecuencia, de conformidad a lo resuelto en la primera cuestión, corresponde el rechazo del recurso de casación interpuesto por el abogado defensor Dr. Rodolfo Luis Mercau. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. CECILIA CHADA, JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO y votan en igual sentido a esta **CUARTA CUESTIÓN**.

**A LA QUINTA CUESTIÓN, la Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, dijo:** Costas al recurrente vencido. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. CECILIA CHADA, JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ comparten lo expresado por la Sra. Ministro, Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO y votan en igual sentido a esta **QUINTA CUESTIÓN**.

Con lo que se da por finalizado el acto, disponiendo los Señores Ministros, la sentencia que va a continuación.

**San Luis, cinco de mayo de dos mil veintiuno.**

**Y VISTOS:** En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** 1) Rechazar el recurso de casación interpuesto por el abogado defensor Dr. Rodolfo Luis Mercau.

II) Costas al recurrente vencido.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.

No firma la Dra. DIANA MARÍA BERNAL, por encontrarse en uso de licencia.

---

*La presente Resolución se encuentra firmada digitalmente por los Sres. Ministros del Superior Tribunal de Justicia Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON, ANDREA CAROLINA MONTE RISO, JORGE OMAR FERNÁNDEZ y CECILIA CHADA, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.*