

STJSL-S.J. – S.D. N° 132/21.-

--En la Provincia de San Luis, a treinta días del mes de agosto de dos mil veintiuno, se reúnen en Audiencia Pública los Señores Ministros, Dres. JORGE ALBERTO LEVINGSTON, ANDREA CAROLINA MONTE RISO, JORGE OMAR FERNÁNDEZ, DIANA MARÍA BERNAL y CECILIA CHADA – Miembros del SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, para dictar sentencia en los autos: ***“INCIDENTE RECURSO DE CASACIÓN: MEDERO LUCÍA ALEXANDRA (DTE) - AV. ABUSO SEXUAL”*** - IURIX INC N° 240052/2.

Conforme al sorteo practicado oportunamente, con arreglo a lo que dispone el artículo 268 del Código Procesal, Civil y Comercial, se procede a la votación en el siguiente orden: Dres. CECILIA CHADA, JORGE OMAR FERNÁNDEZ, DIANA MARÍA BERNAL, ANDREA CAROLINA MONTE RISO y JORGE ALBERTO LEVINGSTON.

Las cuestiones formuladas y sometidas a decisión son:

I) ¿Es formalmente procedente el Recurso de Casación interpuesto por la Defensa del imputado?

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) Que en fecha 12/08/2020, por ESCEXT N° 14483646, el Defensor Oficial de Cámara, en los autos principales: **"MEDERO LUCIA ALEXANDRA (DTE) - AV. ABUSO SEXUAL" PEX 240052/18** interpone recurso de Casación, contra la Sentencia Definitiva integrada por el Veredicto de fecha 03/07/2020 (actuación N° 14309894) y sus fundamentos de fecha 07/08/2020 (actuación N° 14444504), dictada por la Excma. Cámara en lo Penal N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, que resolvió: ***“DECLARAR CULPABLE a JOSE***

*LUIS MARIN, D.N.I. N° 30.754.555, de datos y demás circunstancias personales obrantes en autos, como autor material y penalmente responsable del delito de ESTUPRO (art.120 en relación al art. 45, ambos del Código Penal) y **CONDENARLO a cumplir la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS PROCESALES, disponiendo su alojamiento en dependencias del Servicio Penitenciario Provincial***”.

Los fundamentos lucen agregados en el presente incidente en fecha 24/08/2020 (ESCEXT N° 14559429).

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

Analizadas las constancias de la causa, se observa que el recurso ha sido interpuesto y fundado en término, se ataca una sentencia definitiva dictada en Juicio Oral, encontrándose el recurrente exento del depósito establecido conforme al art. 431 del Código Procesal Criminal, lo que conlleva la admisibilidad formal del recurso incoado.

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

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

Los Señores Ministros, Dres. JORGE OMAR FERNÁNDEZ, DIANA MARÍA BERNAL, ANDREA CAROLINA MONTE RISO y JORGE ALBERTO LEVINGSTON 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: Luego de referirse al cumplimiento de los recaudos formales y a la doctrina del más Alto Tribunal de la Nación en el fallo “Casal”, aclara que

la finalidad del presente recurso es cuestionar el monto de la pena dictada en el debate oral, no teniendo por objeto cuestionar la declaración de responsabilidad ni la calificación legal atribuida. Como único agravio, refiere a la falta de fundamentación en la determinación judicial de la pena, a la doble valoración y su desproporcionalidad. Expresa que a pesar del cambio de calificación -estupro- el Tribunal de Juicio impuso la pena de CINCO AÑOS DE PRISION, sin realizar una adecuada valoración en torno a la mensuración de la pena.

Manifiesta que tal cual surge del tenor literal de la sentencia, la misma se ha limitado a señalar como circunstancia atenuante la falta de antecedentes, y como agravante **el quebrantamiento de la confianza familiar**, transcribiendo un párrafo de la sentencia, al que nos remitimos *brevitatis causae*, generando en consecuencia agravio al derecho de defensa, al imponer una pena que se reputa desproporcionada con las circunstancias de autos y las calificaciones legales endilgadas.

Destaca que resulta necesario aclarar y dejar debida constancia que el hoy condenado Marín, no tiene ni tenía ningún tipo de relación con la familia de la menor víctima, por ende el mismo no ha destruido confianza alguna.

Señala que la Excma. Cámara se aparta de las normas de mensuración de la pena al utilizar como agravante un elemento no contemplado por la norma, como es la violación de la confianza dada por la familia, confianza no en relación al imputado (dado que la familia de la niña NO conocía a Marín), sino que pareciera que se refiere a la confianza de los padres en relación a su hija.

Alega que, teniendo en cuenta que el mínimo legal aplicable es de tres años y que el máximo es seis años, se advierte que la Excma. Cámara utilizando un elemento de agravación de la pena improcedente, aplica una pena desproporcionada, lo que solicita tenga especialmente en cuenta al momento de mensurar la pena.

Con relación a la DETERMINACIÓN DE LA PENA – FUNDAMENTACIÓN CONTRADICTORIA, refiere que el Sr. JOSE LUIS MARIN, ha sido condenado en los términos del art. 120 del Código Penal, resultando conforme la figura en cuestión y lo sentenciado por la Cámara Penal N° 2 que se excluía la aplicación de la figura solicitada por la Fiscalía de Cámara, dado que el acusado creyó que la niña tenía más de 13 años, descartando la aplicación del art. 119 por falta de dolo.

Considera que es correcto lo señalado por el Tribunal al momento de excluir la aplicación del art. 119 del C. P., es decir, excluir la figura más gravosa, dado que el condenado no conoció la edad de la víctima, es decir actuó SIN DOLO y ante tal razonamiento se pregunta entonces si es posible atribuirle las supuestas consecuencias del hecho, ello para aumentar el monto de la pena, a pesar de no conocer los elementos del tipo, esto es la edad de la víctima.

Concluye sosteniendo que lo denominado por el Tribunal de juicio como “quebrantamiento de la confianza familiar”, más allá de no ser una pauta aumentativa de la pena conforme las circunstancias de la causa, de ningún modo puede “facturarse” tal punto a quien desconocía lo que estaba haciendo, debiendo tal extremo bajar el monto de la condena o por el contrario no posibilitar el aumento de la misma de manera significativa, ello tal como ha sucedido en la presente, que se ha elevado la pena 2 años por encima del mínimo, ello a pesar de la inexistencia de circunstancias agravantes computables. Hace reserva de recurso extraordinario federal.

2) Traslado a la contraparte: En fecha 10/09/2020, por actuación N° 14703025, contesta traslado el Sr. Fiscal de Cámara, quien sostiene que el recurso debe rechazarse, y ratifica todos los extremos de la imputación respecto a las cuestiones de hecho y derecho, vertidos en oportunidad de haber producido alegatos en el debate oral, los que se encuentran integrado en el acta de debate, solicitando se tengan por reproducidos aquí, en homenaje a la brevedad y a sus efectos.

3) Dictamen del Sr. Procurador General Subrogante: En fecha 24/09/2020 (actuación N° 14802566) dictamina el Sr. Procurador General Subrogante de la Provincia, quien opina: “...*que el Recurso del Sr. Defensor pretende fundarse en la mera discrepancia con la falta de fundamentación en la determinación judicial de la pena y doble valoración, argumentando desproporcionalidad de la misma pero no logra demostrar notorios apartamientos de la regla de la sana crítica y de la lógica que conmuevan la sentencia*”, por lo que considera que el recurso de casación debe ser rechazado.

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

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

La Corte remarcó que la norma procesal que regula el recurso de casación (arts. 456 en la Nación, arts. 428/429 Cód. Proc. Crim. Provincial), no restringe el alcance de la casación entendida de este modo sino que había sido interpretada restrictivamente -y por ende de modo

inconstitucional-, y por ello no declaró su inconstitucionalidad sino que estableció cual era el criterio con que debe ser interpretada.

5) Sentado lo anterior, considero que la sentencia condenatoria se encuentra debidamente motivada y fundada en las pruebas rendidas durante el debate y demás constancias de la causa, valoradas de acuerdo a las reglas de la sana crítica, la lógica y la experiencia.

Destaco que no se encuentra discutido el hecho en su exteriorización material ni la autoría penalmente responsable de José Luis Marín en el injusto en trato, ni la calificación legal atribuida, quedando fijado el marco de discusión relativo al monto de la pena, amén de ello, realizaré las siguientes consideraciones en relación al hecho investigado:

Ahora bien, en el fallo, se tuvo por probado que: *“En el contexto indicado, la materialidad de la existencia del hecho de abuso en perjuicio de (K.A.L.) resulta acreditado con el grado de certeza que ésta instancia requiere y en tal inteligencia debo manifestar que surgen elementos de prueba, que abonan la existencia objetiva de actos de abuso sexual sobre ella.*

Se objetiviza lo que la víctima ha relatado en la Cámara Gesell, en relación y consonancia con el resto del material probatorio analizado. De esta forma, corresponde tener por acreditada la existencia de hechos de abuso sexual sufridos por (K.A.). Como se analizará de seguido, sucede lo mismo con respecto a la determinación de la autoría de MARIN, surgiendo la misma no solo de las manifestaciones de la víctima en Cámara Gesell, y del testimonio sobre los mismos dichos, que hacen los progenitores, cuyos testimonios fueron incorporados por su lectura, con anuencia de partes; como asimismo por los dichos en el debate de la testigo SANDRA VALERIA GUTIERREZ- vecina del domicilio, sin que surjan otros elementos objetivos distintos a la Cámara Gesell.

Los hechos, en su descripción básica, han quedado suficientemente acreditados tal como lo sostiene la requisitoria, con los elementos de prueba incorporados al juicio, pues los mismos aportan

conclusiones respecto de la autoría, que trasunta los niveles de certeza que se exige en esta instancia del juicio.”

Las pruebas rendidas durante el debate oral, cuyo video grabación obra en actuación N° 14541026, 14541420, 14541586 y 14541706 de fecha 20/08/2020 y que fue reproducido en esta instancia casatoria, a lo que se aduna la prueba documental incorporada al debate por su lectura con el acuerdo de las partes, permiten arribar al estado de certeza necesario sobre la existencia del hecho que damnificara a K.A.L., y la autoría del imputado del delito de estupro (Art. 120 en relación al art. 45 del C.P.).

Enunciaré a continuación las evidencias que considero más importantes, y que dan sustento a la calificación legal escogida por el Tribunal de Juicio:

1) Denuncia realizada por la madre de la menor, Sra. Lucia Alexandra Medero. En fecha 20/02/19 (actuación N° 10959367) ratifica la denuncia de fs. 1/2 y 27/11/18 (actuación N° 10542609), fecha en que hace entrega voluntaria de la ropa que vestía su hija menor al momento del hecho que denuncia y consisten en: caja 1 pequeña contiene una bombacha de color beige; Caja 2 contiene corpiño deportivo gris oscuro; caja 3 contiene calza de color negra; caja 4 contiene una remera negra, material que pone a disposición del Juzgado. Declaró ante la pregunta de cómo tomo conocimiento del hecho, que: *“... porque cuando la niña salió a comprar, se fue a comprar dos veces, fui y volvió, primero con la hermanita como a las 20 horas, vuelve y había traído dos chupetines y como son tres ellas, se volvió a comprar uno más, pasaron como 15 o 20 minutos y no volvía, sale mi marido a buscarla, va hasta el negocio que queda a la vuelta de la casa y no estaba la niña ahí, entonces se vuelve a mi casa y me dice que no estaba en el negocio, y comenzamos a llamarla por teléfono y no contestaba, hasta que cuando pudo hablar fue porque ella llama y contesta mi hija mas chiquita y dice “papi es la K.” y le paso con mi marido, cuando le preguntamos donde estaba, contesta dudando que estaba en la casa de Franco que es un nene que vive a la vuelta de la casa, nosotros le dijimos que no que papa ya había ido a buscarla y no estaba, mi*

marido vuelve a salir a buscar ve que el perro del vecino que siempre le damos de comer estaba en la puerta de la casa de Tomas, otro nene, mi marido toca varias veces el timbre y no lo atiende nadie estaban las luces apagadas, mi marido se vuelve a mi casa, y yo me pongo un pantalón y salgo a la calle y me voy hasta la casa de Tomas y sale el nene y le pregunto si estaba K. a lo que me responde que no y que no había ido nadie, le vuelvo a preguntar y me dijo que no y se reía el nene, ese nene sabia jugar con mi hija afuera en la calle con otra nena, me vuelvo a mi casa y cuando estoy llegando viene K. corriendo y entra por el fondo de mi casa, ella me gana a mi entra a mi casa primero, se mete al baño y cierra la puerta, y no me quería abrir la puerta, cuando logro que abriera la puerta luego de un rato ella estaba llorando, y sentada en el suelo porque había vomitado, y le pregunto que le había pasado y solo lloraba y no me contestaba, y le pedía que me dijera la verdad de donde había estado porque en la casa de Franco no estabas, papá te fue a buscar y vos no estabas, ella lloraba y le decía "estabas en la casa de Tomas, el hermano de él te hizo algo" y no me decía nada, y le dije que iba a ir a la casa de Tomas a ver qué pasaba y ahí se me colgaba de los pies y me pedía por favor que no fuera, a todo esto se tiro en el piso del pasillo, y mi marido me dijo que llamara a la policía porque ella no quería hablar, ahí llamamos a la policía, cuando vino la policía no quiso hablar con los oficiales hasta que llego una psicóloga que se presento en mi casa, la psicóloga entro y hablo con ella, cuando se fue la psicóloga ahí hable con mi hija y me dijo que el hermano de Tomas le había dicho que pasara que iban a hablar ella lo tiene como hermano pero ahora nos enteramos que es el papá o el padrastro, que ella estaba en la puerta y que le dijo, "pasa ahí esta Tomas" y Tomas no estaba en el comedor, dijo que habían empezado a charlar y ahí no se qué paso la agarro y la empezó a besar ella atino a salir por la puerta de atrás de la lavandería, y que ahí la agarro más fuerte y le bajo los pantalones, dijo que estaba todo oscuro y que lo notaba como desesperado, ahí la penetro, y que no sabe si la subió arriba de una mesada o de un lavarropas, y me conto que cuando él estaba ahí con mi hija había sido cuando mi marido la había ido a buscar, porque le dijo que se

callara y no dijera nada porque afuera estaba el padre, ahí le dijo que se fuera, y que no dijera nada y le dijo que si quería volver que volviera los miércoles que la esposa no estaba, ahí es cuando nos dimos cuenta que no era el hermano de Tomas, sino el papá o el padrastro. Anteriormente había pasado algo, una vez otra nena que había en el barrio dijo que estaban jugando y que cuando fue a comprar iban dos nenas ella y mi vecina, la llaman por la ventana Tomas y que hablaban ahí por a través de la ventana y que la nena metía los dedos por la persiana y que no sabemos si fue Tomas o el hombre que le chupaba los dedos, y que alguien le dijo “mete la lengua” y que alguien le chupo la lengua a la otra nena que estaba con mi hija, anterior a esto mi hija me había contado que el hermano de afuera estaban charlando y que el hermano de Tomas le había dado un piquito, esto me lo había contado hace mucho hace como 3 meses atrás como picardía de niños, siempre que hablaban esta Tomas en el medio. PARA QUE DIGA CUANTOS AÑOS TIENE TOMAS, RESPONDE Que tiene unos 11 o 12 años y el supuesto hermano de Tomas tenía 18 años por lo que sabía K,... PARA QUE DIGA SI EL INGRESO DE LA CASA DE TOMAS ES POR EL FRENTE O POR EL FONDO, RESPONDE Que por el frente, es mas mi marido me dijo que cuando fue a golpear la casa los vecinos apagaron la música y se quedaron callados, ninguno le dijo que adentro estaba la nena, ahí fue cuando él le dijo a mi hija que se quedara callada porque estaba el padre,...”.

2) Informe Médico Legal, realizado por los Dres. Patricia Liliana Gallardo y Darío Villaroel, que obra en actuación N° 10558379 de fecha 29/11/18. Ambos profesionales le realizaron a la menor análisis externo, psicológico, físico, ginecológico y anal concluyendo que: *“De acuerdo a los datos obtenidos durante el examen médico legal y ginecológico, la perito medica actuante concluye que la joven (L.K.A.) ha presentado un desgarró con bordes congestivos en el himen, a nivel de hora siete (7), ocasionado por la introducción de un elemento duro y romo, símil miembro viril en erección o maniobra digital.*

Asimismo se observó la presencia de una equimosis en el antebrazo izquierdo. Los hisopados vaginales y los hisopados bucales serán enviados al laboratorio del área de Criminalística para su posterior peritación.

Se entrega la orden para que reciba del hospital el kit de Abuso sexual y la orden para la práctica de estudio serológico y de esta manera, descartar la presencia de enfermedades de transmisión sexual.”

3) Informe de Cámara Gesell, realizado por la Lic. Silvina Laura Fernández Grimberg, de fecha 29/11/18 (actuación N° 10564334), de la declaración de la menor, en el que con relación al contenido del relato expreso: *“a) Detalles explícitos de conductas sexuales: este ítem se encuentra presente cuando la evaluada dice: “...me empezó a besar, después me empezó a besar más fuerte, me bajó los pantalones y me s...me alzó y me levantó, me puso en la mesada...”; “...me metió el pene una sola vez en la vagina...”*

b) Presencia de diferentes episodios: este criterio se advierte ya que la evaluada hace referencia a dos situaciones diversas vivenciadas con el imputado.

c) Detalles colaterales: este criterio se encuentra presente cuando en referencia al día y horario aproximado en que habría ocurrido lo narrado, dice: “...el lunes, a la noche”; “...entre las nueve y las ocho de la noche...”.

d) Detalles colaterales- complicaciones inesperadas: este ítem se encuentra presente cuando expresa: “...cuando me estaba besando fuerte, me empezó a sonar el celular y no me dejó contestar...”; “...no me dejó ir y después tocó mi papá la puerta y ahí como que se asustó, no sé, y me dejó ir...”.

e) Detalles colaterales-detalles superfluos: este ítem se encuentra presente cuando señala: “... estaba yendo a comprar, pasé por ahí por la casa , me miró por la ventana, salió por la puerta de atrás, me dijo que íbamos a hablar y yo fui...”; “..siempre me sigue un perro y capaz que lo vió (se refiere a su padre) afuera de la casa y pensó que estaba ahí, en la casa del tipo...”.

f) *Detalles colaterales-descripción de la experiencia subjetiva: este ítem se observa cuando la púber dice: “yo le decía que parara y no paraba...”; “... me puse nerviosa y no pensé...”; “...estaba asustada...”. Concluye que el relato reúne criterios suficientes de credibilidad narrativa, observándose, en el mismo, indicadores de vivencias compatibles con abuso sexual.*

4) Informe psicológico, realizado a la víctima por la Lic. Silvina Laura Fernández Grimberg, de fecha 26/12/18 (actuación N° 10741472), en el que sugiere de modo urgente, la iniciación de tratamiento psicológico, a los efectos de la elaboración adecuada de lo vivenciado.

5) El padre de la víctima, Sr. Bruno Gastón Leal Ortubia, declaró: *“...Que mi hija la mandamos a comprar como a las 20 horas y fue primero con la hermanita y trajeron dos juguitos y faltaba unos mas para la otra hermana y ahí salió sola a comprar y se demoro más de 20 minutos o media hora no recuerdo bien, pero fue bastante y ahí comenzamos a buscarla la llamábamos por teléfono y no contestaba, yo salí para el lado del negocio y ahí no estaba, me volví para mi casa y de pasada vi un perro que vive al frente de la casa que siempre estaba con mis hijas estaba en la casa del tipo, llegue a mi casa y le dije a mi mujer que K. no estaba en el negocio pero que el perro estaba en la casa de Tomas y que me parecía raro, seguimos llamando y la niña no contestaba, me fui a la casa de Tomas, toque timbre y se veía todo apagado y no me abrieron, los vecinos del frente se quedaron callados como esperando que pasara algo, se ve que habían visto que había pasado algo, yo seguí tocando timbre y nada, pero el perro seguía ahí y el siempre anda con mi hija, me volví a mi casa le dije a mi señora que no sale nadie, y ahí me dice ella que K. le había contestado el teléfono y que estaba en la casa de Franco y salgo a buscarla, mi señora salió a la casa de Tomas y ahí ella toco timbre y la atendió el nene Tomas y que se reía y que le decía que no estaba y que no había ido nadie, ella se vuelve a la casa yo volvía también y cuando llegamos a casa había entrado K. por el fondo de la casa, ahí se encerró en el baño, la empezamos a hablara para que abriera, y mi señora le preguntaba si estaba en*

la casa de Tomas, y ella decía que no, y mi señora le dijo que iba a ir a la casa de Tomas y mi hija pedía que por favor no fuéramos, y lloraba y rogaba que no fuéramos, no sé que le habrá dicho el tipo que no quería que fuéramos, ahí llamamos a la policía, llego la policía y tampoco quiso hablar con ellos solo lloraba, tuvieron que buscar a una psicóloga que hablo con ella y ahí más o menos se empezó a soltar y dijo lo que había pasado, dijo que el tipo había abusado de ella, los detalles se los conto a mi señora y yo mucho no quiero saber, y eso está en la denuncia que hizo mi señora... Que el tipo la buscaba desde antes, a mi hija y a otra nena del barrio, las llamaba para charlar y el tipo se hacía pasar por el hermano de de Tomas, otra situación fue de que le había chupado la lengua a una nena del barrio, a este tipo nunca se lo veía siempre estaba encerrado...”.

6) Declaración testimonial de la Lic. Silvina Laura Fernández Grimberg. Psicóloga, ratifica todo el contenido de su informe agregado en la actuación N° 10564334, de fecha 29/11/18. Expresó que evaluó a la preadolescente en dos instancias: entrevista en Cámara Gesell y la entrevista posterior y que el relato de la menor es predominantemente creíble, no obstante se dejó consignado que advertía la posibilidad de que hubiese omitido información que pudiese o no ser relevante para la investigación. Que a partir de esa entrevista posterior en la que se toma test gráficos, refiere que la niña expresó con llanto en varias oportunidad, que había establecido algún tipo de vinculación previa con el imputado en base a una convicción de que se trataba de una persona de menor edad a la que ella luego se enteró que tenía y que de alguna manera, por vergüenza, no lo había podido expresar dentro del dispositivo. A la pregunta. *“PARA QUE DIGA CUAL ES EL SIGNIFICADO PSICOLOGICO QUE HAYA MENTIDO SOBRE EL LUGAR DE DONDE ESTABA, RESPÓNDE Que cuando se le preguntó acerca de esto respondió “me sentía presionada” PARA QUE DIGA SI SE CONSULTO O INTERROGO SOBRE EL HECHO DE QUE HAYA CONCURRIDO EN VARIAS OPORTUNIDADES EN LA VIVIENDA DEL IMPUTADO Y HAYA INGRESADO POR LA PUERTA DEL PATIO Y NO POR LA PUERTA PRINCIPAL,*

RESPONDE Que se le preguntó y ella afirmó que serían dos las veces que había ido a la casa, una la noche del hecho y una previa en la que ella explica que se había dado una situación de un beso. PARA QUE DIGA SI CONSIDERA LA EXISTENCIA DE UNA RELACION CONSENTIDA O QUE LA MENOR FUE OBLIGADA A ESA RELACION, RESPONDE Que yo creo que evolutivamente a sus doce años no estaba en condiciones de consentir una relación, desconozco si ha sido obligada, pero desde lo evolutivo y psicosexual no estaba en condiciones de comprender y dimensionar el tipo de vínculo que estaba estableciendo, los especialistas en abuso sexual del ataque sexual yo considero que esta situación no reúne las características de un ataque sexual, pero considero que si la situación tiene características compatibles con una conducta abusiva hacia ella por la asimetría respecto de la edad y la diferencia de conocimientos, de poder que coloca a la púber en una relación que no es igualitaria...”.

7) La testigo Sandra Valeria Gutiérrez, vecina del lugar del hecho, declaró: *“Que vivo en la esquina de su casa, PARA QUE DIGA A QUE DISTANCIA VIVE DE LA FAMILIA MEDERO, RESPONDE Que yo vivo en diagonal, yo vivo en una esquina y en diagonal vive la nena y enfrente de mi casa vive el acusado. PARA QUE DIGA TODO CUANTO SEPA ACERCA DEL PRESUNTO ABUSO SEXUAL QUE VINCULA A LA NENA MEDERO Y A MARIN JOSE LUIS, RESPONDE Que yo lo único que sé es que veía siempre a la nena en la ventana del comedor por la parte de afuera tocando timbre en la casa de MARIN, y después se iba hacia el fondo, porque como está abierto el terreno se ve todo, solía ser siempre en horarios de la siesta o tarde, PARA QUE DIGA EN CUANTAS OPORTUNIDADES VIO ESE COMPORTAMIENTO, RESPONDE Que fueron varias ocasiones, no sé el número exacto, pero la tengo que haber visto unas cuatro o cinco veces, PARA QUE DIGA SI SABE QUE TAREAS REALIZABA LA PAREJA DEL SR. MARIN EN EL HORARIO DE TARDE, RESPONDE Que ella trabaja en el supermercado walmart, tenía horarios rotativos, PARA QUE DIGA QUE EDAD APARENTA O QUE EDAD*

TIENE SI SABE LA MENOR MEDERO, RESPONDE Que no se su edad pero aparenta unos 14 años de edad...”.

8) En efecto, se advierte que de las probanzas desarrolladas en autos, ha quedado demostrada la conducta desplegada por José Luis Marín, conforme la declaración brindada por la Sra. Lucia A. Medero, madre de la menor K.A.L., por el padre de la misma, Sr. Bruno Gastón Leal Ortubia, por la vecina Sandra Valeria Gutiérrez y por el relato de la propia víctima, realizado en Cámara Gesell, validado por la Lic. Fernández Grimberg, conforme al informe producido y ratificado en la audiencia, por lo que la autoría y la calificación legal, es la correcta.

Que la niña K.A.L. al momento de los hechos denunciados tenía 12 años de edad, por lo que el hecho investigado encuadra en el delito de Estupro, en los términos del art. 120 en relación al art. 45 del C.P., en razón de que el encartado José Luis Marín incurrió en un error, en cuanto a la edad de la niña, creyendo que tenía una edad mayor (de la que realmente tenía), ello atento su apariencia y contextura física, constituyendo entonces, su accionar un atentado a la integridad sexual de los niños-víctimas.

Al respecto, la Lic. Silvina Laura Fernández Grimberg concluyó: *“Que yo creo que evolutivamente a sus doce años no estaba en condiciones de consentir una relación, desconozco si ha sido obligada, pero desde lo evolutivo y psicosexual no estaba en condiciones de comprender y dimensionar el tipo de vínculo que estaba estableciendo, los especialistas en abuso sexual del ataque sexual yo considero que esta situación no reúne las características de un ataque sexual, pero considero que si la situación tiene características compatibles con una conducta abusiva hacia ella por la asimetría respecto de la edad y la diferencia de conocimientos, de poder que coloca a la púber e una relación que no es igualitaria...”.*

Así se ha dicho: *“El estupro lesiona la honestidad en la modalidad propia para este período de maduración de la mujer -pubertad o adolescencia- que es la reserva sexual, la cual comporta o no inocencia, pero sí siempre inexperiencia. Precisamente esta última es la que quita validez al*

consentimiento de la víctima" (Violación /// Cám. Apel. y Garantías, Pergamino, Buenos Aires; 19/07/1996; Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires; 0; RC J 455/00).

"La inocencia y la inexperiencia son las condiciones en las que se da la honestidad en el período denominado pubertad o adolescencia que en la mujer circunda los doce años. La primera es una actitud frente a lo que aún no se conoce, y se es honesta precisamente porque no se conoce. La segunda es la afirmación de que aún no se conoce en la práctica. Ambas condiciones pueden o no darse juntas, pero la segunda es esencial. La inocencia es sólo un grado mayor de inexperiencia que asciende a los estrados del conocimiento intelectual. La inocencia presume la inexperiencia." (0.2 || Cám. Pen., Pergamino, 19/07/1996, "F.J. s/ Violación", RSD-94-96 S, Jueces: LEVATO-IPÍÑA-GESTEIRA. www.jusbuenosaires.gov.ar /// -; Penal; 94; RC J 10909/00).

"El tipo penal del estupro, previsto por el art. 120, Código Penal, requiere como elemento especial del tipo penal, que el autor cuente con el consentimiento de la menor para la realización de los actos de los que la hace objeto, el que puede ser dado en forma expresa o tácita; empero, corresponde resaltar que éste carece de plena validez pues el autor lo obtiene aprovechándose de la inmadurez sexual de su víctima (mayor de 13 y menor de 16), el que se deduce de las pautas que la ley brinda: mayoría de edad del autor, relación de preeminencia entre autor y víctima u otra circunstancia equivalente, lo que le impide a ella apreciar las consecuencias del acto". (0.61 || C., S. N. s. 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 /// CJ, Salta; 12/03/2019; Rubinzal Online; 39560/2018; RC J 6385/19).

"Si actuó sin violencia, sin amenazas, y creyendo que la víctima tenía trece años de edad, su conducta antijurídica, debe quedar atrapada en la figura del estupro que implica seducción en lugar de violencia,

aprovechando la corta edad de la víctima, artículo 120 del Código Penal, y no en la violación como viniera requerido a juicio. Este convencimiento del inculpado en cuanto a la edad de la víctima constituye uno de los elementos del tipo penal, del artículo 119. El estupro requiere que haya acceso carnal con una mujer honesta, mayor de 12 años y menor de 15. El convencimiento del autor en cuanto a la edad de la víctima que lo hace actuar en consecuencia, constituye un error exculpante, por lo cual debe tener acogida tal versión en su totalidad. La conducta del encartado debe calificarse como estupro, previsto en el artículo 120 del Código Penal". (0.23 || Cámara Criminal Primera, Sala I, Paraná, Entre Ríos, 08/07/1994, "R. E. R. s/ VIOLACION EN FORMA REITERADA", 101 3327 S. Jueces: Celli-Sobrero-Ascuá. (www.jusentrerios.com.ar)///; Penal; 3327; RC J 4878/00).

Asimismo del informe psicológico realizado por la Lic. Fernández Grimberg, se comprueba el resultado de un grave daño en la salud mental de la niña K. al expresar: *"...porque evidenciaba temores de salir de su domicilio, algunas pesadillas vinculadas a la noche en que sucedieron los acontecimientos, su angustia, una angustia que no tiene muchas habilidades como para poder expresarla por lo cual necesita de la ayuda profesional, además de aportarme la mamá que había tenido luego de declarar en cámara gesell un episodio de enuresis nocturna..."*.

También se ha dicho que: *"...La ley 25.087 en su art. 119, 4º párrafo a), califica el delito cuando resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima, incluyendo la jurisprudencia en la expresión "grave daño" lesiones... Daños físicos que en el caso no se verifican cuando se apunta a consecuencias damnificantes psicológicas sufridas por la víctima. La agravante debe ser entendida como un plus mayor al normal daño que se ocasiona habitualmente al sujeto pasivo en este tipo de delitos. Téngase en cuenta que el resultado mediato de todo abuso sexual es un daño en la salud mental o psíquica de la víctima, de allí es que debe entenderse como grave daño a la salud mental de la víctima el trauma inmediato que se traduce en problemas graves de conducta" (CAcus. de Salta, sala I, 6-6-2003, "H., S. A.", c.*

16.781/03. Cita: Web Rubinzal ppypenal37.4.1.r2)... (Causa PXM 5.562/15, caratulada: "O., S. P/ABUSO SEXUAL POR ACCESO CARNAL TRIPLEMENTE CALIFICADO POR LA CALIDAD DE GUARDADOR DE LA VICTIMA, POR LA CONVIVENCIA PREEXISTENTE CON UNA MENOR DE 18 AÑOS Y POR EL RESULTADO LESIVO, VARIAS VECES REITERADO, BAJO LA MODALIDAD DE DELITO CONTINUADO - Monte Caseros"); y en la especie, la psicóloga ha descrito con claridad las secuelas que reviste el impacto traumático en el desarrollo de la personalidad de K.A.L. y la necesidad de continuar el tratamiento psicológico.

Se ha sostenido que, en relación a la forma de valorar los testimonios de niños y niñas víctimas de delitos sexuales, constituye una regla de la experiencia común, que el relato de un niño no puede ser objeto de un control de logicidad de la misma estrictez que el de un mayor de edad. Se trata, por otra parte, de consideraciones que se encuentran en plena sintonía con las directrices que emanan de documentos internacionales e incluso con disposiciones que adquieren jerarquía constitucional (CN, art. 75 inc. 22). En efecto, la **Convención de los Derechos del Niño** establece la obligación de *"proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales"* (art. 34), considerando tal, *"...a todo 7 ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad..."* (art. 1°). Y la Declaración sobre los principios fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (ONU), proclama que *"cada niño tiene derecho a que se le trate como un testigo capaz y a que su testimonio se presuma válido y creíble, a menos que se demuestre lo contrario y siempre y cuando su edad y madurez permitan que proporcione testimonio comprensible, con o sin el uso de ayudas de comunicación u otro tipo de asistencia"* (Justicia para los Niños Víctimas y Testigos de Delitos, apartado B.2.d, Oficina Internacional de los Derechos del Niño, Canadá, 2003, en "Infancia y Adolescencia. Derechos y Justicia", Oficina de Derechos Humanos y Justicia, Colección de Derechos Humanos y Justicia N° 5, Poder Judicial de Córdoba, pág. 169) - (Ríos, Mariela Griselda s. Causa

con imputados /// Cám. Crim. y Correc. 2ª Nom., Río Cuarto, Córdoba; 11/12/2020; Rubinzal Online; 7788773-1/98; RC J 486/21, en <https://www.rubinzalonline.com.ar/index.php/busqueda/busqueda/resultadojurisbd>).

Así en la Convención sobre los Derechos del Niño se establece que todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo y corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado. En efecto, en su artículo 3° establece que a la hora de resolver sobre medidas concernientes a menores, el Juez debe atender de modo primordial al interés superior del niño y en el artículo 19 que: *“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”*, es decir que especifica el deber de proteger a los niños víctimas de abuso sexual.

Además debo 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 niño o de la niña al momento de los abusos, mayor es el daño causado y el trauma que deja. Sobre el daño causado a la niña, brinda un claro testimonio el profesional psicólogo durante el debate, al que me remito.

9) La defensa, en el presente recurso, sólo cuestiona el monto de la pena dictada en el debate oral, señalando que si bien no receptó la calificación legal más grave por la que venía acusado Marín, para mutarla por la de estupro, impuso la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, sin realizar una adecuada valoración en torno a la mensuración de la pena.

Respecto de este agravio -sobre la pena impuesta-, considero que el mismo debe ser receptado.

Que el Tribunal aplicó la condena por tratarse del delito de estupro, considerando como agravantes, las circunstancias de tiempo, lugar, modo y el quebrantamiento de la confianza familiar, resaltando que el condenado conocía la dinámica familiar de la niña y que valiéndose de la misma, perpetró el hecho destruyendo el halo de confianza.

En efecto, advierto que se ha dado un fundamento aparente en relación al punto “quebranto de confianzas”, considerado como agravante, ya que el mismo no ha sido acreditado, pues este “quebranto de confianzas propias del ámbito familiar o de la amistad sincera” no se observa en autos, dado que la familia de la niña K. no conocía al encartado ni éste tenía ningún tipo de relación o trato cercano con la familia de la menor víctima, por ende no hay aprovechamiento de ese halo natural de confianza, por lo que en este punto le asiste razón a la defensa.

Ahora bien, si la merituación y aplicación de las agravantes no ha sido debidamente fundada por el Tribunal de juicio, corresponde su revisión en la instancia casatoria, y la consecuente disminución de la pena impuesta.

Sabido es que la pena justa es la más adecuada a la culpabilidad del autor, por lo que para establecer cuál sería la reducción que cabe hacerle a la pena impuesta, debemos valorar el hecho por el que fue condenado: se trató de un ESTUPRO, en donde si bien a la hora de la mensuración de la pena fueron tenidas en cuenta, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, reiteramos que no se advierte probado el quebrantamiento de la confianza familiar, pues nada indica que se conocían con anterioridad al hecho, la familia de la niña K. con el victimario. En esta inteligencia y sin desconocer la calidad de atenuante (por falta de antecedentes condenatorios conforme el informe del R.N.R), que no puede ser desconocida al momento de mensurar la pena, no corresponde aplicar el mínimo de la escala de 3 años, pues por las circunstancias reseñadas supra, entiendo que la pena justa sería la de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS. (Art. 120 en relación al art. 41 del C.P.).

Este Superior Tribunal de Justicia ha sostenido en reiterados precedentes, que la determinación judicial de la pena en el caso concreto, es una facultad propia de los jueces de la causa, por el principio de la inmediación del debate oral, y que es revisable solo en casos de ausencia de fundamentación (arbitrariedad) y desproporcionalidad. (STJSL-S.J. –S.D. N° 084/17 en autos: **“RECURSO DE CASACIÓN EN PEX “OJEDA JULIO NICOLÁS (IMP) - NATALUTTI MARÍA LORENA y OTROS (DAM) - AV. ROBO CALIFICADO” – IURIX PEX INC. 176277/1**, de fecha 05/10/17).

También se ha sostenido que: *"En efecto, los jueces de las instancias ordinarias son soberanos en la apreciación de las circunstancias agravantes y atenuantes mencionadas en los arts. 40 y 41 a los efectos de la graduación de las penas, siendo revisables sus conclusiones en esta sede extraordinaria únicamente cuando se demuestra que, con violación de las leyes de la prueba, se ha omitido computar un motivo de atenuación o se ha computado indebidamente uno de agravación o se ha valorado como agravante lo que debe ser atenuantes o que medie infracción de las escalas penales fijadas por el delito (...) Referente a la graduación de la pena, el Codificador adoptó el sistema de libre arbitrio judicial, que no es arbitrariedad, fundado especialmente en la inmediación judicial ocurrida durante el debate, que le permite con mayor eficacia analizar las circunstancias atenuantes y agravantes tenidas en consideración para la correcta individualización de la pena, sin que en la especie se advierta arbitrariedad que habilite la instancia extraordinaria de casación."* (Cam Nac. Cas. Penal Sala II - Causa N° 1558 "Sausa, Daniel Omar" (21-12-00), en <http://www.defensapublica.org.ar/cedep/penales/revisibilidad.htm>, acceso 05/06/18). (STJSL-S.J. – S.D. N° 145/18.-de fecha 02/08/18, en autos: **“INCIDENTE-RECURSO DE CASACIÓN-TORRES WALTER ALBERTO (IMP) PASTORI MARIA CECILIA (DEN)-AV. ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO” – IURIX PEX INC. N° 195147/2**).

En consecuencia, y según los fundamentos expuestos corresponde hacer lugar al recurso de casación impetrado por la defensa del condenado y casar la Sentencia Definitiva en la medida del agravio, integrada por el Veredicto de fecha 03/07/2020 (actuación N° 14309894) y sus Fundamentos de fecha 07/08/2020 (actuación N° 14444504), dictada por la Excma. Cámara en lo Penal N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, modificando el monto de la pena impuesta a José Luis Marín, que se fija en CUATRO AÑOS de prisión y accesorias legales, sin costas atento el éxito obtenido (Art. 72 del C.P.Crim.).

Por todo ello VOTO a estas SEGUNDA y TERCERA CUESTIONES PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.

Los Señores Ministros, Dres. JORGE OMAR FERNÁNDEZ, DIANA MARÍA BERNAL, ANDREA CAROLINA MONTE RISO y JORGE ALBERTO LEVINGSTON 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 y atento como se han votado las cuestiones anteriores, corresponde hacer lugar al recurso de casación impetrado por la defensa del condenado, y casar la Sentencia Definitiva en la medida del agravio, integrada por el Veredicto de fecha 03/07/2020 (actuación N° 14309894) y sus Fundamentos de fecha 07/08/2020 (actuación N° 14444504), dictada por la Excma. Cámara en lo Penal N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, modificando el monto de la pena impuesta a José Luis Marín, el que se fija en CUATRO AÑOS de prisión y accesorias legales. ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. JORGE OMAR FERNÁNDEZ, DIANA MARÍA BERNAL, ANDREA CAROLINA MONTE RISO y JORGE ALBERTO LEVINGSTON 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: Sin costas, atento al éxito obtenido (art. 72 del C.P.Crim.). ASÍ LO VOTO.

Los Señores Ministros, Dres. JORGE OMAR FERNÁNDEZ, DIANA MARÍA BERNAL, ANDREA CAROLINA MONTE RISO y JORGE ALBERTO LEVINGSTON 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, treinta de agosto de dos mil veintiuno.

Y VISTOS: En mérito al resultado obtenido en la votación del Acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:** I) Hacer lugar al recurso de casación impetrado por la defensa del condenado, y casar la sentencia definitiva en la medida del agravio, integrada por el Veredicto de fecha 03/07/2020 (actuación N° 14309894) y sus Fundamentos de fecha 07/08/2020 (actuación N° 14444504), dictada por la Excma. Cámara en lo Penal N° 2 de la Primera Circunscripción Judicial, modificando el monto de la pena impuesta a José Luis Marín, el que se fija en CUATRO AÑOS de prisión y accesorias legales.

II) Sin costas.

REGÍSTRESE y NOTIFÍQUESE.

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, DIANA MARÍA BERNAL y CECILIA CHADA, en el sistema de Gestión Informático del Poder Judicial de la Provincia de San Luis.