

STJSL-S.J. – S.D. N° 072/21.-

--En la Provincia de San Luis, a nueve días del mes de junio de dos mil veintiuno, se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros, Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON, 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 CASACIÓN MORCON JAVIER EDUARDO (IMP) - OJEDA CARINA VERNONICA (DTE) - ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE CALIFICADO POR EL DAÑO EN EL CUERPO Y LA SALUD DE LA VÍCTIMA; POR EL VÍNCULO Y LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE -DOS HECHOS - EN CONCURSO REAL”*** - IURIX INC N° 11219/5.

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, y habiendo asumido los Dres. CECILIA CHADA, JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ, 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 por la defensa de Javier Eduardo Morcón?

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. CECILIA CHADA, dijo: 1) **Procedencia formal:** Que en los autos principales ***“MORCÓN JAVIER EDUARDO (IMP) - OJEDA CARINA VÍNCULO (DTE) - ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE CALIFICADO POR EL***

DAÑO EN EL CUERPO Y LA SALUD DE LA VÍCTIMA; POR EL VÍNCULO Y LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE -DOS HECHOS- EN CONCURSO REAL" Expte. PEX N° 11219/7, en fecha 04/02/20 por ESCEXT N° 13380249, el Sr. Defensor de Cámara Penal, Dr. Esteban José Sala, por el condenado Javier Eduardo Morcón, interpone recurso de casación contra la sentencia condenatoria integrada por el Veredicto (Act. N° 13317048) de fecha 30/12/19 y sus fundamentos de fecha 10/01/2020 (Act. N° 13332796), dictada por la Excma. Cámara del Crimen N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, que resolvió declarar a su pupilo culpable por el delito de abuso sexual con acceso carnal triplemente agravado por el vínculo, la relación de convivencia preexistente y por haber causado grave daño a la salud mental en perjuicio de B.T.M, en los términos del primer y tercer párrafo en relación al inciso a, b y f del cuarto párrafo del artículo 119 Código Penal; y abuso sexual gravemente ultrajante triplemente agravado por el vínculo y por haber causado grave daño a la salud mental en perjuicio de M.A.M, en los términos del primer y segundo párrafo en relación al inciso a, b y f del cuarto párrafo del artículo 119 Código Penal todo en concurso real, en su carácter de autor (artículos 45 y 55 del Código Penal) y condenarlo a sufrir la pena de veinte años de prisión, accesorias de ley y costas procesales.

El recurso es fundado en el presente incidente en fecha 17/02/2020 por ESCEXT N° 13473643.

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.

Que analizadas las constancias del sistema IURIX del expediente principal **"MORCON JAVIER EDUARDO (IMP) - OJEDA CARINA VERÓNICA (DTE) - ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE CALIFICADO POR EL DAÑO EN EL CUERPO Y LA SALUD DE LA VÍCTIMA; POR EL VÍNCULO Y LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE -DOS HECHOS- EN CONCURSO REAL"** Expte. PEX

N° 11219/7 y del presente incidente, se observa que el recurso fue planteado y fundado en término. Asimismo, ataca una sentencia definitiva de un Tribunal competente, encontrándose el recurrente exento del depósito judicial conforme al art. 431 del Cód. Procesal Penal.

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.

(Los nombres de las damnificadas han sido reemplazados por iniciales a los fines de preservar su identidad, atento el tipo de delito en cuestión.)

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

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

A LA SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN, la Dra. CECILIA CHADA,

dijo: 1) **Agravios del recurrente:** Manifiesta la defensa que el recurso se interpone por causal reglada, y no reglada expresamente pero admitida por la C.S.J.N a partir de autos “Casal” y “Girolodi” a los efectos de asegurar al imputado el derecho al recurso y a la doble instancia, garantía expresamente prevista en la Convención Americana de los Derechos Humanos (Art. 8.2 h) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14.5), ambos con jerarquía supra constitucional conforme lo establece el Art. 75 Inc. 22 de la CN.

Como **primer agravio** titulado *a) VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA- AFECTACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO - PROCESAMIENTO POR HECHO QUE NO FUE OBJETO DE INDAGATORIA*, manifiesta que al momento de las preliminares del debate, la defensa planteó la nulidad del primer procesamiento dictado en contra del pupilo procesal, con fundamento en que el Sr. Morcón, luego de ser indagado

por primera vez por un solo hecho, al momento de resolver su situación procesal resulta ser procesado por dos hechos, en consecuencia considera que dichos defectos han sido arrastrados durante todo el proceso, contaminado la sentencia dictada en autos dado que se ha violentado de manera manifiesta el denominado principio de congruencia, afectando por ende una garantía de índole constitucional tal como es el llamado derecho de defensa en juicio. Es decir, que se trata de un proceso viciado desde sus albores.

Relata que en fecha 16 de febrero de 2011 (fs. 80) el Dr. Ernesto Gabriel Lutens, Agente Fiscal de primera instancia, solicita se cite al Sr. Morcón Javier Eduardo a prestar declaración indagatoria en orden al delito previsto en el Art. 119 segundo párrafo en relación al inc. b del mismo artículo del Código Penal (abuso sexual gravemente ultrajante agravado por el vínculo). Que en fecha 01 de febrero de 2016, es decir CINCO AÑOS más tarde, el Sr. Juez de instrucción decide llamar a prestar declaración indagatoria al Sr. Morcon en idénticos términos a los solicitados por el Sr. Fiscal.

Agrega que a fs. 134 se perfecciona la audiencia indagatoria de su pupilo procesal, oportunidad en la que se abstiene de declarar, haciéndole saber el juez en dicho acto que se lo indagaba por el delito de ABUSO SEXUAL ULTRAJANTE AGRAVADO POR EL VÍNCULO (Art. 119 2º párrafo en relación al b del Código Penal).

Expresa que en fecha 24 de junio de 2016 se dicta el procesamiento del Sr. Morcón por el delito de ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE AGRAVADO POR EL VÍNCULO (art. 119 párrafo 1º y 2º en relación al inciso f) del Código Penal), en perjuicio de B.T.M Y M.A.M, convirtiendo en prisión preventiva la detención que venía sufriendo.

Destaca que de la simple lectura de las piezas procesales señaladas se puede concluir sin ningún tipo de esfuerzo que el Sr. Morcón fue indagado por un hecho, sin determinación alguna de quien o quienes serian las víctimas, concluyendo el Sr. Juez de instrucción con el procesamiento del mismo por dos hechos, cuestión que claramente resulta ilegal y violatoria del derecho de defensa en juicio.

Sostiene que la seguidilla de errores por parte del juzgado de instrucción no termina allí, sino que más adelante en fecha 09 de septiembre de 2016 el Sr. Morcón amplía su declaración indagatoria, haciéndole saber en dicho acto que se le estaba recepcionando declaración indagatoria por el delito de ABUSO SEXUAL ULTRAJANTE AGRAVADO POR EL VINCULO (ART. 119 PARR. 2º DEL CODIGO PENAL), es decir una vez mas fue informado o intimado de manera defectuosa, dado que se lo indagó nuevamente por un solo hecho a pesar de que el Juez ya en ese momento lo había procesado por dos hechos.

Expone que, por lo expuesto, resulta manifiesta y notoria la nulidad producida a partir del dictado del auto de procesamiento de fecha 24 de junio de 2016, en razón de que su representado es procesado y enviado a la Penitenciaría Provincial en virtud de hechos que no fueron materia de intimación en el acto de indagatoria, por lo que el razonamiento propuesto por el suscripto es simple: se lo indagó por un hecho sin determinación de quien sería la víctima y fue procesado por dos hechos, en tal inteligencia no hay dudas que se ha violado el debido proceso legal y por ende el derecho de defensa en juicio. Que en el caso el perjuicio es claro, ya que el acusado no tuvo posibilidades de defenderse de hechos por cuales no se lo indagó, resultando inadecuado pretender que el mismo declare o se defienda por cuestiones no informadas ni intimadas.

Alega que si bien con posterioridad a los actos señalados, el Juez a pedido del particular damnificado resolvió "MUTAR" la calificación legal por la cual se procesó al Sr. Morcón, resolviendo citar nuevamente al acusado a prestar declaración indagatoria, pretendiendo de ese modo subsanar en dicha oportunidad los defectos señalados por el suscripto, considerando al respecto que tratándose de nulidades de carácter absoluto las planteadas, no resultan pasibles de ser saneadas, careciendo del efecto pretendido el segundo llamado, estado por ende ya consumado el perjuicio.

Sostiene que el planteo de nulidad tal como lo expresó, fue introducido en oportunidad de las preliminares, habiendo sido rechazado el

mismo por la Excma. Cámara Penal N° 1, mediante Auto Interlocutorio de fecha 05 de diciembre de 2019, con fundamentos, a su entender, livianos y aparentes, que en definitiva no se condicen con lo planteado y acontecido en la causa. Que el tribunal sustenta el rechazo de la nulidad por considerar que no se violentó el derecho de defensa, fundamentado su posición en el rol o las labores de la defensa del imputado en etapa de sumario.

Destaca que el fallo entremezcla las cuestiones, ya que una cosa es el rol de la defensa y otra cosa es la presencia de una nulidad de carácter absoluto ya consumada, la que por principios generales del derecho no se puede subsanar ni consentir, pretender ello resulta cuando menos arbitrario.

Concluye en que corresponde declarar la nulidad del **Auto de Procesamiento dictado en fecha 24 de junio de 2016 y de todo acto se que sea su consecuencia**, es decir, prisión preventiva, segundo llamado a indagatoria, acusación fiscal y sentencia recaída en autos, por ser actos íntimamente relacionados, ello en virtud de la aplicación de la denominada teoría del fruto del árbol envenenado.

Como segundo agravio, bajo el título *b.- VIOLACIÓN A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA*, manifiesta que de manera subsidiaria al planteo de nulidad introducido en el punto anterior, y para el hipotético e improbable caso que V.E considere que se ha respetado el derecho de defensa al momento de procesar por primera vez a su pupilo, formula consideraciones en relación a la prueba producida en la causa, considerando que de ningún modo se encuentra acreditado que B.T.M haya sido accedida carnalmente.

Expresa que no existe en autos informe médico alguno que indique o avale que la joven haya sido accedida carnalmente, y agrega que, la simple lectura de la denominada SEGUNDA CUESTIÓN (ver fundamentos) se extrae que el Camarista no escatima en el uso excesivo de citas dogmáticas, pero sin embargo solo realiza una mera referencia de cómo y cuando se habría producido el supuesto abuso sexual con acceso carnal apuntado.

Sostiene que el único hecho de abuso sexual con acceso carnal por el cual se lo condena a su pupilo es que habría ocurrido en la Florida cuando B.T. tenía OCHO AÑOS de edad; sin embargo conforme quedó acreditado en el debate oral, resulta imposible que el Sr. Morcón hubiera podido acceder carnalmente a su hija en dicha oportunidad, ello en razón de la presencia de un amigo de Morcón en el lugar, quien ha brindado detalle de cómo realmente se sucedieron los hechos.

Destaca que resulta conveniente recordar la secuencia narrada por B.T. de cómo se habrían sucedido los hechos ese día en La Florida, a fs. 147/152, la joven presta declaración testimonial, utilizando ésta para confrontar y no la prestada en debate oral, por ser mucho más detallada y completa.

También hace referencia a lo declarado por Walter Agüero, amigo del acusado, en el debate, y sostiene que conforme lo declarado, en el momento que B.T.M. estaba llorando aun no habían armado la carpa, sino que esto sucedió con posterioridad, motivo por el cual está probado que no resulta posible que Morcón pudiera penetrar a su hija cuando la carpa aun estaba desarmada, es decir al aire libre y con una persona (el amigo en las cercanías), y que tal cuestión fue debidamente puesta en manifiesto al momento del debate oral, no siendo considerada en lo mas mínimo por los Sres. Camaristas.

Bajo el título *C) SENTENCIA CONTRADICTORIA/ ARBITRARIEDAD MANIFIESTA*, expone que la sentencia atacada es contradictoria en si misma, dado que la inteligencia o razonamiento utilizados para resolver los hechos en relación a la hermana de B.T.M., es decir M.A., no ha sido utilizada en el caso puntual de la primera, tratándose en términos probatorios de cuestiones similares, cuestión que hace a la arbitrariedad del temperamento adoptado en relación al hecho abuso sexual con acceso carnal por el cual se lo condena a Morcón.

Cita partes de la Sentencia que aquí se tienen por reproducidas en honor a la brevedad, y destaca que desde el punto de vista probatorio, los hechos investigados en relación a M.A. y B.T. son similares, en

ambos casos el imputado declaró negando los hechos, en ambos casos no existe prueba médica que avale el acceso carnal, y además en ambos casos con el único elemento que se contaba era con los dichos de la víctima; sin embargo se llegó a soluciones distintas, en un caso (M.) se lo condenó por abuso sexual gravemente ultrajante, en el otro (B.T.) se lo condenó por abuso sexual con acceso carnal; que tal trato diferenciado no se encuentra justificado en razón o prueba alguna, motivo por el cual claramente resulta arbitraria la condena por el delito de abuso sexual con acceso carnal.

Destaca que el acceso carnal no puede ser acreditado mediante una declaración testimonial, aquí sin embargo con la sola declaración de la supuesta víctima se lo tuvo por probado. Agrega que la falta de lesiones en la víctima genera un manto de duda de importancia que no permite alcanzar la certeza necesaria para tener por acreditado el acceso carnal en la persona de B.T.M; tal falta de certeza debe ser interpretada a la luz del Art. 1 del C. P. Crim y art. 18 del la C. Nac, es decir en caso de duda se debe estar a lo mas favorable al imputado, y aquí ha sucedido todo lo contrario.

Por último, se agravia de la pena impuesta. Sostiene que el Sr. MORCÓN ha sido condenado a cumplir **la altísima pena de 20 años de prisión**, cuestión que de manera clara resulta un exceso, el que a criterio del suscripto se deriva de la valoración ILEGAL de circunstancias agravantes no computables, así como de la clara desproporción del monto y delito requerido por la Fiscalía al momento de acusar y los delitos por los que en definitiva se determinó la condena, y ante tal variación considera que necesariamente el monto de la pena solicitada debió ser disminuido, sin embargo se mantuvo el monto requerido por el Ministerio Público.

Alega que el tribunal valoró como pauta aumentativa la *“extensión del daño causado al entorno familia”* considerando que resulta ilegal valorar como agravante circunstancias atípicas del delito, dado que de ese modo se está extendiendo el delito y sus consecuencias a cuestiones no previstas por el legislador.

Expresa que el tribunal achaca a su pupilo haber incumplido y defraudado a su entorno familiar en su rol de padre de familia, pero tal circunstancia ya fue incluida en el agravante “*por el vinculo*”, situación que hace a la doble valoración de circunstancias agravantes del tipo, lo que afecta de manera directa la garantía del *non bis in idem*.

Formula reserva de recurso extraordinario federal.

2) Traslado a la contraparte: Corrido el traslado de ley por decreto de fecha 18/02/2020, por ESCEXT N° 13587548, de fecha 03/03/2020, contesta la representante del particular damnificado, Dra. Karina Mantelli, quien solicita el rechazo del recurso, atento que en todo el proceso los principios procesales estuvieron presentes y no se vio avasallado el derecho de defensa y el debido proceso, como se intenta hacer ver desde la perspectiva del Defensor de Cámara. Como a todo procesado se le respetaron las garantías constitucionales, que fueron vapuleados por el Sr. Morcón, toda vez que deseaba dirigir el juicio, no respetado la autoridad de los Sres. Camaristas, decidir quedarse sin defensa en pleno juicio y hasta solicitar nuevas pericias para luego no someterse a las mismas. Agrega que el tribunal hace la valoración de todos los hechos y se apega a la pena pedida por la Sra. Fiscal, asumiendo excelencia y valoración exhaustiva de todos los hechos.

En fecha 10/03/2020 (actuación N° 13640945) contesta vista la Sra. Fiscal de Cámara N° 1 de la Primera Circunscripción Judicial, quien ratifica lo expresado en el debate oral. En ese entendimiento, expresa que de la lectura de los fundamentos esgrimidos por el recurrente, se colige con meridiana claridad que se limita a enunciaciones genéricas, pero en modo alguno se hace una crítica puntual y razonada del fallo. Que surge del análisis de los agravios vertidos una disconformidad con la valoración de la prueba llevada a cabo por parte del Tribunal de Juicio, disconformidad que amplía al seguimiento que realizó éste, de la Tesis Acusatoria y rechazó a los diversos planteos defensistas. Ahora bien, todas las cuestiones planteadas en este recurso fueron objeto de discusión y valoración en juicio, es decir que se pudo evaluar todos los planteos defensistas oportunamente.

3) Dictamen del Sr. Procurador General: Por actuación N° 13801235, de fecha 16/04/2020, se expide el Sr. Procurador General Subrogante, quien propicia el rechazo del recurso, atento que: *“...el Sr. Defensor pretende fundarse en la mera discrepancia con la valoración de los hechos y la prueba que ha realizado la Cámara, posterior calificación legal y mensuración de la pena, pero 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, 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 demás prueba producida en el debate.”*

4) Resolución del recurso: Expuestos de tal manera los agravios de la defensa, corresponde practicar un integral control del pronunciamiento en consonancia con la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (vgr. "Casal...", Fallos C.1757.XL), que permite también el análisis del mérito de las pruebas efectuado por el tribunal de juicio, con la sola limitación -surgida de su propia naturaleza- de aquellas cuestiones vinculadas directa y únicamente a la intermediación del juicio oral.

Sentado ello, adelanto que comparto *in totum* el dictamen del Sr. Procurador General Subrogante de fecha 16/04/2020, ya que como bien se sostiene en el mismo, el recurso interpuesto por la defensa de Javier Eduardo Morcón debe ser rechazado, por cuanto los agravios no ameritan justificativos que permitan destruir los argumentos claros y precisos razonados desde la inmediatez del debate oral, que formó convicción en los jueces al fallar en autos.

Me referiré en primer lugar al planteo de nulidad del Auto de procesamiento y prisión preventiva de fecha 24/06/16 y de toda la actividad procesal que es su consecuencia, esgrimido por la Defensa como agravio principal.

De la lectura del mismo, se observa en primer lugar que la defensa reedita los mismos argumentos expuestos en las preliminares del debate, que dieron lugar al dictado del Auto Interlocutorio de fecha 05/12/19 (cfr. actuación N° 13143226) en los autos principales **"MORCÓN JAVIER EDUARDO (IMP) - OJEDA CARINA VERÓNICA (DTE) - ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE CALIFICADO POR EL DAÑO EN EL CUERPO Y LA SALUD DE LA VÍCTIMA; POR EL VÍNCULO Y LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE - DOS HECHOS- EN CONCURSO REAL" PEX N° 11219/7**, que resolvió rechazar la nulidad de todo lo actuado a partir de dicho auto de mérito. La defensa no logra rebatir los fundamentos de dicha resolución, no haciéndose cargo de las razones tenidas en consideración por el Tribunal para rechazar la nulidad.

En efecto, en el Auto Interlocutorio de fecha 05/12/19 se sostuvo que: *"No puede dejar de observarse que la crítica efectuada sobre el desarrollo del proceso, en cuanto a que se aprecia poco prolijo y adolece de la calidad esperable para un proceso de esta envergadura, es que empaña la labor de los jueces intervinientes en primera instancia. Sin embargo debemos mencionar que la indefensión, a los efectos de poder sostener una nulidad, debe ser apreciada como un hecho real. Más allá de las formas, en el caso concreto, se advierte que la defensa apeló el primer procesamiento, pero luego desistió del recurso. Además la defensa técnica de Morcón solicitó una ampliación de la declaración indagatoria y fue parte en las testimoniales posteriores. Es decir, que participó de manera efectiva de todos los actos de defensa, lo que evidencia que no hubo una indefensión real. El reclamo de la defensa que funda su nulidad, finca así, en una observación sobre las fallas formales que manifiesta existe en el proceso."*

"Por lo que corresponde no hacer lugar al mismo, toda vez, que como se expreso supra no se vio afectado el derecho de defensa y debido proceso.- En ese entender, no surge cuál sería el perjuicio concreto que amerite la declaración de nulidad, atento tratarse de una nulidad por la nulidad misma, siendo improcedente para fundar la nulidad el sólo hecho de haberse

dictado como consecuencia del primer procesamiento una prisión preventiva, toda vez, que aún tomando en consideración la posición defensiva en relación a que se lo había indagado por un solo hecho y proceso y dictado prisión preventiva, ese sólo hecho justificaba la medida coercitiva impuesta por el Tribunal, más aún cuando ella quedó firme al desistir del recurso de apelación interpuesto la defensa técnica del encartado.”

Es destacable y preocupante que el presente expediente tuvo dilaciones indebidas no imputables a las partes, por ejemplo: 1) en **mayo de 2007**, la madre de las niñas en el expediente del Juzgado de Familia N° 1821/6 en el marco de una causa por violencia familiar, denunció los abusos sexuales de su hija B.T.M. por parte de su progenitor, y manifestó que sospechaba que su otra hija M.A.M. también era abusada. En fecha **07/02/2011** el Juez de Instrucción corre vista al Agente Fiscal y en fecha **16/02/2011** el agente Fiscal contesta solicitando el llamado a indagatoria del imputado.

2) En fecha 01/02/2016 se produce el llamado a indagatoria, **CINCO AÑOS DESPUÉS**, y en fecha 16/06/16 se toma la primer indagatoria del imputado.

Si bien la Excma. Cámara del Crimen N° 1 en la sentencia impugnada, ordenó la compulsión de las actuaciones, y su posterior remisión a la Oficina de Sumarios Administrativos del Poder Judicial a los fines de investigar y deslindar las responsabilidades pertinentes, no puedo dejar de destacar que la demora en la tramitación del presente expediente, **que alcanzó los trece años desde la primera denuncia del año 2006**, repercutió grave y desfavorablemente sobre las víctimas, profundizando las consecuencias que los hechos de abuso tuvieron en su salud psicológica y en su vida de relación, como asimismo, generando frustración y desconfianza por el sistema judicial **que no les brindó oportuna respuesta**. Es que frente a la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban las menores, que convivían con su progenitor abusador, debió darse una adecuada y rápida respuesta que impidiera que los abusos continuaran, lo que no se hizo. Tengo presente la

declaración de la joven M.A.M. quien sostuvo que recién cuando su padre estuvo preso (año 2016), pudo vencer el miedo y contar lo que le pasó.

Estimo que la nulidad debe ser rechazada, atento que no se observa en el Auto Interlocutorio de fecha 24/06/16 y en todos los actos procesales que son su consecuencia, la vulneración de las garantías de la inviolabilidad de la defensa en juicio y del debido proceso, como tampoco a que se haya afectado la congruencia.

En efecto, el interlocutorio citado ordena el procesamiento y prisión preventiva del imputado Javier Morcón por el delito de Abuso Sexual Gravemente Ultrajante agravado por el vínculo (Art. 119, párrafos 1° y 2°, en relación al inciso b del código penal), en perjuicio de B.T.M. y de M.A.M. (fs. 156/173), es decir, por dos hechos pese a haber sido indagado por un hecho. El auto fue apelado por la defensa, pero el recurso fue finalmente desistido. Luego en fecha 09/09/16 fue nuevamente indagado por un hecho (fs. 316/320), y en fecha 21/12/16 obra Auto Interlocutorio que resuelve modificar la calificación legal (Act. N° 6563437) por la de ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE en perjuicio de M.A.M, y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL en perjuicio de B.T.M, en ambos casos CALIFICADO POR EL VINCULO, POR HABER CAUSADO GRAVE DAÑO EN LA SALUD MENTAL DE LAS VÍCTIMAS Y POR EXISTIR CONVIVENCIA PREEXISTENTE, todo en CONCURSO REAL – DOS HECHOS. (ARTS. 119, 2° PARR, INC. A, B y F; 119 3° PARR, INC. A, B y F; y 55 DEL C.P.).

El Auto Interlocutorio fue confirmado por la Excma. Cámara del Crimen N° 2, en fecha 05/04/17 (Act. N° 7009877), por lo que el mismo se encuentra firme. En fecha 08/06/17 se lo llama a indagatoria nuevamente, esta vez por dos hechos de abuso sexual en concurso real, produciéndose la misma en fecha 14/06/17, audiencia en la que el imputado declaró. En fecha 01/08/17 se dicta el segundo procesamiento del imputado por los delitos de ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE en perjuicio de M.A.M, y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL en perjuicio de B.T.M, en ambos casos CALIFICADO POR EL VINCULO, POR HABER CAUSADO GRAVE DAÑO EN

LA SALUD MENTAL DE LAS VICTIMAS Y POR EXISTIR CONVIVENCIA PREEXISTENTE, todo en CONCURSO REAL – DOS HECHOS. (ARTS. 119, 2º PARR, INC. A, B y F; 119 3º PARR, INC. A, B y F; y 55 DEL C.P.), disponiéndose que continúe la prisión preventiva que el imputado venía sufriendo a partir del primer auto de procesamiento de fecha 24/06/16, que aquí se ataca de nulidad.

El imputado fue procesado en fecha 24/06/16 por dos hechos, si bien había sido indagado en fecha 16/06/16 por un hecho de abuso sexual que justificaba la prisión preventiva que se le impuso. Luego el procedimiento se desarrolló con la provisoriedad característica de la etapa de Instrucción, en la que la investigación puede determinar que el auto de mérito sea modificado, ya que el mismo no causa estado, lo que efectivamente ocurrió.

Se ha sostenido que un acto procesal es nulo de nulidad absoluta cuando importa la afectación de garantías constitucionales o convencionales. Las nulidades absolutas deben ser declaradas de oficio por el juez o tribunal, en cualquier estado del proceso, pueden ser planteadas por cualquiera de las partes, y no son subsanables o convalidables (Art. 390 del C.P.Crim).

Nuestro sistema procesal es legalista respecto de la declaración de nulidad: los actos son nulos cuando no cumplen con las formas taxativamente establecidas por la ley, y son a su vez violatorios de garantías constitucionales. (Art. 386 del C.P.Crim).

Ahora bien, tanto las nulidades absolutas como las relativas (que son convalidables y subsanables) requieren de un interés afectado, ya que no puede declararse la nulidad por la nulidad misma. Debe demostrarse o verificarse un **perjuicio real o concreto**, y ese perjuicio se traduce en una limitación al ejercicio de un derecho o garantía constitucional o convencional. Respecto del perjuicio rigen dos principios: 1) el de conservación, que establece que no se decretará la nulidad si el acto cumplió con su finalidad frente **a todas las partes**; 2) el de trascendencia, según el cual la parte debe

demostrar cual es su interés (derecho o garantía afectado), y cuales fueron las defensas o planteos que no pudo esgrimir en razón del acto viciado de nulidad. (*Sanciones procesales*, Julio Di Giorgi, CURSO FUNDESI: El Derecho Procesal Penal, a la luz del Nuevo Código de Procedimiento Federal: Parte General, 19/05/20, en https://www.rubinzal.com.ar/tienda/agenda_detalle.php?idevento=833).

Estimo que en el caso, concluyo que el planteo nulificante no puede prosperar. No se observa en el desarrollo del proceso la alegada violación de garantías de la inviolabilidad de la defensa en juicio y del debido proceso, como tampoco que se haya afectado el principio de congruencia. La parte no logra acreditar el real y efectivo perjuicio o interés afectado, traduciéndose su planteo en una nulidad por la nulidad misma, o por la sola inobservancia de formas procesales, sin una verdadera razón sustancial que demuestre efectivamente que se haya afectado en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa en juicio y el debido proceso. (Art. 8.2.f CADH y Art. 14.3.e PIDCyP). Cabe reiterar que la declaración de nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley (*Fallos*: 298:312), resultando inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de la nulidad por la nulidad misma (*Fallos*: 322:507).

Respecto de los agravios planteados en forma subsidiaria a la nulidad, referidos a la violación de la presunción de inocencia, la arbitrariedad manifiesta y lo irrazonable de la pena impuesta, debo decir que 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 de los hechos por lo que se lo acusó.

En efecto, el fallo aquí impugnado tiene por probado que: *“...los hechos que perjudican a B.T.M., comenzaron, como abusos simples, a partir del año 2000, en el domicilio sito en B° 123 Viviendas, Mzna. 418, Casa N° 3 de la Ciudad de San Luis, más concretamente, cuando ella cumplió ocho*

años y el padre la llevó al campo cercano a la casa con la excusa de cortar leña, oportunidad en la cual le exhibió sus genitales, tocándola en sus partes íntimas para luego masturbarse delante de su hija. Situación que siguió en varias ocasiones, aproximadamente hasta el año 2007, aprovechando que todos vivían juntos en el mismo domicilio y cuando la madre de ella no se encontraba en el hogar o estaba durmiendo. Y que llegaron al abuso sexual con acceso carnal cuando el encartado un día de camping en la localidad de La Florida la accedió carnalmente, conforme fuera analizado y señalado supra.”

Respecto de la otra damnificada, M.A.M., el Tribunal concluyó que: *“...tenemos por acreditado que respecto a M.A.M., los hechos de abuso sexual han existido, siendo que los mismos habrían comenzado al poco tiempo que ella cumpliera años, y que los mismos se llevaron a cabo casi todos los días, en diferentes horarios, aproximadamente durante los años 2005 a 2007, en el domicilio donde vivía en grupo familiar, esto es, en B° 123 Viviendas, Mzna. 418, Casa N° 3 de la Ciudad de San Luis.”*

El fallo ha valorado la prueba documental incorporada al debate oral obviando su lectura con el consentimiento de las partes, principalmente las periciales psicológicas y psiquiátricas de las jóvenes víctimas, como también las declaraciones de éstas, de su madre Carina Verónica Ojeda, y demás prueba testimonial rendida durante la audiencia.

Así, podemos sostener que son varios los elementos que conforman un cuadro probatorio de certeza que permite, sin que exista lugar para dudas razonables, concluir como lo hace la sentencia, que el acusado es responsable de aquello por lo que se lo condenó. Así, destaco la siguiente prueba relevante:

A) Prueba documental:

1)____ La denuncia de fs. 2 y 5 efectuada por la madre de la menor, Sra. Carina Verónica Ojeda.

2)____ Declaración de la menor B.T. de fs. 8 de fecha 30/05/18.

3)_____Copia certificada del expediente “OJEDA CARINA VERONICA c/ MORCON JAVIER EDUARDO – VIOLENCIA FAMILIAR”, Expte. 94225/06, donde a fs. 39 y 41 obran informes psicológicos de B. y A. Morcón, practicados por la Lic. Samper, y a fs. 54/55vta. obra informe social.

4)_____Declaraciones de la Sra. Carina Verónica Ojeda y de M.A.M. durante la Instrucción, de fs. 142/144 y fs. 145/146vta., respectivamente.

5)_____Declaración de fs. 147/152 vta. de la Sra. B.T.M.

6)_____ Informes psicológicos de fs. 3 practicado a M.A. a la edad de 9 años en el ámbito escolar por la Lic. MARCELA A. SABER; de fs. 39 practicado por la Lic. MARIA GLADYS SAMPER en Agosto del año 2007 a la menor B. Morcón; de fs. 291 informe psicológico de CARINA VERONICA OJEDA, y a fs. 292/293vta., el informe de B.T.M.

7)_____Informe de Cámara Gesell del menor Javier Morcón de fs. 296 y del OFR 11219/5 de fecha 05/09/16.

8)_____Copias de Historia Clínica del Hospital de Salud Mental de fs. 388/390 y de fs. 298/300 de B.T.M.

9)_____Informe psicológico del imputado de fs. 375.

B) Declaraciones testimoniales: 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 (Constancias de Secretaría de fecha 14/04/2020), destaco las siguientes:

1) **B.T.M.** declaró que su calvario comenzó el mismo día en que cumplió 8 años el 17 de febrero, ya que ese día su papá le pidió que lo acompañara a buscar leña al campo que se encuentra a pocas cuadras del domicilio de B° 123 Viviendas. Que él le dijo que ambos iban a tener un secreto, y que a partir de ese momento todo iba a cambiar, ya que él la iba a empezar a quererla ya que antes no lo hacía porque decía que ella no era su hija. Que luego de eso, en ese lugar, se bajó los pantalones y le mostró sus genitales. Señaló que ese fue solo el comienzo ya que luego empezó a darle

besos metiéndole la lengua en la boca. Refirió que todo eso le causaba asco y que ella no entendía si eso que hacía su padre estaba bien o mal y que recién entendió que todo estaba mal cuando vio que los papas de sus amigas no les daban besos en la boca. Agrega que esto ocurría todo el tiempo en la casa, que él buscaba que estuvieran solos o cuando su mamá estaba dormida. Que otras veces su papá se metía en su cama y que si ella se negaba le decía que no la iba a querer más. También declaró sobre el hecho que se produjo el día en que fueron a acampar a La Florida y manifiesta “ese día me violó”, refirió que, ese día le hizo doler que la tocaba con la uña pero que en un momento él se puso encima de ella. Que recuerda ese momento porque vino un señor y me dijo ¿Qué te pasa chiquita?, ya que ella estaba llorando y que su papá le dijo que lloraba porque se quería ir con su madre. Declaró que le ardía, que fue a hacer pis y vio que tenía sangre y por eso tiró la bombacha. Señaló que otra vez él quiso que le besara el miembro, que eso le dio asco y que tenía un olor feo, porque era un hombre cochino y que como ella se negaba le abrió la boca y le separó los dientes. Agregó que un día, se peleó con su hermana porque quería que M. la apoyara, ya que de esa forma la iba a hacer más fuerte y que la hermana le contestó que a ella le había pasado lo mismo y que no podía poner en palabras lo que le había pasado y que si algún día hablaba era por ella, que si no se moría con eso adentro. Expresó que tuvo muchos intentos de suicidio, y luego tuvo internaciones en el Hospital de Salud Mental por esas razones y porque estaba muy violenta y tomaba mucho, tan es así que un día le pegó a una amiga porque le había perdido el celular. Indicó que la atendieron en el Centro de Asistencia a la Víctima y que eso era muy reiterativo porque todo el tiempo le preguntaban que le había pasado y que le había hecho. Señaló que su padre la tocaba todo el tiempo, cuando su mamá no estaba, cuando se iba a dormir, cuando iba a la cocina, y que lo hacía todos los días y que recién cesaron cuando ella tuvo 14 años.

2) La madre de las adolescentes, Sra. Carina Verónica Ojeda, declaró en el debate que tomó conocimiento de lo que ocurría cuando una vez que habían ido al dentista, al regresar a su casa, su

hijo de 3 o 4 años estaba llorando y al preguntarle que le pasaba esté le dijo “el papi me tocó el pitito y me hace doler”. Que al preguntarle a su marido sobre lo que había pasado con su hijo, él se enojó y salió de la casa. Que en ese momento su hija mayor – en referencia a B.T., le preguntó ¿Qué le pasa al loco este?, en referencia a Morcón. Que al contestarle ella sobre lo del nene más chico, T. empezó a decir “el me cagó la vida a mí, no se la va a cagar a mis hermanos”. Allí ella le contó que cuando estaban en el Barrio 123 Viviendas, él le daba besos y la tocaba. Que luego le fue diciendo las cosas pero de a poco y no de una sola vez. Agregó que con un gesto le indicó cómo la besaba, señalando que abría la boca y sacaba la lengua. Que al rato Morcón volvió a la casa y allí ella lo increpó en relación a lo que le había contado su hija, que él se enojó, negó todo y la insultó.

3) M.A.M. declaró que no sabía la edad en la que su padre empezó a abusar de ella, que cree que habría tenido siete años cuando todo empezó. Que no tiene noción del tiempo. Dice que cerraba los ojos y miraba para otro lado. Que él la manoseaba. Agregó que ello actualmente le ha generado múltiples problemas y que ello ocurrió en la habitación que compartía con su hermana. Que los horarios variaban, ya que a veces lo hacía de día y otras de noche, pero que ello ocurría casi todos los días. Que cuando eso ocurría su mamá no estaba, ni tampoco su hermana y que a veces lo hacía cuando B. dormía. Que le tocaba los pechos o la vagina pero que después de un tiempo él la violó. Refirió que su padre se le metía en la cama, y le tocaba las partes íntimas, que hasta el día de hoy sufre y no le gusta que la toquen. Que en ese momento cerraba los ojos y decidió no recordar. Que no sabe cuánto tiempo habrá pasado, ni la edad que tenía, ya que sólo tenía imágenes y sensaciones, que sólo recordaba el dolor, que se estaba desgarrando por dentro. Agrega que recordaba que él le respiraba en la nuca y le decía cosas al oído, pero no sabe qué le decía. Que él le bajaba la ropa y se frotaba sobre ella, que eso era algo asqueroso.

También son importantes las declaraciones de las familiares **Nelly Judith Velazquez** y **Nelly Velazque**, tía y prima de las menores,

respectivamente. Nelly Judith Velazquez Velazque, declaró que cuando eran chicas era muy cercana a su prima B., y que ella una vez le contó que su papá le había dado dinero para que no contara lo que hacían y que le daba besos en la boca. También se refirió a que tenía actitudes muy raras sobre su sexualidad y que era poco pudorosa en ese aspecto. Luego hizo referencia a un evento que le llamó la atención ocurrido en el aeropuerto cuando B. tomó una banana y se la llevó a la boca haciendo el gesto de introducírsela en la boca con una connotación sexual en ello. Por otra parte declaró que B. hablaba de su padre cómo si fuese un hombre y no su papá ya que decía “Mi papá la tiene re grande”. En igual sentido, la tía de T., Nelly Judith Velazque, refirió lo mismo que su hija Nelly Judith, que esta última le había contado que Morcón besaba a B. en la boca, y que ello ocurría desde que tenía 7 u 8 años y señaló que Morcón y Ojeda convivían desde que B. tenía un año y que habían pasado por varios domicilios.

Los profesionales que declararon en la audiencia de debate fueron categóricos y coincidentes en señalar que las adolescentes presentaban indicadores de traumas referidos a la esfera sexual en temprana edad, que no fabulaban y que las secuelas psicológicas de esos traumas perduran hasta la actualidad.

Con relación a B.T.M., el **licenciado Jorge Rodríguez**, ratificó su informe psicológico obrante a fs. 292/293 de fecha 04/08/16, señalando que a B. le preocupaba que sus hermanos le estuviese pasando lo mismo que a ella y que por eso se animó a contar lo que le estaba ocurriendo cuando escuchó un día, al volver del dentista, que su hermano menor Esteban Javier le contó a su mamá que su padre la había hecho doler el pitito.

La **licenciada Graciela Vuanello**, quien atendió a B. y a su grupo familiar declaró que ella estaba atravesando un stress post traumático por el abuso sexual que había sufrido desde los 8 hasta los 14 años. Expresó que B. pasó por todas las etapas que Ronald Summit entiende pasa un niño víctima de abuso sexual, ya que la primera es la etapa del “secreto”, donde su padre le dijo que iban a tener un secreto, que se trata de un juego y que si le

contaba a alguien nadie le iba a creer ya que él era su padre, luego apareció la etapa de la “confusión”, la cual la profesional la advirtió cuando el padre le negó que fuera su padre biológico y le decía que no la quería, pero cuando la abusaba le decía que si la quería. Y por último señaló que también en este caso concreto apareció la etapa de la “culpa”, cuando B. sintió que por su culpa sus hermanos se habían visto involucrados en la misma situación, por no haber contado antes.

El **testigo Walter Agüero**, compañero de pesca y amigo de Morcón, quien relató en el juicio que una vez que fueron a pescar se encontraron en el murallón de La Florida. Que le llamó la atención que él estuviese allí con su hija B., ya que no era común que fuera con su familia. Que cree que ella tenía entre 6 y 8 años porque le llegaba a la cintura. Que esa noche la vio llorando y que ella le agarró la pierna, lo cual le llamó la atención pero que Javier le dijo que estaba así porque la hija extrañaba a la madre. Luego se pusieron a armar la carpa y ella seguía llorando. Que luego se fueron a la carpa y pasada como una o dos horas Javier le dijo que su hija se había quedado dormida. Agregó que en esa época no había nadie en el lugar porque donde ellos estaban no estaba habilitado para que hubiese gente.

Con relación a M. Morcón, la **Lic. Miriam Martínez** refirió ante el Tribunal que M. Morcón presentaba antecedentes de intentos de suicidio, que tenía una conducta autodestructiva, con varias internaciones por este motivo. Además que tenía una personalidad “límite o borderline”, con inestabilidad afectiva y emocional, lo que le generaba severas dificultades en las relaciones interpersonales y conflictos intrapsíquicos que le producían sufrimiento y ponían en riesgo su calidad de vida. Por otra parte señala que M. le relató que tenía pocos recuerdos de su infancia “tengo imágenes, sensaciones, pero no recuerdos”.

El informe de la Historia Clínica efectuado por el Hospital de Salud Mental de la Provincia de San Luis (de fs. 388/390 de autos) y que fuera ratificado por la profesional durante su testimonio en el juicio. Agregando la deponente, que la paciente presentaba rasgos esquizofrénicos y autistas, con

dificultad para el aprendizaje, y que todo ello no le permitía dormir bien, ni tener un trabajo. Sostiene la licenciada que todo es producto de algo que le pasó en su historia personal y que derivaron en los intentos de suicidio.

La licenciada Graciela Vuanelo declaró que M.A. utiliza la negación, ya que le costó escindir la figura del padre protector del padre agresor y pedirle que hablara sobre lo que le ocurrió podría llevarla a una situación alienante, similar diagnóstico efectuó la psicóloga Ana Scanferlatto, quien declaró que M. presentaba un bloqueo mental, ya que no recordaba nada de lo que le pasó. En igual sentido la licenciada Marisa Samper, declaró que vio a A. en el Juzgado de Familia, cuando aún no se había implementado la Cámara Gesell, y que ella no quería saber nada con contar lo que le había pasado, que se desbordaba y lloraba, que no podía hablar, estaba en una etapa de negación. Que los dibujos que hizo eran ojos sin pupilas porque no toleraba ver.

Este Alto Cuerpo ha sostenido en reiterados precedentes que en este tipo de delitos, denominados *intra muros*, en los que no hay prueba directa de los hechos de abuso sexual, ya que ocurren en ámbitos íntimos lejos de la mirada de eventuales testigos, situación que es buscada y aprovechada por el abusador, debe admitirse la prueba indirecta de indicios y presunciones.

De la prueba rendida en la audiencia de debate, como así también la documental rendida en la Instrucción incorporada por su lectura, 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.

Así, se ha sostenido que: *“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).

Los indicios deben ser sopesados bajo un criterio de amplitud probatoria, para que estos delitos no queden impunes. A tal fin, debe valorarse la declaración de la víctima, que por si sola no alcanzará para arribar a la certeza para condenar a la persona acusada y será necesario la incorporación de indicios relevantes, los cuales se podrán desprender de los propios dichos de la víctima como ser: circunstancias de modo tiempo y lugar que rodearon al hecho, verosimilitud del relato narrado por la víctima – fiabilidad, seguridad en la narración, ausencia de contradicciones inalterabilidad del relato a lo largo del tiempo, expresiones de angustia acordes con la dolorosa experiencia vivida-, etc. También para dar certidumbre al relato de la víctima, se valorarán otros indicios, como los testimonios de personas que hubiesen apreciado el estado de congoja de la damnificada, o de personas con la que ésta hubiere comentado los sucesos acontecidos, etc. Las periciales psicológicas de la víctima y del imputado son sumamente valiosas dado que resultan a menudo determinantes para complementar las restantes pruebas colectadas. (<https://infojus.com.ar/noticias/la-prueba-en-los-delitos-sexuales> por Ab. Esp. Facundo Pérez Lloveras, acceso 22/09/2020).

La amplitud probatoria y la flexibilidad interpretativa deben enmarcarse en la sana crítica racional, como forma de apreciar la prueba en los

delitos contra la integridad sexual. Deberá tenerse en cuenta principalmente, que solo una visión panóptica o integral de la prueba obtenida y no una consideración fragmentaria y aislada de la misma, permitirán arribar al estado de certeza que se requiere para llegar a la convicción sincera del Juzgador. (*Aspectos probatorios en los delitos contra la integridad sexual*, por SERGIO MANUEL TERRÓN, en <http://www.saij.gob.ar/sergio-manuel-terr-n-aspectos-probatorios-delitos-contra-integridad-sexual-dacf120029-2012-04-20/123456789-0abc-defg9200-21fcanirtcod>, acceso 22/09/20).

Los agravios de la defensa referidos a la falta de acreditación del abuso sexual con acceso carnal de B.T.M., por ausencia de informe médico, como asimismo las supuestas contradicciones y arbitrariedad de la sentencia, con fundamento en que las pruebas rendidas no logran superar el estado de la duda razonable, deben ser rechazados ya que no logran conmover los sólidos fundamentos esgrimidos por Tribunal para tener por acreditada la materialidad de los hechos realizados por Javier Eduardo Morcón en perjuicio de sus hijas B.T. y M.A.M.

Por el contrario, el agravio referido a la insuficiencia probatoria encuentra respuesta en la numerosa prueba recolectada durante la instrucción y el plenario, que describimos en los párrafos anteriores. En efecto, los indicios valorados de manera global y conjunta, y de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, permiten arribar a un estado de certeza respecto de la efectiva responsabilidad del imputado por los hechos que le fueran endilgados, con la contundencia necesaria que permite descartar la duda al respecto. En el curso de estas operaciones lógicas, debe tenerse especial cuidado en extremar los recaudos a fin de valorar a los indicios metódicamente, con agudeza de observación, rigor y la más absoluta corrección técnica a fin de superar el riesgo de llegar a meras aproximaciones. En esta tarea es menester identificar la existencia en el caso de contraindicios, esto es de pruebas que se opongan a los indicios y que, por ende, conduzcan a resultados diversos. Por ello, suele exigirse que los indicios sean **graves, precisos, concordantes, de modo que sean convincentes, resistentes a las objeciones,**

unívocos y que no contrasten entre sí ni con otros datos ciertos. (CNCP, Sala I, 31/05/2007, "De Luca, Juan C. y otros s/Recurso de casación", Causa 7764, reg. 10528.1. Jueces: Madueño, Rodríguez Basavilbaso y Catucci, en <http://suscriptores.rubinzal.com.ar/jurisprudencia/busador>, acceso 01/04/19).

Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que: *“Se rechaza el recurso de casación planteado por la defensa contra la sentencia que condenó al imputado en orden al delito de abuso sexual sin acceso carnal agravado por la situación de convivencia continuado y abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia continuado en concurso real, pues se desestima el agravio de la recurrente referido a la arbitrariedad en la valoración de los hechos, en tanto la recurrente parte de considerar la versión de su asistido y luego descalifica el pronunciamiento por asentarse exclusivamente en la narración de la víctima, quien ha mantenido el núcleo central de los hechos narrados a través de los años, y el informe de la psicóloga interviniente, señalando que el mismo resultaba ambiguo y que no podría inferirse del mismo la existencia del hecho punible endilgado, de modo que, la mera declamación es insuficiente para desvirtuar un informe técnico, cuando el mismo surge luego del relato de la menor a tenor del art. 227 ter, CPP de Formosa, y es complementado con los demás elementos de cargo mencionados, toda vez que, existe una testigo presencial de los hechos...”* (Gamarra, Enrique s. Abuso sexual con acceso carnal agravado por la situación de convivencia - Continuado /// Superior Tribunal de Justicia, Formosa; 21-jun-2016; Rubinzal Online; RC J 4956/16, en <http://www.rubinzalonline.com.ar/index.php?m=jurisprudencia&c=jurisprudencia&a=jurisprudencia>, acceso 02/02/17).

También debemos 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. Aquí los abusos comenzaron cuando B.T. tenía 8 años y

M.A., 7 años. Los testimonios de los profesionales psicólogos que depusieron en el debate oral son ilustrativos de las graves secuelas psicológicas que los abusos dejaron en las jóvenes, hasta el día de hoy.

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).

Con respecto al agravio referido a la pena impuesta (veinte años de prisión) la defensa expresa que la misma es altísima, y que se ha valorado en forma arbitraria la agravante referido a “la extensión del daño causado al entorno familiar”, ya que es una circunstancia atípica del delito no prevista por el legislador.

Los arts. 40 y 41 del C. Penal establecen las pautas de mensuración de la pena, siempre que esta sea divisible en razón del tiempo (reclusión, prisión e inhabilitación) o en razón de la cantidad (multa).

La individualización judicial de la pena es la que hace el juez en la sentencia condenatoria, fijando dentro del marco de la pena individualizada en forma general por el legislador, la que, con arreglo a las modalidades objetivas y subjetivas del delito cometido, debe sufrir el condenado. (NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4º ed. act., Marcos Lerner, Córdoba, 1999, pág. 285, citado por HORACIO DIAS, *Código Penal de la Nación Argentina*, 1º ed. Revisada Santa Fe, Rubinzal Culzoni 2018, pág. 235).

También se ha dicho que, para la valoración de las consecuencias materiales del hecho y el grado de afectación del bien jurídico libertad sexual o autodeterminación sexual, cabe considerar la extensión del daño causado, cuya impronta fue dejada no sólo en el cuerpo de las víctimas sino en su ámbito espiritual, en su flanco de dignidad sexual como reconocimiento de dignidad personal. A guisa de ello, desde una cosmovisión de la filosofía antropológica, la víctima debe considerarse como un ser que piensa, siente, experimenta y actúa en distintos planos, según los standards de la sociedad en determinado tiempo y lugar, a la cual se le debe el respeto a la libertad de elaborar su propio plan de vida sexual. El desprecio por parte del autor por la libertad sexual de su prójimo es la clave y el punto sobre el cual se construye la esencia conceptual de la ilicitud en que incurrió el acusado y fundamenta la agravación de la pena contenida en el art. 41 del Código Penal. Por ello, los parámetros seleccionados para arribar a la pena aplicada referidos en el art. 41 del Código Penal, se considera como agravantes la extensión del daño causado. (L. J. A. s. Averiguación de abuso sexual - Robo calificado – Lesiones - Violación de domicilio. CC Nº 1, San Luis, San Luis; 28/04/2010; Sumarios Oficiales Poder Judicial de San Luis; RC J 1759/13, en <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/busqueda/busqueda/resultadojurisbd/>, acceso 01/04/19).

Con respecto a la extensión del daño causado a las adolescentes B.T. y M.A.M., los informes psicológicos obrantes en el sumario y los testimonios de los profesionales psicólogos que declararon en el debate son contundentes y precisos en cuanto a los daños causados a las mismas, incluso en el caso de M.A., las graves secuelas referidas a los intentos de suicidio.

Respecto del resto de los integrantes del grupo familiar, el daño se ha extendido causado a los mismos: la madre de las menores, Sra. Carona Verónica Ojeda declaró en el debate, y respecto del hermanito menor J.M., su declaración pudo ser apreciada en la reproducción de la audiencia en Cámara Gesell. El niño fue testigo de los sufrimientos de sus hermanas mayores y se le impuso una conducta de adulto para poder afrontar esas

circunstancias. Es decir que el accionar del padre de familia no solo perjudicó a sus hijas mujeres sino que también tuvo efectos dañinos para los otros integrantes de la familia.

A lo que debe agregarse que la República Argentina ha suscripto la **Convención de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, aprobada por Ley N° 23.849**, con jerarquía constitucional (inc. 22, art. 75, Constitución Nacional), la que establece mecanismos de protección especial en materia de derechos contra el abuso sexual en su **artículo 19** y tal inclusión específica de los delitos sexuales en el texto de la Convención, así como su existencia implícita en lo que refiere a cualquier tipo de violencia, demuestra la importancia en la prevención y protección de los niños, niñas y adolescentes frente a delitos cuyas nocivas consecuencias, por su naturaleza, generalmente son, cuando no irreparables, duraderas en el tiempo e impiden un normal desarrollo actual y futuro.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que las obligaciones que el Estado ha asumido mediante los tratados, deben ser por él cumplidas teniendo en cuenta el interés superior del niño, que constituye también un principio jurídico interpretativo fundamental de carácter especial, pues si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que mejor satisfaga el interés superior del niño.

También es importante y aplicable al caso la Convención de Belem do Pará, por la que el Estado ha asumido internacionalmente la obligación de condenar todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia sexual, debiendo actuar con la debida diligencia para su prevención, investigación y sanción (inc. b, art. 7, Convención de Belén Do Pará, aprobada por Ley 24632 - de rango supralegal).

Así, se ha dicho que ante el cambio de paradigma operado a partir de la incorporación de once instrumentos de derechos humanos en virtud de la reforma constitucional de 1994, toda violencia contra las mujeres es considerada violación de los derechos humanos.

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

Por ello, VOTO a estas TERCERA y CUARTA CUESTIÓN, por la NEGATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ comparten lo expresado por la Sra. Ministro Dra. CECILIA CHADA y votan en igual sentido a estas **SEGUNDA y TERCERA CUESTIÓN.**

A LA CUARTA CUESTIÓN, la Dra. CECILIA CHADA, dijo: Que en consecuencia, de conformidad a lo resuelto en las cuestiones anteriores, corresponde el rechazo del recurso de casación interpuesto por la defensa de Javier Eduardo Morcón. ASÍ LO VOTO.

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

A LA QUINTA CUESTIÓN, la Dra. CECILIA CHADA, dijo: Costas al recurrente vencido. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON y JORGE OMAR FERNÁNDEZ comparten lo expresado por la Sra. Ministro Dra. CECILIA CHADA 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, nueve de junio de dos mil veintiuno.

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

II) Costas al recurrente vencido.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.

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

No firma la Dra. ANDREA CAROLINA MONTE RISO, por encontrarse excusada, ni la Dra. DIANA MARÍA BERNAL, por encontrarse en uso de licencia.