

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

CARRERA DE ABOGACÍA

SEMINARIO FINAL



Nota al Fallo: Corte de Justicia de Salta: “O., D. N. por abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa en perjuicio de M.F.P. – recurso de inconstitucionalidad penal” (22/04/2020)

Alumno: Carlos Fernando Ballon

D.N.I. N°: 27.439.846

N° de Legajo: VABG 6483

Tema: Cuestiones de género

Título: “La declaración de la víctima (testigo único), indicios y presunciones legales en casos de delitos sexuales en contextos de violencia de género”

Tutora: Sofía Díaz Pucheta

Entregable N°: 4

Fecha de Entrega: 26/06/2022

Año: 2022

SUMARIO: **I.** Introducción. – **II.** Premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal. – **III.** La *ratio decidendi* de la sentencia. – **IV.** Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. – **V.** Postura del autor. – **VI.** Conclusiones finales. – **VII.** Listado de bibliografía.

I. Introducción

En la presente nota a fallo se analizarán los autos caratulados: “*O., D. N. por abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa en perjuicio de M.F.P. – recurso de inconstitucionalidad penal*” (en adelante, “*O., D. N.*”), correspondiente a la Corte de Justicia de la Provincia de Salta (en adelante, CJ de Salta), pronunciado el día 22 de abril del año 2020. En efecto, dicho tribunal se encuentra con un dilema, puesto que debe resolver qué valor y funcionamiento tienen determinados medios de prueba en el proceso penal, particularmente la declaración de la víctima (testigo único), indicios y presunciones legales en casos de delitos sexuales en contextos de violencia de género. En la sentencia se advierten los “problemas de prueba”, que son aquellos en los cuales existe una indeterminación en la valoración de cierta “prueba” (o información), situación que afecta la premisa fáctica del silogismo (Alchourron y Bulygin, 2012).

En el caso concreto se conoce qué normativa se va aplicar (art. 119, tercer párrafo, en función del 42 del Código Penal), pero se desconoce qué valor y funcionamiento tiene el testimonio único de la víctima, indicios y presunciones legales, como actividad valorativa del juzgador acorde al “principio de amplitud probatoria” (art. 16 inc. i, Ley N° 26.485). En ese contexto, en los delitos de contenido sexual y violencia de género adquiere primordial relevancia la declaración de la víctima, al extremo de que nada impide que un pronunciamiento condenatorio se sustente sólo en su declaración testimonial, siempre y cuando sea objeto de un riguroso análisis y se muestren los aspectos que comprueban su credibilidad, convirtiéndola en un elemento preponderante por sobre la negativa del acusado quien goza de la presunción de inocencia (art. 18, CN).

La sentencia encuentra su relevancia debido a que resuelve qué valoración y funcionamiento tienen los medios de prueba referentes a la declaración de la víctima, indicios y presunciones legales en casos de delitos sexuales en contextos de violencia de género. En este sentido, se reconoce que acorde a los estándares nacionales e internacionales el testimonio único de la mujer víctima es fundamental para acreditar los

hechos denunciados (art. 16 inc. i, Ley N° 26.485), ya que esta clase de delitos se desarrollan generalmente en ámbitos privados o aislados que resultan proclives a su consumación. Al mismo tiempo, se reconoce que las mujeres (víctimas) gozan de los derechos y garantías receptados por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) y Ley N° 26.485 de Protección Integral a las Mujeres. En virtud de ello, se ha interpretado que cuando más se aleja del tribunal de juicio la valoración del “testimonio único de la víctima”, más se requiere determinar qué valor y funcionamiento tiene dentro del proceso penal, incluyendo también los indicios y presunciones legales en casos de violencia de género.

A continuación, se comenzará con la descripción de la premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal, y consecuentemente, se considerará la *ratio decidendi* de la sentencia. Luego, se realizará un análisis conceptual de la temática, y también de los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales. Para terminar, se expondrá de forma concluyente la postura del autor (personal y crítica) y las conclusiones finales.

II. Premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal

El hecho aconteció de la siguiente manera: el día 30 de abril del año 2018, a horas de la madrugada, el señor “D. N. O.” agarró de los brazos a la víctima “M. F. P.”, situación que implicó el forcejeo de ambos. Los dos estaban parados frente a frente, la víctima a consecuencia de la violencia ejercida fue tirada al suelo, y “D. N. O.” aprovechó para sacarle el pantalón que usaba para intentar lograr acceder carnalmente a la víctima “M. F. P.”, suceso que no se logró consumir por circunstancias ajenas a su voluntad, debido a la resistencia y pedidos de auxilio. Este hecho delictivo tuvo como consecuencia que la damnificada radicará la denuncia penal en contra del Sr. “D. N. O.” por el delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa (arts. 119, 3° párr., en función del art. 42 del Código Penal). En virtud de ello, se inician las actuaciones penales por la autoridad competente hasta el juicio oral.

En ese marco, la Sala IV del Tribunal de Juicio dispuso la absolución del imputado “D. N. O.” por los delitos atribuidos, fundando su decisión en el principio “in dubio pro reo” (beneficio de la duda), ya que se concluyó que los elementos probatorios que se produjeron durante el debate oral, público y contradictorio fueron insuficientes para

arribar al grado de certeza de culpabilidad. Esta resolución judicial fue apelada por el Ministerio Público Fiscal.

Posteriormente, la Sala III del Tribunal de Impugnación revocó la absolución dispuesta por el tribunal inferior, y definitivamente condenó a la pena única de cuatro años y seis meses de prisión efectiva por encontrarlo penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa (arts. 119, 3º párrafo, en función del art. 42 del Código Penal).

En ese contexto, el Defensor Oficial Penal de la U.D.P. N° 2, en asistencia técnica de “D. N. O.”, interpone recurso de inconstitucionalidad en contra de la sentencia. Asimismo, la Fiscal ante la Corte N° 2, se pronuncia por el rechazo del recurso deducido. De esta forma, llega a conocimiento de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta. La decisión del tribunal fue no hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto, y consecuentemente, confirmar la sentencia.

III. La *ratio decidendi* de la sentencia

La Corte de Justicia de la Provincia de Salta en el fallo “O., D. N.” del año 2020, resolvió la cuestión judicial planteada con los votos de los magistrados Dres. Guillermo Alberto Catalano, Ernesto R. Samsón, Sergio Fabián Vittar, Teresa Ovejero Cornejo y Pablo López Viñals. Básicamente, no se hizo lugar al recurso planteado y se confirmó la sentencia apelada. A partir de aquí, en adelante, se analizarán las razones que llevaron a decidir de esa forma.

En primer lugar, se consideró que el derecho a la doble instancia (Tomo 208:425; 210:441) resulta la vía apta para posibilitar un control amplio de la condena. En ese sentido, está permitido realizar una valoración de la prueba (declaración de la víctima, testigos, indicios, etc.) de forma amplia. Así, el tribunal revisor (Sala III del Tribunal de Impugnación) tiene plena competencia para revocar una absolución y condenar al imputado, lo que es conocido como “casación positiva”, en la que evita el juicio de reenvío y autoriza a los jueces a resolver el caso concreto acorde a la ley que declara aplicable. Se subraya que el imputado tiene el derecho a recurrir una sentencia condenatoria a un juez o tribunal superior conforme el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En segundo lugar, se interpretó que, por regla general, buena parte de la prueba se encuentra registrada por escrito, sea documental o pericial. La cuestión queda limitada a los testigos acorde a los principios rectores de la inmediación, que solamente se puede dar en el juicio oral, público, concentrado y continuado, en donde las partes están en igualdad de armas, y se puede vivir con plenitud la actividad probatoria. Sin embargo, la “impresión personal” de una testimonial únicamente es válida, en la medida que se hallen argumentos racionales y legítimos (no discriminatorios) para sustentar sus conclusiones, por ende, el juicio sobre la prueba se encuentra restringido a las percepciones que puedan racionalmente justificar inferencias.

En tercer lugar, se sostuvo que la valoración de la prueba tiene que efectuarse conforme las reglas de la sana crítica racional, previsto en la normativa del Código Procesal Penal. Al mismo tiempo, en materia penal rige la libertad probatoria. Esta cuestión implica conjugar las reglas de la valoración de la prueba y la figura penal aplicable al caso particular (el tipo penal que se analiza en el presente caso es el art. 119 del Código Penal, que contempla los delitos sexuales). Es por ello que el juzgamiento que tiene que hacer el tribunal es reconstruir el hecho a través de todo rastro, vestigios e indicios. En los delitos de contenido sexual adquiere fundamental relevancia el testimonio de la víctima, al extremo de que nada impide que una sentencia condenatoria se fundamente únicamente en la declaración testimonial, convirtiéndola en un elemento preponderante por sobre la negativa del acusado. Se entendió que la declaración de la víctima, todavía cuando sea la única testigo de los hechos tendrá entidad para ser considerada prueba válida de cargo (art. 16 inc. i, Ley N° 26.485), es decir, esto puede enervar el principio de inocencia del acusado (art. 18, CN).

Por lo tanto, el testimonio de la víctima es válido si se observan los siguientes estándares: 1) persistencia en la acusación: la víctima realizó la denuncia penal del hecho el mismo día, y mantuvo su relato durante toda la etapa del proceso penal, su declaración fue concreta, precisa y coherente. Esto fue verificado por el Informe Psicológico del Poder Judicial, y a su vez al prestar declaración testimonial en la audiencia de debate oral; 2) verosimilitud en la declaración: se observa al prestar declaración testimonial en el plenario, en el examen médico legal, en la cual expone que la víctima presenta excoriación y lesiones leves concordantes con el hecho denunciado, y también en el informe de criminalística sobre el lugar del hecho; y 3) ausencia de incredibilidad subjetiva: todas las pruebas producidas en el proceso penal indican que la declaración de

la víctima es creíble (personalidad de la declarante, madurez, edad, etc.), pues, no surge ningún indicio que lleve a pensar que existe entre la víctima y el imputado una relación basada en odio, enemistad o venganza. El imputado tiene antecedentes penales en contextos de violencia de género (personalidad impulsiva y agresiva).

Por último, se afirmó que los casos de violencia de género se deben abordar acorde a la Convención de Belém do Pará (arts. 1 y 2) y la Ley N° 26.485 de Protección Integral a las Mujeres (arts. 4 y 16 inc. i) destinados a prevenir, investigar y sancionar esta clase de hechos. La violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica. El abuso sexual tiene que ser entendido como una forma de violencia sexual (art. 5, la Ley N° 26.485).

IV. Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

En el derecho penal y procesal penal las cuestiones están relacionadas, ya sea en la configuración de la calificación legal (por ejemplo: delitos sexuales en contextos de violencia de género, femicidio, homicidio transversal, etc.) y la dependencia de éste a través del valor y funcionamientos de los medios probatorios reconocidos por los Códigos Procesales Penales. En ese contexto, resulta elemental determinar el valor y funcionamiento que tienen determinados medios de prueba en el proceso penal, concretamente la declaración de la víctima (testigo único), indicios y presunciones legales.

En el proceso penal el imputado tiene todos los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derecho Humanos, estos últimos actualmente tienen jerarquía constitucional acorde al art. 75 inc. 22 de la Carta Magna (Quiroga Lavié, 2009; Sagües, 2007; Bidart Campos, 2008). En efecto, se reconoce el derecho del imputado de recurrir el fallo ante juez o tribunal (art. 8.2.h, Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 14.5, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Al mismo tiempo, las cuestiones de género y los derechos de las víctimas también están garantizados en nuestro ordenamiento jurídico (Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - Convención de Belem do Pará-; y la Ley N° 26.485 de Protección Integral a las Mujeres).

La Ley N° 26.485 en el art. 4 define a la violencia de género como violencia contra la mujer, es decir, es toda conducta (acción u omisión) que, de forma directa o

indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Al mismo tiempo, en lo referente a la valoración de la prueba y cómo acreditar estos hechos silenciosos y propensos a lo largo de la historia a quedar impunes, se recepta el principio de amplitud probatoria, en el cual se reconoce “la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos” (art. 16 inc. i, Ley N° 26.485).

A su vez, los casos de violencia de género en sus diferentes tipos: física, psicológica, sexual, económica, patrimonial y simbólica (art. 5, Ley N° 26.485), como en sus distintas modalidades: violencia doméstica, institucional, laboral, libertad reproductiva, obstétrica y mediática (art. 6, Ley N° 26.485), tienen que juzgarse desde la lógica de la perspectiva de género (Di Corleto, 2017). La perspectiva de género “constituye una forma más de limitación normativa a la búsqueda de la verdad, basada en argumentos acerca de lo que es valioso hacer con el sistema penal” (Arena, 2020, p. 252).

En referencia a la valoración testimonial, ha explicado el autor Cafferata Nores (2006) que:

los aspectos del testimonio no son controlables intersubjetivamente y por ello mismo pueden ser percibidos de manera diferente por distintos individuos, de modo que su relevancia no puede ser establecida en forma objetiva, circunstancia que priva a tal material de la capacidad de constituirse en base legítima para fundar racionalmente una decisión con validez general (p. 1684)

Al respecto, los autores Sancinetti (2013) y Arena (2020), interpretan que la prueba testimonial única tiene que ser valorada con otros medios de prueba, entre los que se destacan los “indicios” (huellas, marcas, señales que ofrecen pistas sobre un hecho) y las “presunciones legales” (suposición determinada por la ley que sirve para validar un hecho o afirmación).

Existen diferentes maneras de concebir y otorgar credibilidad y fiabilidad al testimonio de la víctima. Sin embargo, ningún método resulta eficiente y seguro. Por lo tanto, la prueba testimonial única tiene que ser valorada en su conjunto con otros medios de prueba, de lo contrario, se podría incurrir en un error judicial en la sentencia, por falta de motivación fundada. Se recuerda que el imputado goza de la presunción de inocencia (art. 18, CN), y que en todos los casos rige el principio *in dubio pro reo* (en caso de duda se favorecerá al imputado, ejemplo: insuficiencia probatoria, etc.) (Sancinetti, 2013). Por

otra parte, el autor Ramírez Ortiz (2020) sostiene que se puede condenar con el testimonio único de la víctima, ya que en la actualidad se fijan parámetros de valoración de la credibilidad de quienes afirman ser víctimas: a) la ausencia de incredibilidad subjetiva; b) verosimilitud y c) la persistencia en la incriminación.

En consecuencia, se tiene que marcar que en el proceso penal rige el principio de la libertad probatoria, y en términos de valoración de la prueba se tiene que aplicar la regla de la sana crítica racional (Jauchen, 1992). Al mismo tiempo, el juez o tribunal tiene que fundar su sentencia en la pertinencia y utilidad del medio de prueba, así como su valor para resolver el caso judicial, este ejercicio implica una fundamentación razonada (Cafferata Nores, 1998; Parma, 2011). Da a conocer el autor Jauchen (2015) que, el “juez debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano” (p. 304).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos: “Girolodi Horacio David y otro s/ recurso de casación - Causa N° 32” (07/04/1995) y “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681-.” (20/09/2005), afirmó que el imputado tiene la potestad de exigir a los tribunales superiores que revisen su sentencia condenatoria, esto implica el derecho de recurrir la resolución dictada en su contra y a la vez, que se puede revisar de forma amplia las cuestiones de hecho, pruebas y calificación legal. En relación a la valoración de la prueba testimonial, ha considerado que, por regla la prueba se encuentra en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial, por ende, el asunto ordinariamente queda limitado a los testigos. Así, es controlable por actas lo que éstos deponen. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos puedan causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido.

Particularmente, la Corte en el fallo “Duarte, Felicia s/recurso de casación” (05/08/2014), sostuvo que se espera en concreto de la instancia recurrida es que, ejecute el máximo esfuerzo en la revisión de todo aquello que de hecho sea posible revisar (declaración de la víctima, testigos, indicios, etc.). En este mismo sentido se ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los fallos: “Norín Catrimán” (25/05/2014) y “Ulloa vs. Costa Rica” (02/04/2004).

Por último, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 7 de la Capital Federal, en el fallo “A. M., O. A. s/ inf. Art. 120 C.P” (20/11/2013), interpretó que, en el régimen probatorio preside la regla de la sana crítica racional, cuestión que permite analizar el carácter único del testimonio y no impedir la plenitud probatoria, siempre que el juez adquiera certeza sobre la existencia de determinada circunstancia de hecho. Recientemente, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en los fallos “Rolón, Miguel Ángel s/ abuso sexual” (13/12/2016) y “Maza, Juan Pablo s/ recurso de casación” (19/11/2019), se afirmó que en nuestro sistema es posible condenar, bajo ciertas prescripciones, con la declaración de un testigo (voto Dr. Sarrabayrouse), y se agregó que puede bastar el valor convictivo de un testigo único, incluso de la propia víctima (voto Dr. Dias).

V. Postura del autor

Comenzando, se debe señalar que el tribunal resolvió correctamente el problema de prueba planteado, debido a ello, es que el precedente judicial resulta relevante en materia de medios probatorios en el proceso penal. En esta sentencia, se determina acertadamente el valor y funcionamiento que posee la declaración de la víctima (testigo único), indicios y presunciones legales en casos de delitos sexuales en contextos de violencia de género.

En consecuencia y de acuerdo a los argumentos jurídicos expuesto por la Corte de Justicia de la Provincia de Salta en el fallo “O., D. N.” (2020), resulta pertinente y útil comprender que en los delitos de contenido sexual y violencia de género alcanza fundamental preeminencia la declaración de la víctima, al extremo de que nada imposibilita de que una sentencia condenatoria se fundamente sólo en su declaración testimonial (testigo único), siempre y cuando sea objeto de un riguroso análisis, y se muestren los aspectos que comprueban su credibilidad, convirtiéndola en un elemento preponderante por sobre la negativa del acusado, quien goza de la presunción de inocencia (art. 18, CN). En este sentido, esta interpretación se corresponde con los estándares nacionales (Ley N° 26.485 de Protección Integral a las Mujeres) e internacionales (Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y Convención de Belem do Pará) que tienen por finalidad y objetivo la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer.

Concluyendo, los aportes efectuados por el tribunal son válidos y fundados, especialmente cuando se marca que el testimonio único de la víctima, como los indicios y presunciones legales tienen que juzgarse conforme el principio de amplitud probatoria (art. 16 inc. i, Ley N° 26.485). Este criterio será fundamental para acreditar los hechos denunciados, particularmente cuando se tratan de delitos que se desarrollan habitualmente en ámbitos privados o aislados (silenciosos y fuera de la vista de terceras personas), y que resultan proclives a su consumación. El relato de la víctima, indicios y presunciones legales deberán ser valorados de forma conjunta e integral, en la que el juez tiene que aplicar la perspectiva de género y las reglas de la sana crítica racional.

VI. Conclusiones finales

En el presente trabajo analizó unas de las temáticas más importantes de la actualidad, en el área del derecho penal y procesal penal, referentes al valor y funcionamiento tienen determinados medios de prueba en el proceso penal, particularmente la declaración de la víctima (testigo único), indicios y presunciones legales en casos de delitos sexuales en contextos de violencia de género. Este tema surge a partir del análisis del precedente judicial “*O., D. N.*” (2020), dictado por la Corte de Justicia de la Provincia de Salta.

De esta manera, se describió que el tribunal se encontró con los problemas de prueba, justamente porque no existía una determinación en el valor y funcionamiento que tienen las pruebas antes mencionadas, esto envuelve una indeterminación en la valoración de la prueba o información, situación que afecta la premisa fáctica del silogismo, como bien lo explican Alchourron y Bulygin (2012).

En el caso concreto, la CJ de Salta resolvió no hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el imputado, y consecuentemente, confirmó la sentencia. Para llegar a esta decisión judicial fundamentó que la valoración de la prueba tiene que efectuarse conforme las reglas de la sana crítica racional, previsto en la normativa del Código Procesal Penal. Al respecto se expresó que en materia penal rige la libertad probatoria y el juzgamiento que tiene que hacer el tribunal es reconstruir el hecho a través de todo rastro, vestigios e indicios. En los delitos de contenido sexual adquiere fundamental relevancia el testimonio de la víctima, al extremo de que nada impide que una sentencia condenatoria se fundamente únicamente en la declaración testimonial, convirtiéndola en un elemento preponderante por sobre la negativa del acusado.

En efecto, el tribunal consideró que la declaración de la víctima, todavía cuando sea la única testigo de los hechos tendrá entidad para ser considerada prueba válida de cargo (art. 16 inc. i, Ley N° 26.485), es decir, esto puede enervar el principio de inocencia del acusado (art. 18, CN). En efecto, se concluyó que el testimonio de la víctima es válido si se observan los siguientes estándares: 1) persistencia en la acusación; 2) verosimilitud en la declaración; y 3) ausencia de incredibilidad subjetiva. Estos requisitos tienen que comprobarse -relación entre el relato de la víctima y demás pruebas (indicios, presunciones legales, etc.)-, lo que exige una fundamentación razonada de la prueba producida por parte del juzgador. Al mismo tiempo, en lo atinente a la valoración de la prueba, se tiene que aplicar en casos de violencia contra la mujer el “principio de amplitud probatoria” (art. 16 inc. i, Ley N° 26.485), la perspectiva de género y la regla de la sana crítica racional.

VII. Listado de bibliografía

A) Doctrina:

- Alchourron, C. y Bulygin, E. (2012). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Arena, F. J. (2020). Notas sobre el Testimonio Único en Casos de Violencia de Género. Publicado en *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, UDG, Girona. Recuperado el día 05/04/2022 de: <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22370>
- Bidart Campos, G. J. (2008). *Compendio de Derecho Constitucional*. 1° ed., Buenos Aires: Ediar.
- Cafferata Nores, J. I. (1998). *La Prueba en el Proceso Penal*. 3° ed., Buenos Aires: Depalma.
- Cafferata Nores, J. I. (2006). ¿Un Nuevo Recurso de Casación? Reflexiones sobre el Caso “Casal” de la Corte Suprema. Publicado en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina.
- Di Corleto, J. (2017). Igualdad y Diferencia en la Valoración de la Prueba: Estándares Probatorios en Casos de Violencia de Género. Publicado en *Género y Justicia Penal*, Buenos Aires: Didot.
- Jauchen, E. M. (1992). *La Prueba en Materia Penal*. 1° ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

- Jauchen, E. M. (2015). *Proceso Penal, Sistema Acusatorio Adversarial*. Santa Fe: Rubinzal–Culzoni.
- Parma, C. (2011). *Recursos y Acciones contra una Sentencia Penal Arbitraria*. 1º ed., Buenos Aires: Hammurabi.
- Quiroga Lavié, H. (2009). *Derecho Constitucional Argentino*. Tomo I y II, 2º ed., 2º ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Ramírez Ortiz, J. L. (2020). El Testimonio Único de la Víctima en el Proceso Penal desde la Perspectiva de Género. Publicado en la *Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio, Quaestio facti. International Journal on Evidential Legal Reasoning*, N° 1, Madrid, pp. 201-246. Recuperado el día 28/05/2022 de: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48676-testimonio-unico-victima-proceso-penal-perspectiva-genero>
- Sancinetti, M. A. (2013). Testimonio Único y Principio de la Duda. Publicado en la *Revista InDret. Para el Análisis del Derecho*, Barcelona, pp. 1-22. Recuperado el día 09/04/2022 de: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/988.pdf>
- Sagües, N. P. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.

B) Legislación:

- Constitución Nacional
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belem do Pará”)
- Código Penal de la Nación
- Ley N° 26.485 de Protección Integral a las Mujeres
- Código Procesal Penal de Salta

C) Jurisprudencia:

- CSJN: “Giroldi Horacio David y otro s/ recurso de casación - Causa N° 32” (07/04/1995)
- CIDH: “Ulloa vs. Costa Rica” (02/04/2004)
- CSJN: “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681-.” (20/09/2005)

- Trib. Oral en lo Criminal N° 7, Capital Federal: “A. M., O. A. s/ inf. Art. 120 C.P” (20/11/2013)
- CIDH: “Norín Catrimán” (25/05/2014)
- CSJN: “Duarte, Felicia s/recurso de casación” (05/08/2014)
- Cám. Nac. de Casac. en lo Crim. y Corr., Sala II, de la Capital Federal: “Rolón, Miguel Ángel s/ abuso sexual” (13/12/2016)
- Cám. Nac. de Casac. en lo Crim. y Corr., Sala II, de la Capital Federal: “Maza, Juan Pablo s/ recurso de casación” (19/11/2019)
- CJ de Salta: “O., D. N. por abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa en perjuicio de M.F.P. – recurso de inconstitucionalidad penal” (22/04/2020)

ANEXO

(Tomo 232: 213/234)

Salta, 22 de abril de 2020.

Y VISTOS: Estos autos caratulados “**O., D. N. POR ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN GRADO DE TENTATIVA EN PERJUICIO DE M.F.P. – RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD PENAL**” (Expte. N° CJS 40.469/19),
y

CONSIDERANDO:

1º) Que a fs. 385/405 el Defensor Oficial Penal de la U.D.P. N° 2, Víctor Walter Clark, ejerciendo la asistencia técnica de D. N. O., interpone recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala III del Tribunal de Impugnación de fs. 360/372 vta., que revocó la absolución dispuesta por la Sala IV del Tribunal de Juicio del Distrito Judicial del Centro (v. veredicto de fs. 305 y fundamentos de fs. 313/327 vta.) y, en definitiva, lo condenó a la pena única de cuatro años y seis meses de prisión efectiva por encontrarlo penalmente responsable del delito de abuso sexual con acceso carnal en grado de tentativa, (arts. 119, tercer párrafo, en función del 42 del Código Penal).

Luego de hacer una breve referencia a las cuestiones de admisibilidad, se agravia del fallo –al que califica de arbitrario- afirmando que el “a quo” incurrió en vicios esenciales en la interpretación del derecho, en la reconstrucción de los hechos y en la selección y valoración de las pruebas; evidenciándose deficiencias en su estructura lógica.

Reseña que el tribunal de juicio absolvió a su asistido por el beneficio de la duda, al concluir que los elementos probatorios que se produjeron durante el debate oral, público y contradictorio fueron insuficientes para arribar al grado de certeza de culpabilidad.

Agrega que el órgano revisor concluyó que se encontraban suficientemente acreditados los extremos de la ley para condenar al imputado, cuando no tuvo la

posibilidad de la inmediación en la producción de la prueba, que únicamente se logra en el plenario, lo que importa una franca violación a las pautas de razonabilidad, de las reglas de la lógica y de la experiencia común.

Sostiene que al momento de emitir el decisorio, el Tribunal de Impugnación omitió considerar y valorar prueba decisiva producida durante el plenario. En este sentido, señala que no analizó el certificado médico de la víctima, respecto a la vestimenta de la denunciante cuando fue revisada (vestía una calza floreada y al momento del hecho tenía puesto un jeans), restándole importancia a ese detalle, al punto de considerarlo irrelevante. Arguye que aquella omisión pone en evidencia la arbitrariedad del fallo, vulnerando así el deber de imparcialidad que demanda la ley, como así también principios y garantías constitucionales, tales como el de inocencia e “in dubio pro reo”, generando un perjuicio de imposible reparación ulterior.

Indica que del plexo probatorio producido durante el juicio (declaración de la víctima, testimoniales, certificado médico, entre otros) no surge la certeza necesaria que requiere una sentencia condenatoria. En efecto, el “a quo” considera como única motivación para imponer una pena a O. la declaración de la supuesta víctima, que es en todo momento contradictoria e insostenible, mostrando en el relato de los hechos una versión falaz y mentirosa.

Concluye que al no existir elementos probatorios legítimos e indubitados para sustentar la condena, corresponde que se mantenga la absolución dispuesta por el tribunal de juicio.

2º) Que en su dictamen de fs. 452/454 vta, la Fiscal ante la Corte N° 2, por los fundamentos allí expuestos, se pronuncia por el rechazo del recurso deducido.

3º) Que, otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto que el recurso fue oportunamente concedido (v. fs. 427/428), previo a expedirse sobre los motivos invocados por el recurrente, incumbe a esta Corte, en la presente instancia, efectuar un nuevo control de los recaudos de orden formal a los que la ley subordina su admisibilidad (arts. 554 y cc. del C.P.P.).

A ese respecto se observa que ha sido presentado en término y por parte legitimada (cfr. fs. 375 y 405) y que, además, la resolución resulta objetivamente impugnada. Sin embargo, corresponde analizar si los motivos invocados logran demostrar, con

argumentos suficientes, la vulneración de las garantías constitucionales atribuida al fallo cuestionado.

4º) Que en primer término cabe recordar que esta Corte tiene dicho que el recurso de inconstitucionalidad local ampara acabadamente el derecho a la doble instancia (cfr. Tomo 208:425; 210:441, entre otros). En efecto, resulta la vía vertical apta para posibilitar un control amplio de la primera condena.

La cuestión que se suscita en autos resulta extensiva a todos aquellos supuestos en que un tribunal revisor -en el caso, el Tribunal de Impugnación- ejerce su competencia para revocar una absolución y condenar al imputado, lo que es conocido como “casación positiva”, en la que evita el juicio de reenvío y autoriza a los jueces a resolver el caso conforme a la ley que declaran aplicable.

Ello así por cuanto el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho del imputado de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior; a su vez, el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se la haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescripto por la ley. Ambos tratados fueron receptados en el derecho interno, en virtud de lo dispuesto en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional y en los estándares emanados de fallos de la Corte Federal, como son los derivados de sus precedentes “Giroidi” (Fallos, 318:514), “Casal” (Fallos, 328:3399) y “Duarte” (Fallos, 337:901), entre muchos. Lo que se espera en concreto de la instancia recurrida es que, realizado su máximo esfuerzo, revise todo aquello que de hecho sea posible revisar.

En búsqueda de soluciones procesales viables para dotar de efectividad al derecho a la vía recursiva en casos de casación positiva contra el incuso, como es el que nos ocupa, conviene recordar que la Corte Interamericana en el caso “Norín Catrimán” (sent. del 25/05/14, Serie C, Nº 279, párrs. 269 y 270) sistematizó los requisitos que, de acuerdo a la jurisprudencia anterior de ese mismo tribunal, tiene que reunir un recurso para garantizar adecuadamente el derecho reconocido por el art. 8.2.h de la CADH: tratarse de un recurso ordinario (lo que implica que debe ser garantizado “antes que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada, pues busca proteger el derecho de defensa evitando que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contenga errores”); accesible (las formalidades que los ordenamientos procesales exijan para su

admisión “deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso cumpla con su fin de examinar y revisar los agravios”); eficaz (debe ser “un medio adecuado para procurar la corrección de una condena errónea”); que permita un examen o revisión integral del fallo recurrido (“debe permitir que se analicen las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada”); que respete las garantías mínimas (que “resulten pertinentes y necesarias para resolver los agravios planteados por el recurrente, sin que ello implique la necesidad de realizar un nuevo juicio oral”); y -en lo que aquí interesa- que esté al alcance de toda persona condenada.

En esa misma línea, aquella Corte, en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (sentencia del 02/04/04, Serie C, N° 107), despejó el camino hacia la búsqueda del concepto del “derecho al recurso” tal como debe ser entendido hoy en día, al declarar que “la posibilidad de recurrir el fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio ese derecho” (párrafo 164); y añadió, “independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida” (párrafo 165).

Resta señalar que la negativa a un control casatorio extenso de la primera condena, por la sola circunstancia de ser pronunciada por el Tribunal de Impugnación, reflejaría una violación del principio de igualdad ante la ley (arts. 16 de la Constitución Nacional y 13 de la Constitución Provincial) toda vez que el condenado por un tribunal o juez de juicio -de primera instancia- se encontraría en una mejor posición, al asegurársele el derecho al recurso en términos más amplios que a aquél. Asimismo, el titular de la acción penal gozaría de mejores herramientas procesales para revertir una absolución del imputado, a la par de que se le negaría a éste la posibilidad de cuestionar -por primera vez- un pronunciamiento condenatorio, arribando a la paradójica conclusión de que un remedio legal -inicialmente previsto a su favor- terminaría perjudicándolo.

En base a lo expresado, en situaciones como la que se presenta en el “sub lite”, el bloque convencional y constitucional, así como las jurisprudencias citadas, impelen a esta Corte a constituirse como tribunal de revisión, flexibilizando las reglas del recurso de inconstitucionalidad a fin de efectuar una revisión amplia, comprensiva no sólo de las garantías constitucionales, sino también de las cuestiones de hecho y derecho sometidas a consideración.

5º) Que cabe ingresar ahora al examen de los agravios planteados por el recurrente y, en relación con la primera cuestión esgrimida, consistente en que la sentencia condenatoria del tribunal “a quo” contradice los principios rectores de la inmediación, que únicamente se puede dar en el marco de un juicio público, oral, concentrado y continuado, en donde las partes, en igualdad de armas, pueden vivir en plenitud la actividad probatoria, corresponde recordar –como lo hizo este Tribunal en el precedente registrado en Tomo 229:329- que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Casal” (Fallos, 328:3399), estableció como línea directriz que los tribunales de casación deben “...agotar la revisión de lo revisable” y que “...lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación...”. “Por ende, debe interpretarse que los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad sino también porque no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento”. “Por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente queda limitada a los testigos. De cualquier manera, es controlable por actas lo que éstos deponen. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos puedan causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido” (considerandos 23, 24 y 25 del voto mayoritario). Dicho criterio fue luego reiterado en “Martínez de Areco” (Fallos, 328:3741), “Salto” (Fallos, 329:530) y “Tranamil” (Fallos, 330:518).

Así, cuando la Corte Federal señala que la inmediación puede ser un límite fáctico sólo determinable en el caso concreto, se refiere a la ausencia de registros sobre la información utilizada por el juez para sustentar su decisión; de allí que, a mayor información sobre el proceso, menor influencia de la inmediación como límite efectivo a la revisión de la condena; luego, la “impresión personal” sólo tiene importancia en la medida que encuentre argumentos racionales y legítimos (no discriminatorios) para sostener sus conclusiones. En otras palabras, las “impresiones personales” de los jueces sólo cobran importancia en la medida que encuentren un discurso lógico-jurídico (racional y legítimo) para sustentar la opción derivada de su apreciación; es que el juez se encuentra constreñido a motivar sus decisiones, por tanto, el abanico de opciones que se abre para fundar el juicio sobre la prueba se encuentra restringido a las percepciones

que puedan racionalmente justificar inferencias. De este modo, puede verse obligado a rechazar determinadas alternativas decisorias, quizá más acorde a sus convicciones, pero insusceptibles de ser argumentadas plausiblemente.

En realidad, aun cuando la inmediación brindara datos basados en aspectos no verbales que permitieran al juez del juicio adquirir una “impresión personal” del caso más amplia de la conferida por la deposición de los órganos de prueba, lo cierto es que, como con claridad explica José I. Cafferata Nores, dichos aspectos del testimonio no son controlables intersubjetivamente y por ello mismo pueden ser percibidos de manera diferente por distintos individuos, de modo que su relevancia no puede ser establecida en forma objetiva, circunstancia que priva a tal material de la capacidad de constituirse en base legítima para fundar racionalmente una decisión con validez general (cfr. “¿Un nuevo recurso de casación? Reflexiones sobre el caso ‘Casal’ de la Corte Suprema”, publicado en revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis Nexis, 9/2006, pág. 1684; esta Corte, Tomo 211:1037; 229:329, entre otros).

6º) Que otro de los agravios que sostiene el recurrente se centra en la valoración de la prueba que el tribunal “a quo” tuvo en cuenta al momento de dictar el fallo condenatorio que, según el impugnante, se sustentó principalmente en la declaración de la víctima y omitió analizar otros elementos probatorios, lo que demuestra falta de imparcialidad al momento de arribar al grado de certeza condenatoria.

Sobre este tema, resulta necesario hacer referencia a dos cuestiones importantes: a) las reglas de la valoración de la prueba; y b) la figura penal que se analiza en el caso particular.

Con relación al primer punto, corresponde señalar que en nuestro ordenamiento procesal penal rige el sistema de libertad probatoria y el de libre convicción del juez o sana crítica racional, previstos en diversas disposiciones del Código Procesal Penal. Ello implica, por un lado, que el juez no debe atenerse o limitarse a los elementos probatorios descriptos en la ley y que, sean cuales fueren los que se arrimen a la causa para demostrar o desvirtuar la existencia del hecho, conserva la facultad de valorarlos conforme las reglas del recto entendimiento humano, sin sujeción a directiva o tasación legal alguna (esta Corte, Tomo 191:827; 193:583; 197:253, entre muchos otros). Este método prescribe la libertad de convencimiento de los jueces, pero les exige que sus conclusiones sean el producto razonado de las pruebas en que se basen y así puedan ser explicadas. Esta

libertad implica facultades de seleccionar y descartar, y de conceder o restar eficacia conviccional a las pruebas en que fundan la sentencia.

Es que “La sana crítica racional implica respetar los principios de la recta razón que no son más que las reglas de la lógica que se estructuran sobre la acabada idea de coherencia y derivación, con más las bases cardinales de identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente. Esto debe verse abonado por los principios incontrastables epistemológicos que vienen de la psicología, en cuanto a la percepción, personalidad, emoción, volición, ideación, como así también los elementos empíricos que llegan de la experiencia de vida, conocimientos vulgares, del plano emotivo, de la observación” (Carlos Parma, “Recursos y acciones contra una sentencia penal arbitraria”, Hammurabi, 2011, págs. 46/47). O sea que el juez debe apreciar la prueba y fundar su decisión basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indica la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano (Eduardo Jauschen, “Proceso Penal, Sistema Acusatorio Adversarial”, Rubinzal–Culzoni, 2015, pág. 304; esta Corte, Tomo 229:329).

La valoración de la prueba, integrante del deber de fundamentación de la sentencia, constituye un complejo mecanismo en función del cual deben enumerarse y justipreciarse todos los elementos probatorios legalmente incorporados al proceso, con el fin de extraer de ellos, por medio de las normas de la sana crítica, las correspondientes conclusiones sobre la verdad histórica del hecho a dilucidar. Se trata de un procedimiento exhaustivo, en el que debe abarcarse a todos y cada uno de los elementos de convicción idóneos para arrojar luz sobre el hecho atribuido al acusado, y no cabe dejar de lado ningún tipo de evidencia susceptible de rotularse como esencial (cfr. esta Corte, Tomo 82:439; 84:15; 197:489, entre otros).

7º) Que en relación al tipo penal que se analiza en el presente caso, resulta pertinente recordar que el bien jurídico protegido por el art. 119 del Código Penal es la libertad sexual, concebida como el derecho de las personas a tener voluntario y consentido trato erótico, a determinar libremente sus conductas íntimas y a que no se ataque su reserva sexual, entendida como la libre disposición del cuerpo, y abarca el pudor individual de las personas que sufren tales abusos, quienes ven afectadas su integridad sexual o su pudicia individual (esta Corte, Tomo 141:465; 165:11; 176:259, entre otros).

Este tipo de delitos se desarrolla generalmente en ámbitos privados o aislados que resultan proclives a su consumación. Es por ello, que al proceder a su juzgamiento, el tribunal debe reconstruir el hecho a través de todo rastro, vestigio e indicio a efectos de dilucidar lo oportunamente denunciado; de lo contrario, la simple ausencia de testigos u otra prueba de las habituales representaría la impunidad del encausado. En este sentido, tal como lo sostuvo esta Corte, en los delitos de contenido sexual adquieren fundamental relevancia los dichos de la víctima, al extremo de que nada impide que un pronunciamiento condenatorio se sustente sólo en su declaración testimonial, siempre y cuando sea objeto de un riguroso análisis y se expongan los aspectos que determinan que le sea asignada credibilidad, convirtiéndola en un elemento preponderante por sobre la negativa del acusado (Tomo 140:445; 200:241; 218:691, entre muchos otros).

En el caso cabe considerar debidamente aplicado el método de la sana crítica racional si la atribución certera del hecho se efectúa a partir del análisis del testimonio de la víctima, cuyos dichos fueron pormenorizadamente evaluados (esta Corte, Tomo 211:1037).

8º) Que el Tribunal “a quo” realizó un examen integral de los hechos a partir de la aplicación racional de la reconstrucción histórica.

Por ello, la declaración de la víctima, aún cuando sea la única testigo de los hechos, tendrá entidad para ser considerada prueba válida de cargo, y, por ende, virtualidad procesal para enervar el principio de inocencia del acusado, cuando no se adviertan en ella razones objetivas que invaliden las afirmaciones que realiza, tales como: 1) persistencia en la acusación; 2) verisimilitud en la declaración; 3) ausencia de incredibilidad subjetiva.

Al analizar cada una de las tres afirmaciones señaladas se tiene que, en relación con la persistencia en la acusación, el hecho ocurre el día 30 de abril de 2018, a horas de la madrugada, cuando la damnificada pone en conocimiento lo sucedido ante la autoridad policial, radicando la correspondiente denuncia ese mismo día, en forma inmediata; y el relato de lo sucedido se mantuvo en el tiempo, durante toda la etapa del proceso, declaración que fue concreta y precisa, donde la víctima dio cuenta de los hechos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de narrar, coherente y sin contradicciones, manteniendo la necesaria conexión

lógica entre sus distintas partes, y consistente en lo sustancial a través de los sucesivos relatos.

Ello se encuentra corroborado, principalmente, por el informe de la lic. María Fernanda Garbinson (psicóloga del Poder Judicial) de fs. 247/248, quien describe entre otras cosas “que el relato de la víctima se advierte claro en sus expresiones, consistente, sin fisuras... Una marcada angustia aparece al momento de relatar la vivencia de un hecho disruptivo que al parecer ha alterado su rutina... le ha provocado una fuerte sensación de indefensión, lo que ha instalado en ella un marcado temor... su rememoración la enfrenta directamente con una angustia desbordada relacionada con el impacto sufrido”. A su vez, al prestar declaración testimonial en la audiencia de debate (v. fs. 290 y vta.) la lic. Garbinson manifestó que realizó dos entrevistas extensas a la víctima y remarcó que no advirtió mendacidad ni fabulación en sus relatos, recomendándole terapia.

En este sentido, las reglas de la experiencia común, que deben gobernar la apreciación de la prueba, indican que de ordinario la comparecencia ante la justicia para exponer un ataque a la libertad sexual supone de parte de la víctima una situación traumática que, en principio, puede ser vencida a partir del impulso de que se haga justicia, de allí que quien pretenda que son otras las motivaciones con que se conduce el que se dice afectado por el hecho, debe ponerlas de manifiesto.

En relación con la verosimilitud de su declaración, la damnificada M. F. P. relata, al prestar declaración en el plenario (v. fs. 281 vta./282), que el imputado “la agarró de los brazos, ella le dijo que la suelte. Que forcejearon. Aclarando que estaban los dos parados frente a frente y que O. la agarró de un brazo primero y luego de los dos...”. Por su parte, al momento de ser examinada por el médico legal, la Dra. Cardozo (v. fs. 6 del legajo de investigación) informa que la damnificada presenta “excoriación leve en región lateral interna de muñeca y antebrazo derecho y mano derecha. Lesiones recientes, producidas al rasparse con o contra superficie rugosa/o lisa”.

La víctima continúa relatando a fs. 281 vta. que “cuando forcejearon para que la suelte de los brazos, el imputado la tiró, y aprovechó para sacarle el pantalón junto con las zapatillas. Aclara que el pantalón que usaba no era ajustado al cuerpo ni las piernas”. Sobre este punto, la lic. en Criminalística Graciela Romero, declara a fs. 288 vta. que “en el lugar señalado como ocurrido el supuesto hecho había aplastamiento leve del pasto”; lo que fue corroborado por el cabo Oscar Luis Alberto López (v. fs. 300).

Al prestar declaración testimonial la lic. en Criminalística Paola Elizabeth Geipel, expresa que analizó las distintas prendas de vestir secuestradas a la damnificada y observó “que la campera presentaba descosido pero zurcido en la axila izquierda y en la sisa de la espalda lado derecho, producto de tracción, que puede ser por violencia o uso torpe. El jeans tenía daño en el cierre y le faltaban pestañas producto de violencia o uso torpe. La campera tenía tierra en la zona de la espalda, como piso sucio, el jeans tenía manchas verdosas en la parte de bota derecha, como de fricción con pasto, la parte trasera tenía tierra, pero de roce por uso. El corpiño tenía manchas de tierra, y daño en el ojal del bretel trasero izquierdo. La bombacha tenía manchas de tierra” (v. fs. 300).

9º) Que todos estos elementos probatorios mencionados y que fueron legalmente incorporados al debate constituyen indicios de entidad suficiente para afirmar que la declaración de la víctima fue en todo momento creíble, ajustada a las reglas de la lógica o le experiencia y que no presentó vaguedades o incoherencias.

Sobre el particular, esta Corte ha dicho que difícilmente se pueda contar en estos casos con prueba directa y contundente, por lo que la vía de acceso hacia la verdad será la de la valoración sistemática de todos los indicios, que juntos y coherentemente formarán parte de un todo, revistiendo así suficiente fuerza probatoria (Tomo 163:319; 205:91, entre otros).

10) Que con respecto a la tercera afirmación de la declaración de la víctima (ausencia de incredibilidad subjetiva), teniendo en cuenta no sólo la personalidad de la declarante, su madurez, edad, nivel de comprensión sino también que de todos los testimonios brindados en el debate, no surge ningún indicio que lleve a pensar que existe entre la víctima y el imputado una relación basada en el odio, el resentimiento, la enemistad, la revancha, los celos, la venganza o cualquier otra cosa, que hagan dudar sobre la imparcialidad de la declaración, es decir, que le nieguen aptitud para generar certeza.

11) Que la Dra. María Virginia Albarracín (médica psiquiatra del Poder Judicial), da cuenta que O. exhibe una personalidad inmadura y bajo el consumo de sustancias psicoactivas puede presentar riesgos hacia terceros, como así mismo. Informa que el imputado reconoció el consumo de marihuana y bebidas alcohólicas desde su adolescencia. Presenta baja tolerancia a la frustración y tiene una impulsividad mayor que lo normal (v. 285 y vta.).

Por otra parte, si bien el encartado no tiene antecedentes referidos a delitos sexuales, de la lectura de la planilla prontuarial de fs. 276 se evidencia que registra una condena de pena de tres años de prisión de ejecución condicional por los delitos de lesiones leves agravadas por la relación preexistente (3 hechos); desobediencia judicial (2 hechos) y coacción en concurso real, en un contexto de violencia de género.

Estas circunstancias también deben ser tenidas en cuenta al momento de valorar la personalidad impulsiva y agresiva de O., lo cual torna verosímil una conducta como la denunciada, que se traduce en un desprecio al género femenino, teniendo en cuenta la naturaleza y características de la agresión, y la condición de vulnerabilidad de la mujer, ello de conformidad a su evaluación desde una perspectiva de género como imponen los compromisos internacionales asumidos por el estado e incorporados al derecho interno (inc. 22, art. 75, Constitución Nacional) a través de la Convención de Belém do Para (aprobada por Ley 24632).

12) Que cabe destacar que el flagelo de la violencia de género se debe abordar como un problema social, de tipo estructural en nuestras sociedades aún fuertemente sexistas. En concreto, en el art. 1º de la citada convención se ha destacado que es violencia contra la mujer “cualquier acción basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico..., tanto en el ámbito público como en el privado”. Y en el art. 2º, se entiende que la “violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación maltrato y abuso sexual...”.

13) Que asimismo, en el marco de la normativa vigente en nuestro país desde marzo de 2009, el abuso sexual debe ser entendido y abordado como una forma de violencia sexual. En efecto la Ley 26485 define la violencia contra las mujeres como “toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal...” (art. 4º). Y, además, describe a la violencia sexual como “cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación... (art. 5º).

14) Que la calificación jurídica asignada al “sub iudice” deviene acertada, pues la conducta desplegada por el acusado, consistente en agarrar a la víctima fuertemente de los brazos, para luego tirarla al piso y, colocándose por encima de ella, intentó en todo momento inmovilizarla, logrando sacarle el pantalón y las zapatillas, estuvo encaminada indudablemente a menoscabar su pudor sexual; particularmente a consumir el acceso carnal con la penetración (dolo directo). Y, al respecto, esta Corte tiene dicho que para que exista violación, es indispensable, ante todo, que se haya introducido el miembro viril de una persona en la cavidad orgánica de otra (Tomo 158:389).

Sin embargo, la resistencia tenaz de la víctima y sus pedidos de auxilio constituyeron obstáculos y circunstancias objetivas para evitar que el imputado pueda consumir el ilícito iniciado. Sobre el particular, enseña Ricardo C. Núñez que “la tentativa requiere que la falta de consumación del delito se deba a circunstancias ajenas a la voluntad del autor. Tienen ese carácter, las circunstancias subjetivas (como la impotencia, el error de cálculo, el temor, etc.) u objetivas (como la resistencia de la víctima a los obstáculos) que siendo extrañas a la intención del autor lo determinan a abandonar la ejecución del delito, impiden que los prosiga o que, agotada la ejecución, se produzca el resultado” (“Manual de Derecho Penal, Parte General”, 5ta. ed., Lerner Editora S.R.L., Córdoba, 2009, págs. 241/242).

Cualquiera haya sido la fórmula de la tentativa adoptada por los legisladores, no ha resultado fácil hacer su distinción con los actos preparatorios. El comienzo de la ejecución del delito, que tiene su origen en el Código Civil francés de 1810, se interpretó de dos formas diferentes por los autores. En esa idea, siguiendo la tesis subjetiva–objetiva, se considera que hay comienzo de ejecución del delito si el autor realiza actos demostrativos de que ha puesto en obra su finalidad delictiva. Es decir, que el comienzo de ejecución no comprende sólo los comportamientos típicos, por ser los adecuados para consumir el ilícito, sino también los que careciendo de sí mismo de esa capacidad, por su inmediata conexión con la conducta típica y su sentido, demuestran que el autor ha puesto en marcha su intención. “No es necesario... que la finalidad de acceder carnalmente a la víctima por la violencia se traduzca por el contacto externo de los órganos sexuales, sino que concurriendo el propósito de cometer la violación resultan suficientes otros actos significativos de la ejecución de esa finalidad, por ej. derribar a la víctima y ponerse en posición adecuada” (ob. cit., pág. 240).

15) Que esta Corte precisó que la sentencia es válida si, como en el caso, en sus fundamentos se ha cumplido con una ponderación completa de las pruebas y si, además, cuenta con un análisis razonado de las constancias de la causa y delimita con precisión la significación que cabe asignar a los hechos, sus circunstancias y su autoría (Tomo 141:465, entre otros).

16) Que a partir de lo expuesto se concluye que el pronunciamiento cuestionado se halla suficientemente fundado, y las críticas sólo evidencian un desacuerdo con el resultado al que se arribó, lo que impide su descalificación como acto jurisdiccional válido, al no encontrarse justificada la tacha de arbitrariedad; por lo que corresponde desestimar el recurso de inconstitucionalidad deducido por la asistencia técnica de D. N. O..

Por ello,

LA CORTE DE JUSTICIA,

RESUELVE:

I. NO HACER LUGAR al recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 385/405 y, en su mérito, confirmar la sentencia de la Sala III del Tribunal de Impugnación de fs. 360/372 vta.

II. MANDAR que se registre, notifique y oportunamente bajen los autos.

(Fdo.: Dres. Guillermo Alberto Catalano -Presidente-, Ernesto R. Samsón, Sergio Fabián Vittar, Dra. Teresa Ovejero Cornejo y Dr. Pablo López Viñals –Jueces y Jueza de Corte-. Ante mí: Dra. María Jimena Loutayf –Secretaria de Corte de Actuación-)