

REGISTRO Nro: 2330/2013

//la ciudad de Buenos Aires, a los 4 días del mes de diciembre del año dos mil trece, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Juan Carlos Gemignani como Presidente, los doctores Mariano Hernán Borinsky y Gustavo M. Hornos como Vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación de fs. 517/537 vta., de la presente causa nro. 554/2013 del registro de esta Sala, caratulada: **"FIGUEREDO CABALLERO, Máximo s/recurso de casación"**; de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 14 de la Capital Federal, en la causa N° 3918 de su registro, en la sentencia de fecha 13 de marzo de 2013 (cuyos fundamentos se dieron a conocer el día 20 de marzo del mismo año), en lo que aquí interesa, resolvió: **"I.- RECHAZAR la nulidad deducida por el señor Defensor Oficial Ad-Hoc Dr. Leonardo C. Filia; II.- Por mayoría, CONDENAR a MAXIMO FIGUEREDO CABALLERO (...) a la pena de SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, accesorias legales y costas, por resultar autor responsable del delito de abuso sexual simple -reiterado al menos en dos oportunidades, en perjuicio de la menor M. G. S.- en concurso real con abuso sexual simple -reiterado al menos en dos oportunidades- y abuso sexual agravado por acceso carnal, también en concurso material, estos últimos en perjuicio de la menor L. A. S. (arts. 12, 29 inc. 3°, 45, 55 y 119, primer párrafo y 119 tercer párrafo, del Cód. Penal)"** (fs. fallo de fs. 468 y vta. cuyos fundamentos obran a fs. 469/514 vta.).

II. Que contra dicha resolución, el doctor Leonardo C. Filia, Defensor Ad-Hoc de la Defensoría General de la Nación, interpuso recurso de casación en favor de Máximo Figueredo Caballero (fs. 517/537 vta.), el que fue concedido (fs. 538/541 vta.) y mantenido ante esta instancia (fs. 552).

III. Que la defensa de Figueredo Caballero interpuso recurso de casación con invocación de los motivos previstos en los incisos 1º y 2º del art. 456 del C.P.P.N.

En primer término, el recurrente postuló la nulidad de las entrevistas tomadas a las menores en Cámara Gesell, con la consecuente absolución de su defendido. En ese sentido, puntualizó que el Fiscal de Instrucción no estaba autorizado a disponer la realización de las entrevistas en los términos del art. 250 *bis* CPPN en virtud de que dichas medidas revestían el carácter de irreproducibles en tanto que con su reiteración podrían comprometer la manda constitucional a cargo de los tres poderes del estado de evitar la re-victimización de las menores -tal como el propio fiscal reconoció-. Señaló que se omitió lo dispuesto por el art. 200 y 210 CPPN en tanto es el juez quien debe coordinar las medidas de tal carácter para dar intervención a las partes y en ese marco, hacer posible que ceda la regla del pleno control en juicio oral, propiciando el control efectivo desde instrucción, dado que la Fiscalía era parte interesada en la investigación.

Enfatizó que si bien se notificó al defensor oficial la realización de la Cámara Gesell, sostuvo que la defensa no podría haber sido eficaz al estarse imposibilitado de guiar el interrogatorio dado que en ese entonces se ignoraba a la persona a la que se defendía, no dándose cumplimiento de la doctrina emanada en el fallo "Benítez". Solicitó la nulidad absoluta de dichas declaraciones, señalando que su agravio concreto es que dichas declaraciones fueron utilizadas para fundar la condena de su asistido.

Por otra parte, señaló la defensa que luego de la entrevista de las menores de edad en Cámara Gesell, vinieron las intervenciones posteriores que fueron tenidas en cuenta por los peritajes. Dichas intervenciones tuvieron lugar en el colegio, en el seno familiar o ante el SAME o profesionales del Hospital Pirovano, y ellas no fueron judicializadas como tampoco efectuadas bajo las condiciones exigidas

protocolarmente en una Cámara Gesell ni en consonancia con el interés superior del niño.

Descalificó el testimonio de la Lic. Viggiano quien estuvo a cargo de las entrevistas de las menores en Cámara Gesell. Puso de resalto que pese a preguntas explícitas de la Licenciada no hubo relato alguno de violación por parte de las víctimas, incluso expresó que fue negada dicha circunstancia. Asimismo, descalificó lo expuesto por el perito Segovia, el pediatra Lema, Dangvans y Mac Gregor.

Agregó que no se conoció la identidad del ginecólogo que practicó el estudio ginecológico y que éste examen no da a conocer las causas de producción del desgarró, que pudieron ser múltiples. Sostuvo que aún de tomar como válido que la causa del desgarró fue una penetración, se ignora data o fecha cierta del mismo, por lo que la falta himen no puede conducir inexorablemente a la autoría de su asistido. Expresó que en el fallo se soslayó toda precisión temporal, lo cual resulta ser un dato central en el caso.

Señaló que existen múltiples hipótesis que no involucran a su asistido como el autor de los hechos que fueron referidas por la propia madre y que no fueron despejadas por el tribunal.

En lo atinente al abuso sexual simple, señaló que media orfandad probatoria, las mutaciones del relato y la insuficiencia de la mera denuncia para condenar, habida cuenta que el contacto sobre la zona pectoral, o las piernas, pero sin tocamientos en los genitales o por debajo de la ropa, no satisface las exigencias típicas de la figura básica prevista en el art. 119 del Cód. Penal.

En suma, sostuvo que la condena se apoya en una entrevista nula por quien la ordena y por carecer de control de parte, la cual además omitió el episodio central no relatado ni por la víctima ni por testigo, que es dispar respecto del informe interdisciplinario que no consignó tampoco el episodio más grave, todo lo cual resulta débil en relación a los hechos

reprochados, pero más claramente aún para el delito agravado. Citó jurisprudencia en su apoyo e invocó a favor de su defendido el principio "*favor rei*" previsto en el art. 3 del CPPN.

Subsidiariamente, señaló que de considerar que se trató de un ataque a la libertad sexual de dos niñas, sin determinación precisa de la secuencia fáctica y su ubicación temporal, cabe considerar que se trataron de dos hechos (dos víctimas) y no de 5, teniendo en cuenta que lo que se analiza es la actividad limitadora o corruptora del mismo autor a la misma víctima. Expresó que es más claro en el caso de L. A. S. pues en su caso se concibió como un abuso sexual agravado, pues del tocamiento al acceso carnal se advierte una progresión del desvalor que opera como un delito continuado y no como hechos plurales y escindibles, lo cual debe impactar ostensiblemente reduciéndose la pena impuesta.

Por último, la defensa se agravió con relación a la pena impuesta. Criticó que se computen como agravantes la corta edad de las menores (requisito del tipo penal) y la reiteración de los hechos (la pluralidad fáctica ya se encuentra explicada en la regla concursal aplicable), lo cual a su criterio no puede ser valorado al momento de mensurar la pena por imperio del principio *non bis in idem*.

Agregó que se ponderó un daño psicológico no verificado por el perito Segovia y la vulnerabilidad social y humildad de las víctimas, omitiendo que es la misma que le cabe al imputado.

Sostuvo que debe aplicarse el mínimo legal dada la ausencia de antecedentes de su defendido, su nivel socio cultural y familiar y el buen concepto aportado por testigos.

Hizo reserva del caso federal.

IV. Que superada la etapa prevista en los arts. 465, cuarto párrafo y 466 del C.P.P.N. y la audiencia contemplada en los arts. 465, último párrafo y 468 del código de rito (cfr. fs. 558), quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas.

Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano Hernán Borinsky, Gustavo M. Hornos y Juan Carlos Gemignani.

El **señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky** dijo:

I. En primer lugar, corresponde ingresar en el análisis referido a la nulidad planteada por la defensa relativa a las entrevistas tomadas a las menores en Cámara Gesell.

Cabe señalar que el planteo de nulidad resulta ser una reedición del oportunamente formulado en el marco del debate, que recibió adecuada respuesta por parte del tribunal de origen, y la defensa no logra refutar en el recurso en examen los razonados y completos argumentos en los que sustentó la resolución recurrida.

En efecto, el tribunal de origen señaló que "*las declaraciones testimoniales de los menores de dieciséis años no se encuentran entre aquellos actos procesales catalogados de irreproducibles, pues aun cuando los intereses superiores del niño desaconsejen reiterar esas declaraciones para evitar eventuales consecuencias psicológicas de revictimización, no existe en realidad una expresa prohibición legal que impida volver a escuchar al menor (cfr. ley 25.582, dictada en consonancia con la Convención del Niño, arts. 3.1 y 12.2) cuando, con los debidos recaudos de protección, ello se torne imprescindible para garantizar a la persona juzgada el pleno ejercicio del derecho de defensa*" (sic).

Desde dicha perspectiva, la defensa no logra demostrar que el Agente Fiscal, a cuyo cargo se encontraba la instrucción, no se hallaba facultado a disponer la realización de las entrevistas de las menores en Cámara Gesell (art. 250 bis del CPPN), de conformidad con lo dispuesto en el arts. 196 bis y ccdes. del CPPN.

Sin perjuicio de ello, cabe agregar que el agravio que plantea la defensa resulta ser meramente formal, por lo cual no

habrá de prosperar. Cabe recordar que la declaración de nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley (Fallos: 298:312), resultando inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de la nulidad por la nulidad misma (Fallos: 322:507).

En el *sub examine*, si bien la recurrente alegó que las entrevistas previstas en el art. 250 *bis* del CPPN fueron dispuestas por quien -a su criterio- no resultaba competente, lo cierto es que no logra demostrar que dicha circunstancia le haya comportado perjuicio alguno a sus intereses, por lo cual propiciaré el rechazo de dichas críticas.

En efecto, si bien el Agente Fiscal dispuso la realización de las entrevistas de las menores en Cámara Gesell (art. 250 *bis* del CPPN), lo cierto es que el juez de instrucción tomó inmediatamente conocimiento de ello y convalidó lo actuado por el Agente Fiscal al disponer al respecto lo siguiente: "*vuelvan las actuaciones a la Fiscalía interviniente para que continúe con la investigación haciéndose saber que, en lo que concierne a las experticias ordenadas respecto de la menor, se deberá dar intervención a la Defensoría Oficial n° 10 así como también al Defensor de menores en turno ante las características del hecho*" (cfr. fs. 23).

De conformidad con lo dispuesto por el juez de instrucción, las audiencias fijadas a los efectos previstos en el art. 250 *bis* CPPN (cfr. fs. 56) fueron puestas en conocimiento del juez de instrucción (fs. 68, 77 y 78), de la Defensoría Oficial nro. 10 (mediante nota de fs. 56 vta.), como así también de la Unidad Funcional para la Asistencia de Personas Menores de 16 años (fs. 69), por lo cual la defensa no logra demostrar que no se le haya dado oportunidad de realizar un útil y efectivo control de dichas pruebas (art. 8.2.f CADH y art. 14.3.e PIDCyP), como tampoco que el *sub examine* guarde una relación de sustancial analogía con el fallo "Benítez, Aníbal

Leonel s/lesiones graves" (Fallos 329:5556) dictado por la C.S.J.N.

Asimismo, cabe señalar que sin perjuicio de que la defensa alegó que no ha podido ejercer adecuadamente su derecho de defensa en tanto su asistido no estaba individualizado, lo cierto es que la recurrente no efectuó reparo alguno a que se incorporen por lectura los informes que contienen las declaraciones en Cámara Gesell de las menores víctimas (cfr. escritos de ofrecimiento de prueba obrantes a fs. 352/353, 354/vta. y 371, y proveído de prueba de fs. 355/356). Por ello, comparto lo expuesto por el *a quo* en cuanto a que la recurrente ni siquiera requirió, en la etapa procesal oportuna, que las menores víctimas fueran nuevamente escuchadas en el juicio de acuerdo a dicha disposición, por lo cual cabe predicar que la defensa ha renunciado a interrogar a las menores víctimas -de acuerdo al procedimiento previsto en el art. 250 *bis* CPPN-.

A ello cabe agregar que la sentencia condenatoria dictada respecto de Figueredo Caballero no se fundó, en forma exclusiva, en las manifestaciones de las damnificadas menores que se incorporaron por lectura al debate -y que a su vez fueron reproducidas en DVD-. Ello así, toda vez que -como lo trataré en el próximo acápite-, los sentenciantes valoraron, por añadidura, la constancia hospitalaria que da cuenta de la pérdida del himen de L. A. S. y los dichos de los restantes profesionales (Viggiano, Segovia, Mac Gregor, Lema, Vitale, Diez, Zeballos, Mendoza) cuyas manifestaciones (valoradas en forma global) permiten tener por acreditada la materialidad de los hechos atribuidos a Figueredo Caballero.

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar las críticas tratadas en el presente acápite.

II. Por otra parte, corresponde tratar los agravios relativos a la alegada arbitrariedad en la valoración de la prueba.

Al respecto, cabe recordar que en el pronunciamiento que viene recurrido, el tribunal *a quo* tuvo por acreditado que

"alrededor de los meses de noviembre y diciembre de 2011, y enero y febrero de 2012, en el interior de la casa n° 92, ubicada en la manzana 29 de la Villa 31, de esta ciudad, Máximo Figueredo Caballero que a la sazón realizaba allí trabajos de albañilería, sometió de manera reiterada a las menores L. A. S., de 12 años de edad, y M. G. S., de 10 años de edad, a tocamientos libidinosos además de haber accedido carnalmente a la primera de ellas (...)".

En esa época, *"el imputado concurría a la vivienda indicada, de lunes a viernes, en el horario de 9:00 a 16:00 ó 17:00 hs., para realizar trabajos de albañilería contratado por la dueña de la casa, J. E. C. madre de las menores y de un niño de 5 años de nombre E., la que a su vez, por razones de su propio trabajo, se ausentaba del domicilio desde las 8:00 hs. hasta las 12:00 horas. Esta situación de desprotección en que permanecían las menores en la vivienda, fue aprovechada por el imputado para someterlas sexualmente en múltiples ocasiones; en el caso de M., mediante manoseos impúdicos en el cuello, la zona del pecho y las piernas, por sobre y por debajo de las ropas, y en alguna ocasión haciendo que le tocara el miembro, y tratando en otra de llevarla a la cama con evidente propósito de intensificar esos abusos, situación ésta que debió ceder ante la presencia sorpresiva de la hermana. En el caso de L. A., con idénticos actos de manoseos sobre las ropas, en las mismas zonas del cuerpo que a su hermana, para finalmente accederla carnalmente produciéndole el desgarró del himen, lo que ocurrió en el curso de los meses de enero o febrero de 2012. Para lograr el propósito que lo impulsaba el imputado trató de ganar la confianza de las niñas con palabras amables y cariñosas (por ejemplo, 'mi amor' o 'te quiero') o dándoles dinero, lo que a veces hacía con intención de lograr quedarse a solas con una de las niñas y así poder actuar sobre seguro, mientras los hermanos iban a comprar golosinas"*.

Corresponde examinar si la sentencia traída a revisión constituye un acto jurisdiccional válido derivado del

análisis lógico y razonado de las constancias allegadas al sumario en observancia al principio de la sana crítica racional o libre convicción (art. 398 del C.P.P.N.) o, por el contrario, si representa una conclusión desprovista de fundamentación o con motivación insuficiente o contradictoria (art. 404, inc. 2, del C.P.P.N.), tal como afirma la recurrente.

Así pues, en primer lugar, el *a quo* tuvo en cuenta los coincidentes relatos de las niñas víctimas, M. G. S. y L. A. S., brindados en Cámara Gesell. En dicha oportunidad, las menores damnificadas han podido describir las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se sucedieron los ilícitos. En efecto, las nombradas dan cuenta de que Máximo Figueredo Caballero realizó durante un tiempo prolongado trabajos de albañilería en la vivienda de las damnificadas (entre los meses de noviembre de 2011, enero y febrero de 2012), y que el imputado aprovechaba los momentos en que las menores se quedaban solas a raíz de que su madre se iba a trabajar, para abusar sexualmente de las nombradas.

Particularmente, M. G. S., al declarar en Cámara Gesell (cfr. informe de fs. 101/105 -incorporado por lectura al debate), precisó que "Maxi" se desempeñaba como albañil en la casa y que comenzó a manosear a su hermana cuando estaban solas, esto es cuando su mamá se iba a trabajar. Manifestó que "Maxi" les ofrecía dinero o la compra galletitas y que luego les empezaba "*a tocar todito*", que le tocaba la zona del cuello, del pecho, las piernas y la panza. Aclaró, a preguntas de la entrevistadora, que los tocamientos eran sobre y por debajo de la vestimenta y que "Maxi" estaba con ropa. La menor añadió que una vez "Maxi" intentó llevarla a la cama de la pieza de su madre pero que él cesó ante la presencia de su hermana L.. Asimismo, M. G. precisó que los tocamientos efectuados por "Maxi" -de los cuales resultó ser víctima- ocurrían en su casa (en la pieza de ellas, en la de su mamá o en la cocina) y los ubicó temporalmente al señalar que en aquel entonces ellas (las menores) estaban de vacaciones en el

colegio y con relación a ello también manifestó: *"pasó como un mes, después nosotras nos fuimos a La Plata"*.

Asimismo, M. G. S., declaró que observó a "Maxi" manosear a su hermana L. luego de que ésta salió del baño, que en dicha ocasión su hermana se estaba vistiendo, él la agarró y la empezó a manosear (*"le estaba tocando la teta"*), que luego "Maxi" le ofreció dinero a su hermana L. y que ella rechazó tal ofrecimiento. Manifestó que ante tal situación fue a llamar a su madre que trabaja en las cercanías de la casa, pese a lo cual su madre no alcanzó a ver lo que había sucedido.

Por otra parte, el tribunal de origen tuvo en cuenta lo declarado por L. A. S. en Cámara Gesell (cfr. informe de fs. 106/110 -incorporado por lectura al debate), quien manifestó que ella también fue objeto de tocamientos por parte de "Maxi". La menor señaló que el imputado le acariciaba la cara y le tocaba el pecho y las piernas, pero por encima de la ropa. También refirió que "Maxi" les ofrecía dinero a ella, a su hermana M. y a su hermano E., y que el imputado siempre le daba más plata a ella y le decía *"mi amor, te quiero"*. A su vez, con respecto al episodio que tuvo lugar luego de que salió del baño, L. A. expresó que "Maxi" en dicha ocasión no llegó a tocarla y manifestó: *"M. no sabía que él no me tocaba nada y yo le dije que el no me tocaba y le dijo que se fuera que me estaba cambiando"*. L. precisó que los tocamientos de "Maxi" -de los cuales resultó ser víctima- ocurrían en su casa (en la cocina y en la pieza de su mamá) y sucedían cuando él iba a trabajar a la casa, aunque al ser preguntada respecto de las circunstancias de tiempo expresó: *"eso no sabría decirte...en marzo...en febrero...en enero"*. Luego, al ser interrogada L. A. respecto de los motivos por los cuales se le había hecho en el hospital la prueba del embarazo, ella expresó que no sabía por qué le practicaron dicha prueba para luego interrumpir la entrevista y preguntar *"¿quién está escuchando este video?"* *'porque me da vergüenza'*.

Los testimonios brindados por las menores lucen coincidentes y la defensa no logra demostrar fisuras o quiebres en dichas declaraciones. Precisamente, la recurrente no logra rebatir lo expuesto por el a quo en cuanto a que las niñas "siempre mantuvieron firmeza al relatar lo que constituía el núcleo de la cuestión, cual fue que habían sido sexualmente abusadas por el albañil Maxi, durante el tiempo en que éste trabajó en la vivienda y en las horas en que la madre estaba ausente, firmeza que, a mi juicio, no se desmerece por la circunstancia que entre ellas hubieran existido algunas diferencias, que fueron periféricas a la cuestión central, o que hubieran introducido agregados a medida que iban hablando ante diferentes personas, lo que es comprensible dados los sucesivos interrogatorios que debieron afrontar y la situación, seguramente conmoviente para niñas de corta edad, de tener que transitar los ambientes extraños de una investigación judicial que comenzaba".

La defensa señaló que la precisión temporal de los trabajos que efectuó su asistido en la vivienda de las damnificadas era un dato central, pues para adjudicarle los abusos sexuales a su defendido era necesario que sus trabajos sean concomitantes a los hechos denunciados. Al respecto cabe señalar, tal como lo señaló el a quo, que la precisión temporal en el caso resulta ser "un dato de relativa trascendencia porque la realización de los hechos se ubicó en un tiempo determinado que no fue otro que aquel en que el imputado trabajó en la vivienda", y dicha circunstancia, "es decir la del comprobado trabajo en la vivienda, permite partir del hecho de que Figueredo Caballero contaba con las facilidades de tiempo y de lugar para actuar sobre las niñas, circunstancias éstas relevantes para comprender la verosimilitud de las expresiones de las menores al dirigir sus reproches hacia esa persona". Sin perjuicio de ello, resulta pertinente señalar que mientras la madre de las niñas, J. E. C., pudo ubicar el trabajo del imputado en los meses de noviembre 2011, enero y febrero de

11

2012, L. A., en Cámara Gesell, hizo referencia también a esos meses, y M. señaló que ellas estaban de vacaciones en el colegio, entre otras referencias.

Adunado a los coherentes testimonios de las menores brindados en Cámara Gesell, fueron ponderados los restantes informes que señalaron que las niñas presentaban indicadores de vitimización sexual, a la vez que también las menores presentaban traumas psíquicos y sintomatología específica compatibles con los hechos denunciados, constatándose en ellas datos objetivos ajenos a toda manipulación o inventiva (cfr. peritajes de fs. 142/153 suscripto por el médico psiquiatra doctor Martín Wenceslao Segovia y el peritaje de fs. 162/169 elaborado por el licenciado Diego A. Mac Gregor, los cuales fueron incorporados por lectura al juicio oral y cuyas conclusiones fueron ratificadas por los nombrados en dicha oportunidad).

Asimismo, el a quo tuvo en cuenta que la Licenciada en Psicología Karina Viggiano, quien llevó adelante las entrevistas conforme a lo prescripto por el art. 250 bis del CPPN, concluyó -con fundamentos y dando las respectivas explicaciones- que los testimonios de las menores resultaron verosímiles (cfr. peritajes de fs. 121/125 y fs. 126/130 -que fueron incorporados por lectura al debate y ratificados en el debate por la mentada profesional-).

La Licenciada Viggiano, puso de resalto que M. tuvo una actitud de colaboración, solicitó ingresar primero, que su relato fue espontáneo, amplio y que pudo contar y hacer un esfuerzo por precisar lo más claramente posible lo que recordaba. En cambio, señaló que en L. A. advirtió una *"actitud de incomodidad, desgano y principalente marcados signos de evitación, reticencia y ocultamiento, al tener que ahondar sobre los hechos narrados"*, como así también *"una tendencia a la minimización en la valoración de las acciones descriptas y discrepancias entre el relato actual y la información que figura en las constancias de autos"*. En ese sentido, Viggiano

resaltó en la audiencia de debate que la actitud de L. A. era vigilante y expectante durante todo el encuentro, y que principalmente cuando se quería ahondar en lo ocurrido trataba de evitar, bajar la mirada, ocultar cierta información; de esa manera, su reticencia transuntaba miedos y vergüenza, al punto que en un momento L. A. interrumpió la entrevista, preguntó si era escuchada por alguien y no quiso seguir con la declaración.

Si bien las constancias relevadas hasta aquí resultan suficientes para tener por acreditados los abusos sexuales simples efectuados por el imputado en perjuicio de las menores, asiste razón a la defensa que de las transcripciones de las entrevistas de las menores en Cámara Gesell (cfr. peritajes de fs. 121/125 y fs. 126/130) no surge que las menores hayan manifestado que L. A. S. fue accedida carnalmente por Figueredo Caballero. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que dicha circunstancia no empece a que el acceso carnal pueda acreditarse a partir de una valoración conjunta y armónica de la prueba arrojada al juicio oral, tal como lo efectuó la mayoría del *a quo*.

Al respecto, el *a quo* señaló que en las entrevistas efectuadas de conformidad con lo dispuesto en el art. 250 bis del CPPN "[r]esulta evidente que (...) L. retaceó información que poco antes había proporcionado a las docentes y a los profesionales hospitalarios, y sobre la que volvió luego al ser entrevistadas por el licenciada Mac Gregor. Sin dudas lo hizo porque en aquella audiencia no se encontraba cómoda o confiada a raíz de sentimiento de miedo o vergüenza que le generaba".

La hipótesis de que L. A. S. fue accedida carnalmente por Máximo Figueredo Caballero se vio respaldada, en primer lugar, por los restantes testimonios que dan cuenta coincidentemente que la nombrada L. A. y también -en ciertas ocasiones- su hermana admitieron -ante las autoridades escolares y los restantes profesionales del cuerpo médico del Hospital Pirovano- que L. A. había sido accedida carnalmente por el imputado. Si bien dichas declaraciones recogen

manifestaciones de las niñas fuera de las previsiones del art. 250 *bis* del CPPN, lo cierto es que la defensa no logra aportar fundamentos suficientes para invalidar su valoración, máxime si se tiene en cuenta que la recurrente tuvo la oportunidad de controlar dichas declaraciones en la audiencia de debate.

Cabe aclarar que esta Cámara Federal de Casación Penal podrá analizar si el contenido de las declaraciones testimoniales recibidas en el debate ha sido valorado fundadamente de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, en función del resto del material probatorio. Pero en modo alguno podrá verificarse qué impresión ha causado en el ánimo de los jueces que la han presenciado y escuchado, por cuanto se trata de una percepción propia relativa a lo acontecido en el debate oral.

Así pues, cabe señalar que el *a quo* ponderó lo declarado en el debate por las autoridades de la Escuela n° 11 D.E. 10° "Primera Ministro Indira Gandhi" -al cual acudían las menores víctimas-. Tanto Evelina Rosanna Zeballos -Directora- como Jorgelina Mendoza -Vicedirectora- señalaron que en la escuela L. A. decía estar atemorizada de encontrarse embarazada, comentario éste que en principio -como lo señaló el *a quo*- sólo puede derivarse de haber sido accedida carnalmente.

Puntualmente, Zeballos manifestó que al entrevistar a L., ésta le dijo que un señor llamado "Maxi" la tocaba a ella y a su hermana, que en ese momento se puso muy mal, y que luego también le manifestó que el señor le había "*hecho otras cosas*", admitiéndole posteriormente que había sido violada. Coincidentemente, Mendoza, declaró que L. A. estaba muy angustiada por un retraso menstrual y que le dijo que un señor le había "*hecho cosas feas*". Que, en el Hospital Pirovano y ante las preguntas del médico pediatra de guardia, L. A. le admitió que efectivamente había sido penetrada -aunque la menor no dijo ni quién fue ni en qué oportunidad-.

En ese mismo sentido, el *a quo* ponderó lo declarado en el debate por el médico pediatra Diego Andrés Lema, quien

atendió a las menores en el Hospital Pirovano y quien señaló que, por intermedio de la vice directora Mendoza, las niñas le respondieron que un sujeto que trabajaba en la casa las había manoseado en varias ocasiones. En particular al preguntarle a L. A. si había sufrido otro tipo de contacto, ella le respondió que había llegado a mantener relaciones sexuales con él, y le contestó afirmativamente la pregunta acerca de si los genitales de esa persona habían tocado los de ella.

Asimismo, el tribunal de origen tuvo en cuenta las coincidentes declaraciones de dos de los profesionales que conformaron el cuerpo interdisciplinario del Hospital Pirovano y que examinaron a las menores (cfr. informe de fs. 116/117 incorporado por lectura al debate), Carlos Alberto Vitale -licenciado en psicología-, Érica Luisa Diez -licenciada en trabajo social-. Los nombrados declararon en el debate en el mismo sentido, es decir, confirmando que, al ser examinadas las menores, ellas expresaron ser abusadas sexualmente por el imputado y coincidieron en que las expresiones de L. A. S. dejaron en claro la realidad del acceso carnal.

La defensa alegó que en el informe interdisciplinario de fs. 116/117, que fue suscripto por los profesionales nombrados e incorporado por lectura al debate, no se consignó que las menores hayan expresado que L. A. S. fue accedida carnalmente por el imputado. En ese sentido, la defensa señaló que el acceso carnal del que dieron cuenta Vitale y Diez en el debate fue simplemente una inferencia, tal como lo declaró en la instrucción la restante profesional que integró dicho cuerpo interdisciplinario, Valeria Cristina Dangavs (cfr. declaración testimonial de fs. 241/vta. incorporada por lectura al debate).

Al respecto, cabe señalar que la defensa no logra rebatir lo expuesto por el a quo en cuanto a que dos de los profesionales que suscribieron el mentado informe (Vitale y Diez) y que concurrieron al debate precisamente "*coincidieron en resaltar expresiones de L. que delataban la realidad del acceso carnal*", lo cual da la pauta de que "*no se trataron de*

simple inferencias sino de manifestaciones que escucharon de boca de la menor las que, además, se correlacionaron adecuadamente tanto con lo que escuchara el pediatra Lema y las docentes, como con la determinación de la pérdida del himen".

En efecto, cabe señalar que Carlos Alberto Vitale declaró en el debate que indagaron sobre lo que las menores entendían por violación y otros abusos (a partir de unas escenas de televisión) y que de esa manera se logró que dejaran en claro que la mayor de las víctimas (L. A.) había sido penetrada. En ese mismo sentido, Érica Luisa Diez se refirió al relato de las dos hermanas y expresó que quedó claro que "*M. había sido manoseada y que a L. le había pasado 'algo diferente'; había sido penetrada por el albañil que hacía arreglos en la casa".*

Adunado a ello, el tribunal de origen tuvo en cuenta lo expuesto por el licenciado Diego A. Mac Gregor, quien efectuó el peritaje de fs. 162/169, respecto del cual el *a quo* puso de resalto que la defensa tuvo oportunidad de controlarlo afirmando que dicha medida había sido ordenada por el juzgado de instrucción a fs. 27 vta. y luego notificada a esa parte a fs. 28 vta. Al mismo tiempo, cabe señalar que el mentado profesional concurió a la audiencia de debate, es decir pudo ser interrogado por la defensa en tal oportunidad.

Particularmente, el tribunal de origen valoró que ante Mac Gregor -según éste declaró-, L. A. S. tras hablar de tocamientos reiterados, relató que al terminar de bañarse, ingresó el imputado, comenzó a decirle mi amor, te quiero, la tiró a la cama y la violó. En dicho examen, la menor se refirió a que M. la sometía a idénticos tocamientos además que se hacía tocar las partes íntimas por ella; y aclaró que jamás tuvo novio y que no le contaba a su madre lo que estaba sucediendo porque le daba vergüenza y no se animaba.

Asimismo, M., al ser entrevistada por Mac Gregor, se *explayó* sobre los manoseos efectuados por el imputado que sufrían ella y su hermana, expresó que el imputado les daba

dinero y que a su hermano E. lo mandaba a comprar golosinas para que quedaran solas. Asimismo, M. precisó que L. le había contado que "Maxi" la violó.

Coincidentemente con lo expuesto, el a quo ponderó que L. A. al regresar del Hospital Pirovano le narró a su madre, J. E. C., -conforme ésta recordó en el juicio- que al salir de bañarse el imputado la tomó fuertemente con los brazos, la acostó en la cama, le levantó la toalla y le introdujo el pene en la vagina, aclarando que "*pilin*" fue la expresión utilizada por la niña para referirse al miembro viril de su agresor.

Los testimonios relevados, que dan cuenta coincidentemente que las niñas se han manifestado y han dejado en claro que L. A. S. fue accedida carnalmente por el imputado, encuentran respaldo en la constancia hospitalaria -suscripta por el doctor Diego Andrés Lema- que da cuenta de la pérdida del himen de L. A. S., en la cual se dejó constancia que resultaba "*compatible con relato de penetración*" (cfr. fs. 114/115). Como lo señaló el a quo dicha comprobación se correlaciona con lo que sostenía la niña en esos momentos al punto que se hizo constar en el informe "*que el agresor sería el albañil que trabajó en casa*".

Al respecto, la defensa ha reeditado los agravios que introdujo en el debate y que fueron adecuadamente contestados por el tribunal de origen. En efecto, comparto lo expuesto por el a quo en cuanto a que en la medida de que se trata de un informe emanado de un hospital público en el que el médico pediatra de guardia recogió lo verificado por la ginecóloga que fuera convocada a solicitud de la niña, no se advierten razones suficientes para desechar su contenido, "*más cuando se consignó que el desgarró era compatible con penetración, es decir se dejó expresada la causa que lo produjo*".

Cabe agregar además, que si bien la defensa señaló que las causas y modos del desgarró del himen pudieron ser múltiples, lo cierto es que las hipótesis planteadas por la

defensa no encuentran un sustento probatorio suficiente para poner en duda lo comprobado por el tribunal. En efecto, tal como lo señaló el *a quo*, las hipótesis planteadas por la defensa sólo se fundaron en un comentario que habría realizado la madre hacia terceros (acerca de que L. A. y un primo estuvieron juntos en un cumpleaños) sin que de dichas declaraciones se pueda inferir que la madre de L. haya querido significar de algún modo que su hija ya se estaba relacionando sexualmente. En efecto, cabe tener presente, tal como lo hiciera el *a quo*, que C. se desmayó al enterarse de que su hija L. *"había perdido el himen"* (cfr. declaración del doctor Lema e informe de fs. 116/117), lo cual evidenciaba un estado de angustia que en cierto modo descartó la pretérita sospecha o presunción esbozada por la defensa en aquel sentido.

Así las cosas, se advierte que los argumentos de la defensa no logran conmover los fundamentos esgrimidos por el *a quo* para tener por acreditada la materialidad de los hechos realizados en perjuicio de las damnificadas M. G. S. y L. A. S.. Tampoco se logra demostrar la alegada afectación al derecho de defensa en juicio ni la existencia de defectos de motivación que dé sustento a su pretensión de invalidar la sentencia recurrida en orden a la condena dictada contra el encausado Figueredo Caballero respecto de dichos sucesos.

Los elementos de juicio introducidos al debate, valorados de manera global y conjunta y de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, permiten arribar a un estado de certeza respecto de la efectiva responsabilidad del nombrado por los hechos que le fueran endilgados, por lo que corresponde el rechazo del recurso en lo que aquí se trata.

En ese sentido, comparto lo expuesto por el tribunal de origen en cuanto a que *"el Sr. Defensor (...) procedió a atomizar la prueba al desconectar entre sí los elementos de juicio que se presentaban desfavorables a la posición de su asistido para cuestionarlos por separado, con lo cual les restó significancia cargosa. No es esa la forma que el tribunal debe*

interpretar y evaluar la prueba, por cuanto es el conjunto de elementos, y no su individualidad, lo que proporciona la posibilidad de una visión completa de la realidad y permite formar la convicción de lo sucedido".

En el caso deviene plenamente aplicable lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto sostuvo que *"...la prueba de los delitos contra la honestidad, como en el presente caso, resulta de difícil recolección, no sólo por los desarreglos psicológicos que provocan en la víctima después de ocurrido el evento, sino también por el transcurso del tiempo hasta que llega la noticia criminis al tribunal",* ha explicado que ello *"...no significa que resulte de imposible investigación, ni que pueda fragmentarse la prueba [...] quitándole sustento a lo que en conjunto lo tiene. Todo lo contrario, habrá que valorar las pruebas teniendo en cuenta cada uno de los aspectos relevantes de la instrucción para arribar a un fallo definitivo que sea comprensivo y abarcador de los elementos de juicio recolectados"* (Fallos: 320:1551).

III. Con relación al agravio referido a la calificación legal escogida, cabe señalar que el tribunal de origen calificó la conducta de Máximo Figueredo Caballero como autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple, cometido en forma reiterada en al menos dos oportunidades en lo que respecta a M. G. S., en concurso real con el delito de abuso sexual simple cometido en forma reiterada, al menos dos hechos, en concurso material con el delito de abuso sexual agravado por mediar acceso carnal, estos últimos en perjuicio de L. A. S..

En el *sub lite*, corresponde señalar que la defensa no logra demostrar que su asistido deba responder por sólo dos hechos. Quedó comprobado que la conducta de Figueredo Caballero ha sido múltiple y desarrollada por un largo período, considerándose de esa manera que los abusos sexuales simples (manoseos sobre cuello, pechos y piernas de las damnificadas) han sido plurales respecto de cada una de las víctimas. Así

pues, el a quo acertadamente consideró que los hechos descriptos -los abusos sexuales simples- han sido cometidos en al menos dos oportunidades sucesivas respecto de cada víctima (es decir cuatro hechos) por ser tal la expresión mínima de un comportamiento plural, a lo cual se debe adunar el abuso sexual agravado por haber mediado acceso carnal respecto de L. A. S..

Con relación a los abusos sexuales simples cometidos en perjuicio de M. G. S. y L. A. S., la defensa se ha limitado a señalar que las conductas de Figueredo Caballero no satisfacen las exigencias típicas de la figura básica prevista en el art. 119 del Código Penal. En ese sentido, la defensa argumentó que los manoseos han sido sobre *"la zona pectoral, o las piernas, pero sin tocamientos en los genitales o por debajo de la ropa"*.

Al respecto, no asiste razón a la defensa. Cabe señalar que se ha sostenido que *"los actos sexuales pueden ser aproximaciones o contactos del cuerpo del agente con el de la víctima que en sí contengan un significado sexual, como es el tocamiento de las partes pudendas o **los roces que normalmente tienen ese significado** (como es el acercamiento de labios)"* (cfr. CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo "Derecho Penal. Parte Especial", Ed. Astrea, 2007, Buenos Aires, Tomo I, pág. 183 -énfasis añadido-), circunstancia esta última que se ve corroborada en el *sub examine*, habida cuenta de los reiterados tocamientos efectuados por Figueredo Caballero sobre las víctimas (sobre el cuello, pecho y piernas).

Así pues, el a quo acertadamente señaló que, respecto de los hechos que damnificaran a M. G. S., *"aún cuando el imputado no hubiera alcanzado las partes pudendas de la niña, los manoseos reiterados sobre el cuello, pecho y piernas, aprovechando la situación de soledad, y tratando de intensificarlos al pretender en una ocasión llevarla a la cama expusieron claramente una conducta libidinosa capaz de ofender el pudor de la víctima, tal como ésta lo sintió y expresó en distintas entrevistas"*. Asimismo, sostuvo que *"el mismo*

criterio de subsunción (...) cabe aplicar respecto de los hechos que tuvieron por víctima a L. A. S., de doce años de edad, también traducidos en manoseos o tocamientos por parte del imputado, en la misma zona corporal que la anterior y en ocasiones similares".

Por lo expuesto, luce acertada la calificación legal otorgada a los abusos sexuales simples perpetrados por el imputado en perjuicio de las damnificadas que es la prevista por el art. 119, primer párrafo, del CP, que se refiere al "que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, éste fuera menor de trece años (...)", y la defensa no aporta argumentos que permitan apartarse del razonamiento efectuado por el a quo.

IV. Por último, la defensa se agravió con relación a la individualización de la pena impuesta.

En el *sub lite*, el tribunal oral condenó a Máximo Figueredo Caballero a la pena de siete años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de abuso sexual simple - reiterado al menos en dos oportunidades, en perjuicio de la menor M. G. S.- en concurso real con abuso sexual simple - reiterado al menos en dos oportunidades- y abuso sexual agravado por acceso carnal, también en concurso material, estos últimos en perjuicio de la menor L. A. S..

Cabe tener presente que la escala penal para el concurso de delitos imputados a Figueredo Caballero oscila de 6 a 31 años de prisión. Así pues, la pena definitivamente impuesta a Figueredo Caballero (7 años y 6 meses de prisión) se aparta en 1 año y 6 meses del mínimo de la escala penal prevista legalmente, y se encuentra por debajo de la pretensión punitiva esbozada por el Fiscal de la instancia anterior, quien solicitó la pena de 9 años de prisión.

El a quo al graduar la sanción que se le impuso a Figueredo Caballero, con sujeción al art. 40 y 41 del ordenamiento sustantivo, tuvo en cuenta como agravante "la

corta edad de las niñas damnificadas porque ello, amén de ocasionar un mayor daño psicológico, importó que se aprovechara de la mayor situación de vulnerabilidad. En el mismo sentido [tuvo] en cuenta la reiteración de hechos sobre las menores".

Cabe señalar que el daño psicológico provocado en las niñas, a contrario de lo sostenido por la defensa, encuentra sustento suficiente en los informes agregados a la causa que dieron cuenta que las niñas presentaban indicadores de victimización sexual, a la vez que también señalaron que las menores presentaban traumas psíquicos y sintomatología específica compatibles con los hechos denunciados (cfr. peritajes de fs. 142/153 suscripto por el médico psiquiatra doctor Martín Wenceslao Segovia y el peritaje de fs. 162/169 elaborado por el licenciado Diego A. Mac Gregor, los cuales fueron incorporados por lectura al juicio oral y cuyas conclusiones fueron ratificadas por los nombrados en dicha oportunidad).

Por otra parte, la defensa no logra demostrar que en el decisorio recurrido se haya violado el principio *non bis in idem* al ponderarse -como agravantes- la corta edad de las víctimas y la pluralidad de hechos, toda vez que el "*ilícito y culpabilidad son conceptos graduables, y el paso decisivo de la determinación de la pena es definir su gravedad. Para esto es imprescindible recurrir a las circunstancias que fundamentan la punibilidad y establecer su grado (...)* Así, en el caso del robo, si bien no se podría valorar el uso de violencia "en sí", nada impediría considerar el grado de violencia, leve o intensa, que hubiera empleado el autor para el hecho" (ZIFFER, Patricia S. "Lineamientos de la determinación de la pena", Ed. Ad-Hoc, Bs. As. 2005, 1º reimpresión, 2º edición inalterada, pág. 107).

Asimismo, el tribunal de origen evaluó como agravante que Figueredo Caballero defraudó la confianza que se le otorgó al permitirle permanecer a solas en la vivienda con las menores a las que damnificó, mientras desarrollaba sus tareas, como así también se consideró -como agravante- el ofrecimiento de dinero

que efectuaba el imputado a las menores mientras las manoseaba. También, el tribunal oral computó que las niñas integran un hogar muy humilde en el que conviven con una madre analfabeta, lo que ahonda las consecuencias perjudiciales en tanto carecen de medios adecuados y suficientes para encarar con mayor eficiencia tratamientos que evitan o disminuyan las secuelas futuras.

Como atenuantes, el tribunal de origen tuvo en cuenta que Figueredo Caballero se trata de una persona de trabajo, con buen concepto vecinal, según lo que se escuchó en el debate, que integra una familia con 8 hijos, y que en el futuro pueden prestarle apoyo y contención.

A partir de lo expuesto, si bien el *a quo* no aludió al momento de individualizar la pena que el imputado carece de antecedentes penales, lo cierto es que al debate se incorporó por lectura los informes que dan cuenta de dicha circunstancia (cfr. fs. 355/356 y fs. 442 *bis*), a lo que cabe agregar que la pena impuesta a Figueredo Caballero no resulta desproporcional con la magnitud de los injustos y el grado de culpabilidad exhibido por el nombrado.

Así pues, no advierto que el pasaje dedicado a la individualización de la pena de Figueredo Caballero se halle huérfano de fundamentos. Por el contrario, el *a quo* dio acabadas razones para apartarse del mínimo de la escala penal prevista para el delito. Conforme lo expuesto, se aprecia que los argumentos de la recurrente no resultan convincentes, ni demuestran la existencia de vicios "*in iudicando*" en la aplicación de los arts. 40 y 41 del C.P. y la consiguiente graduación de la sanción impuesta a Figueredo Caballero, sino más bien evidencian la discrepancia de esa parte con los criterios adoptados por el juzgador, lo cual no resulta indicativo de arbitrariedad en la mensuración de la pena.

Con relación a los agravios traídos a estudio, es importante recordar que la doctrina de la arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que

medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación (Fallos 295:140, 329:2206 y sus citas; 330:133, entre otros). De allí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido de modo reiterado que dicha doctrina no es invocable en tanto la sentencia contenga fundamentos jurídicos mínimos que impidan su descalificación como acto judicial (Fallos: 290:95; 325:924 y sus citas, entre otros). Dicho déficit de fundamentación no ha sido demostrado por el recurrente en el caso de autos.

V. Por todo lo expuesto, propicio al acuerdo: RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por el Defensor Público Oficial de Máximo Figueredo Caballero, doctor Leonardo C. Fillia, sin costas en la instancia (arts. 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 *in fine*, del C.P.P.N.). TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

Comparto y hago propias, en lo sustancial, las fundamentaciones y conclusiones que fueron extensamente desarrolladas en la ponencia del colega que me precede en orden de votación, lo que en consecuencia me lleva a adherir a la solución propuesta.

En efecto, la sentencia recurrida, en lo relativo a la ponderación de las pruebas, a la acreditación de la ocurrencia de los hechos juzgados y a la participación que en él cupo a Figueredo Caballero, se encuentra correctamente fundada y no presenta fisuras de logicidad en su razonamiento.

Es que las conclusiones a las que se arriba en el fallo constituyen la derivación necesaria y razonada de las constancias de la causa, y la aplicación del derecho vigente al caso concreto, contando con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena, sin que las críticas que formula la defensa logren conmovir lo resuelto como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 398, 404, inc. 2º del C.P.P.N.).

Se advierte que la evidencia producida en el debate, valorada en su conjunto, confirma la veracidad del relato efectuado por las menores en el juicio respecto de las agresiones sufridas, y valorada de conformidad con las reglas de la lógica y la experiencia común, da crédito al reproche penal dirigido contra Figueredo Caballero por los abusos sexuales contra las menores M. G. S. y L. A. S., toda vez que no existe ninguna otra hipótesis que razonablemente pueda derivarse de la evidencia disponible.

Asimismo, y en relación al agravio referido a la calificación legal escogida y a la pretendida falta de fundamentación de la pena impuesta, adhiero en lo sustancial al bien fundamentado voto del juez Borinsky.

El **señor juez Juan Carlos Gemignani** dijo:

Comparto -en lo esencial- los juicios exteriorizados por el colega que abrió el Acuerdo, doctor Mariano Hernán Borinsky; por ende, me sumo a su propuesta que, a su vez, lleva la adhesión del juez Gustavo M. Hornos.

Tal es mi voto.

En mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por el Defensor Público Oficial de Máximo Figueredo Caballero, doctor Leonardo C. Fillia, sin costas en la instancia (arts. 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 *in fine*, del C.P.P.N.).

II. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por intermedio de la Secretaría de Jurisprudencia de esta Cámara (Acordada 15/13, C.S.J.N.) y remítase al tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

JUAN CARLOS GEMIGNANI

MARIANO HERNÁN BORINSKY

GUSTAVO M. HORNOS