

//tencia No.773

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR JOHN PERÉZ BRIGNANI

Montevideo, seis de setiembre de dos mil veintidós

VISTOS:

Para sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"AA - PRESUNTO AUTOR DE UN DELITO DE ABUSO SEXUAL AGRAVADO - CASACIÓN PENAL"**, IUE: **2-52313/2020.**

RESULTANDO:

I) Por Sentencia Definitiva de Primera Instancia No. 76, de fecha 11 de agosto de 2021, la titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Lavalleja de 1er. Turno, Dra. Natalia Lorena Alessandre Larrosa, falló: *"Condénase a AA como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual, a la pena de dos años y seis meses de penitenciaría con descuento de la preventiva cumplida, siendo de su cargo las accesorias legales de rigor (...) Impónese la pérdida de la patria potestad que detente AA, quedando inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas y privadas en el área educativa, de la salud y todas aquellas que impliquen trato directo con niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad y personas mayores en situación de dependencia, por el plazo de la condena. Dispónese la reparación patrimonial para la víctima, por un monto*

equivalente a doce (12) salarios mínimos, que deberá abonar Serrón y la prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima por 180 días y un radio de 300 metros, una vez recupere la libertad (...)" (fs. 97-105 vta.).

II) Por Sentencia Definitiva de Segunda Instancia No. 3/2022, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1er. Turno (Sres. Ministros Dres: Reyes (R), Gatti y Torres) falló: *"Confírmase la recurrida. Salvo en cuanto al guarismo de la pena, que se fija en 3 (tres) años y 6 (seis) meses de penitenciaría (...)" (fs. 158-170).*

III) Contra la sentencia de segunda instancia, la Defensa de particular confianza del imputado interpuso recurso de casación. En lo medular, formuló los siguientes cuestionamientos: a) Existió una errónea valoración de la prueba, pues surgió acreditado en autos que: i) como ya lo adelantó al apelar, la sentencia condenatoria se basó en consideraciones parciales de los peritos, entre otras cosas, se descartó sin objeción que fuera una fantasía de la menor; ii) no se tuvo presente las constantes contradicciones entre la tía y la madre, lo que determina que el relato de ambas sea totalmente dudoso; iii) todas las contradicciones *"hacen tambalear la teoría de la Fiscalía"*; en efecto, no se probó que dos o

tres días antes de la denuncia, la menor haya estado efectivamente en la casa del acusado; la distribución dada del apartamento fue distinta con relación a la cantidad de dormitorios; indujeron en error al psicólogo al señalarle que la menor empezó "a tomar teta nuevamente" y, en cambio, surge que "la niña nunca fue destetada"; iv) no se tuvo presente que el licenciado Romano señaló que se dificultó arribar al testimonio de la menor, pues siempre buscó a su madre y el mayor relato proviene de esta y; v) efectuó especial énfasis en lo declarado por el pediatra Da Silva que examinó a la menor y b) Por último, se agravio por el guarismo de la condena impuesta dado que no se tuvo presente que Serrón es primario absoluto, nunca estuvo detenido, posee nula peligrosidad y la pena impuesta es exagerada.

IV) Por providencia número 123, de fecha 7 de marzo de 2022 (fs. 182), se confirió traslado del recurso a la Fiscalía actuante quien lo evacuó y bregó por su rechazo (fs. 184-200).

V) Por decreto 226, de fecha 21 de abril de 2022 (fs. 212), se elevaron los autos a la Suprema Corte de Justicia con las formalidades de estilo.

VI) La causa fue recibida en esta Corporación el día 27 de abril de 2022 (nota de cargo de fs. 218), y acto seguido, los autos pasaron en

vista al Sr. Fiscal de Corte quien, en su dictamen, concluyó que correspondía desestimar el recurso movilizado (Dictamen No. 000121 de 9 de junio de 2022 que obra a fs. 222/223 vto.).

VII) Por Decreto No. 832, de fecha 14 de junio de 2022 (fs. 225), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia.

VIII) Culminado el estudio por parte de los Sres. Ministros, se acordó emitir el presente pronunciamiento en legal y oportuna forma.

CONSIDERANDO:

I) La Suprema Corte de Justicia por unanimidad de sus integrantes naturales, desestimará el recurso de casación interpuesto por la Defensa en mérito a los fundamentos que a continuación se pasan a exponer.

II) Como punto de partida y a los efectos de conocer los aspectos centrales del caso a decidir, corresponde traer a consideración la plataforma fáctica que se tuvo por acreditada en ambas instancias.

En efecto, de fs. 99 y 163 vto., respectivamente, surge que: *"La niña, BB, de cuatro años de edad, tenía muy buen vínculo con su tía paterna CC y la pareja de ésta, AA, se quedaban mucho tiempo al cuidado de ella, paseaban y la llevaban a la escuela. Entre dos o tres días previos al día 26 de*

abril de 2020 se quedó a dormir en el domicilio del imputado, Sr. AA. En dicho hogar, además, estaba el hijo de AA, DD. En horas de la noche, mientras el resto de la familia dormía, el imputado realizó sobre la víctima tocamientos en zona vaginal".

III) A priori, corresponde destacar que del magro y liviano escrito recursivo se observa que la parte recurrente se limita a señalar que no comparte las conclusiones a las cuales arribó el "Ad Quem". Ahora bien, en forma sumamente sintética efectúa mínimas apreciaciones a los efectos de señalar su pensamiento divergente.

Más aún, compulsado el escrito de casación con el anterior de apelación se observa la gran similitud de los mismos, extremo que determina la total liviandad del planteo, pues olvida que el agravio debe partir de las conclusiones realizadas por el Tribunal y no de las efectuadas por el "A Quo".

Ahora bien, sin perjuicio de ello, corresponde remarcar que de la mera lectura de la sentencia de primera instancia -la cual el "Ad Quem" en gran medida comparte- se observa que cada uno de los fundamentos brindados por el recurrente en el presente escrito fue correctamente desestimado en la instancia.

En otras palabras -y mal

que le pese a la Defensa- las diversas afirmaciones (pues, por el momento, más que un agravio relacionado con el error de la Sala el escrito se convierte en una simple manifestación de disconformidad brindando su mero parecer), ya fueron analizadas y desechadas en la instancia.

IV) Del tenor del recurso interpuesto, puede señalarse que la Defensa plantea dos grandes embates críticos al fallo de segunda instancia. El primero de ellos, concebido como agravio principal, busca cuestionar la valoración de la prueba realizada por el órgano de segunda instancia. El segundo, pretende cuestionar el quantum punitivo impuesto de su defendido.

V) Con respecto al primer agravio, a juicio de la Corporación, razones de índole formal conllevan necesariamente al rechazo del presente recurso. En efecto, la impugnación buscó contender, contra la valoración probatoria practicada por el Tribunal de Apelaciones.

En este ámbito, los Sres. Ministros Dres. Martínez, Morales, Minvielle y el redactor, adhieren a la posición que entiende que la causal de errónea aplicación de las normas de admisibilidad o de valoración de la prueba, se reduce a aquellas hipótesis en las que se violen las tasas legales en supuestos de prueba tasada; o, en el caso de

que corresponda aplicar el sistema de la sana crítica, cuando se incurra en absurdo evidente, por lo grosero e infundado de la valoración realizada (criterio sostenido por mayoría de la Corte en Sentencias Nos. 594/2013, 452/2013, 273/2013, 4.248/2011, 52/2010, 441/2017, 1.094/2019, entre muchas otras).

En tal sentido, se ha dicho por la Corte, en relación a la errónea valoración de la prueba invocada como causal de casación (art. 270 del CGP): *"A pesar de que la referida disposición prevé, incluso, como causal de casación la infracción a las reglas legales de admisibilidad o de valoración de la prueba, el ámbito de la norma queda circunscripto a la llamada prueba legal, o sea aquella en que la propia ley prescribe que verificándose ciertos presupuestos por ella misma indicados, el Juez, aunque opine distinto, debe darle el valor y eficacia previamente fijados en forma legal; o en el caso de apreciación librada a las reglas de la sana crítica, cuando incurre en absurdo evidente, por lo grosero e infundado"*.

"Es jurisprudencia constante de esta Corporación que tanto la revisión de la plataforma fáctica, como la revalorización de la prueba, no constituyen motivo casable, por cuanto el ingreso a ese material convertiría esta etapa casatoria o de revisión meramente jurídica, en una tercera

instancia no querida por el legislador (cf. Sentencias Nos. 6, 124, 158 y 165/91; 24 y 58/93; 35, 47 y 59/94, 14/96 y 716/96, entre otras)".

"A mayor abundamiento: 'El ingreso al material fáctico en instancia casatoria requiere una condición o código de acceso ineludible: es menester que el error en la valoración de la prueba en que haya incurrido la Sala de mérito configure un absurdo evidente, un razonamiento notoriamente ilógico o aberrante, en suma, que la infracción a la regla de derecho contenida en el Artículo 140 CGP, revista una excepcional magnitud, fuera de toda discusión posible (cf. Sentencias Nos. 2/2000, 228/06, entre otras)'".

Este criterio impone, lógica y legalmente, dos condiciones necesarias para el progreso de un agravio fundado en un error en la valoración de la prueba (Cfme. Sentencia de la Corte No. 355/2020):

Como primera condición, quien recurre en casación debe, en primer término, denunciar, alegar, un error o vicio en el razonamiento probatorio de segunda instancia de una entidad tal que amerite su calificación como absurdo o arbitrario en forma evidente. Sin esta alegación de la parte, el agravio resulta improcedente. Va de suyo que la denuncia de un error de valoración de esa magnitud no está

condicionada a ninguna fórmula sacramental, mas sí requiere que se describa un error de la entidad superlativa mencionada. El recurrente, entonces, se ve gravado con una particular carga de alegación. Por otro lado como segunda condición se exige que la alegación del absurdo o arbitrariedad debe ser demostrada. Una vez que se releva por la Corte que se cumplió con la primera condición referida, debe analizarse si, efectivamente, se verifica el error alegado.

En autos, la Defensa no cumplió con la primera condición antedicha lo cual conlleva necesariamente a desestimar el presente recurso.

A poco que se repasen las livianas críticas esgrimidas, no hay denuncia de un absurdo o arbitrariedad en la valoración de la prueba. Simplemente se ofreció una discordancia con una valoración que fue explicitada en forma clara y coherente, de cuya mera lectura se advierte que no presenta falla lógica, ni atisbo de arbitrariedad alguno; de tal suerte que la crítica, fundada en una errónea valoración del material fáctico, no satisface las formalidades legales en la materia, para ser considerada en casación (Cfme: Sentencias de la Corte Nos. 1.627/2018 y 1.104/2019).

Por otra parte, el Sr.

Ministro Dr. Sosa sustenta una posición diversa a la sostenida por la mayoría de esta Corporación. Con el fin de evitar extensos y superabundantes desarrollos, el precitado Ministro se remite a las consideraciones ya reiteradas en innumerables fallos (Ver al respecto: Sentencias Nos. 191/2020, 187/2020 y 281/2020, entre muchas otras).

Trasladando estas cuestiones al caso concreto, expresa el Sr. Ministro Dr. Sosa que en la causa nos encontramos ante un sólida y fundada sentencia por la cual se concluyó -en ambas instancias- que el señor AA debe responder penalmente como autor de un delito de abuso sexual, al someter a la menor BB, de por entonces cuatro años de edad, a actos de naturaleza sexual.

Y bien, valorada la prueba en su conjunto -a diferencia de lo que pretende realizar la defensa- se desprende la existencia de un cúmulo que permite arribar a la plena prueba y dejar de lado la duda razonable.

Como hemos dicho mucho antes que ahora -continúa el Sr. Ministro Dr. Sosa- siguiendo las enseñanzas de Parra Quijano, *"en un proceso no solo se recauda o aporta una prueba, sino que es normal que aparezcan varias, inclusive de la misma especie; en todos esos casos la necesidad de*

estudiar la prueba como un todo salta a la vista, estudio que se debe hacer buscando las concordancias y divergencias, a fin de lograr el propósito indicado" (PARRA QUIJANO, J. "Manual de Derecho Probatorio", 1a. Ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1986, pág. 8). Como expresa Devis Echandía: *"para una correcta apreciación no basta tener en cuenta cada medio aisladamente, ni siquiera darle el sentido y alcance que realmente le corresponda, porque la prueba es el resultado de los múltiples elementos probatorios, reunidos en el proceso, tomados en su conjunto, como una 'masa de pruebas' según la expresión de los juristas ingleses y norteamericanos. Es indispensable analizar las varias pruebas referentes a cada hecho y luego estudiar globalmente los diversos hechos, es decir, 'el tejido probatorio que surge de la investigación' (...) con mucha razón dice Gorphe: 'todo elemento de prueba tiende a producir una creencia o una duda. Por lo tanto, sólo debemos formar una conclusión luego de haberlos considerados todos y de haber pesado el valor de cada uno'"* (DEVIS ECHANDÍA, H., "Teoría General de la prueba judicial", T. I, Ed. Víctor P. De Zavalía, Bs. As. 1972, págs. 305-306).

Y, valorado el cúmulo en su totalidad, se observa que si bien la menor no declaró en Sede Judicial, sí lo hizo en reiteradas oportunidades

manteniendo un relato acorde a su edad. En tal sentido, como bien puntualiza la "A Quo", efectuó el develamiento inicial a su tía, luego a su madre, a la psicóloga Lados y al perito Romano.

Sabido es que para condenar en este tipo de delitos no existe una prueba tasada en el parámetro de exigir necesariamente la declaración de la víctima bajo la modalidad de cámara Gessel. Ya hemos reiterado -prosigue el Sr. Ministro Dr. Sosa- que deberá estarse a las circunstancias del caso, las peculiaridades que se presentan, no puede perderse de vista que nos encontramos ante una menor de cuatro años y que la profesional tratante aconsejó que no sería conveniente revictimizarla. En otras palabras, la declaración o no de la víctima será parte de la estrategia y riesgos que quiera asumir la Fiscalía actuante en el caso concreto, pues es quien tiene la carga de acreditar los hechos en los que basó su acusación y si en definitiva, al faltar la declaración en sede judicial se genera una duda razonable, determinaría la absolución del imputado. Sin embargo, en el presente caso tal extremo no ocurrió, pues, como se dirá, el cúmulo obrante derriba cualquier duda razonable.

Tal como señalamos -continúa el precitado Ministro- en la Sentencia No.

27/2021 de este Colegiado: "Por su parte, y como fundamentos coadyuvantes, en cuanto a la preceptividad de la declaración de la víctima de un delito sexual para condenar, el Sr. Ministro Dr. Tabaré Sosa señala que en puridad no existe norma que establezca que sea pre-ceptiva o excluyente la declaración de la víctima de un delito sexual a los efectos de condenar a un sujeto.

En el punto, cabe señalar que el NCPP al igual que el CPP (1980) consagró el principio de libertad del medio probatorio.

En el anterior régimen dicho principio quedó plasmado en el artículo 173. A modo de ejemplo, consúltese: BERMUDEZ, V. 'los medios de prueba' en: 'Curso sobre el Código del proceso penal. Ley 15032'. Editorial Fundación de Cultura Universitaria, pág. 313); LANDONI, A. 'El Proceso en el nuevo Código del Proceso Penal' en: 'Curso sobre el Código del proceso penal. Ley 15032'. Editorial Fundación de Cultura Universitaria, pág.250; GARDERES, S. y VALENTIN, G. 'Código Del Proceso Penal', Ed. La Ley Uruguay, Montevideo, 2012, pág. 444).

Por su parte, bajo las normas del NCPP el artículo 144 estableció que podrán probarse los hechos y circunstancias de interés para el caso, por cualquier medio de prueba, salvo claro está

que se encuentre expresamente prohibido por la Constitución o la ley.

Tal como sintetiza el profesor emérito de la Universidad de Turín: 'El fin de establecer en el proceso la verdad efectiva y sustancial justifica plenamente el principio de la libertad de elección y de empleo de los diversos medios de prueba. Estos medios no tienen un valor preestablecido, como que se funden conjuntamente en la conciencia del juez y determinan su convencimiento. Tampoco tienen una destinación preestablecida. En principio no se requiere, para la comprobación de determinado hecho, un medio especial de prueba, según las posibilidades y oportunidades del caso concreto' (Cfme. FLORIAN, E. 'De las pruebas penales' T. I, Ed. Temis, 1998, pág. 238).

En tal sentido, en forma reciente, entendió el Dr. Sosa Aguirre: 'sobre el punto que en materia probatoria, al amparo del C.P.P., rige el principio de libertad del medio. En efecto, el artículo 144 establece que 'Podrán probarse los hechos y circunstancias de interés para el caso, por cualquier medio de prueba', con la única salvedad de no encontrarse expresamente prohibido por la ley o la Constitución. En palabras de Klett: 'Se trata de una de las múltiples aplicaciones del principio, libertad o

derecho a la prueba. La norma establece la facultad de probar los hechos objeto de prueba con todos los medios de prueba, ya sea con los previstos y regulados por el NCPP o por otras normas que establezcan algún criterio particular' (Cfme. Klett, Selva, 'Reglas generales de la prueba', en Abal Oliú, Alejandro (coordinador), Curso sobre el nuevo Código del Proceso Penal, Volumen 1, FCU, Montevideo, 2018, págs. 526/527)' (Cfme. Sentencia SCJ: 191/2020).

CAFFERATA NORES, sobre la libertad probatoria con relación a los medios de prueba sostenía: '1) no se exige la utilización de un medio determinado para probar un objeto específico, y si bien se debe recurrir al que ofrezca mayores garantías de eficacia, el no hacerlo carece de sanción alguna y no impide el descubrimiento de la verdad por otros medios (todos son admisibles al efecto). 2) Que es posible hacer prueba no sólo con los medios expresamente regulados en la ley, sino con cualquier otro no reglamentado, siempre que sea adecuado para descubrir la verdad' (Cfme. CAFFERATA NORES, J. 'La Prueba en el Proceso Penal', Ed. Depalma, Bs. As. 1986, pág. 26).

Bajo tales parámetros no puede concluirse -como pretende la Defensa- que si la víctima de un delito sexual no prestó su declaración en la forma prevista por el artículo 164 del NCPP no

exista prueba que acredite el ilícito. Pues, como se mencionó, los hechos que cimientan la acusación podrán probarse en juicio a través de cualquier medio probatorio.

En otras palabras, si bien el artículo 213 literal d) previó como hipótesis de prueba anticipada los casos en que corresponda la declaración en juicio de víctimas de delitos sexuales menores de edad, personas con discapacidad física, mental o sensorial, la cual deberá realizarse conforme el procedimiento previsto en el artículo 164 del NCPP (mediante funcionario especializado, sin la presencia de las partes y con la utilización de Cámara Gesell), en ningún momento se señaló que era preceptiva la declaración de la víctima bajo dicha modalidad para poder acreditar el ilícito que se tipifica.

Por el contrario, las mencionadas normas se limitan a regular cómo debe declarar la víctima cuando cualquiera de las partes en juicio solicita su declaración como medio de prueba.

Las conclusiones que pretende deducir la Defensa no surgen de la normativa vigente. Serán riesgos que asuma la Fiscalía al optar por uno u otro medio a la hora de probar los hechos que sustentan el reclamo.

Harina de otro costal será

analizar, tal como se hará en el próximo agravio, si con la prueba obrante en la causa (careciendo de las declaraciones de las víctimas), se probó la teoría del caso sustentada por Fiscalía y, en consecuencia, determinar si se derribó o no el umbral de inocencia".

Ahora bien, volviendo al relato, la menor precisó que cuando su tía dormía, el imputado la tocaba y señalaba su vagina, "no podía decir nada porque los pajaritos contaban". En igual senda, declaró la madre con relación al develamiento señalado.

Ya ha dicho esta Corporación con relación a la cuestión que: "En nuestro país, destacan las Prof. Viola, Di Lorenzo y García Maggi, desde la cátedra de Psiquiatría Pediátrica de la Facultad de Medicina de la UDELAR: 'Cuando un niño denuncia libre y espontáneamente un ASI, éste realmente aconteció en un porcentaje que oscila entre el 92 y el 98% de los casos de acuerdo a diferentes estudios (...). Es necesario ser absolutamente precisos que nos estamos refiriendo a aquellas situaciones en las que la revelación de la situación abusiva se da en forma libre y espontánea por el niño, sin que medien preguntas de adultos. De acuerdo al estudio de Ceci & Bruck, 1995 y de Poole & Lindsay, 1997, cuando se incluyen preguntas sugestivas, las falsas alegaciones se elevan desde 23 a

35%. Cuando es el adulto el que interroga en forma inductiva frente a un comentario o conducta del niño, por ejemplo ante la masturbación del niño que es interpretado por el progenitor como una conducta erotizada debida a un abuso sexual y comienza a interrogar 'quién te enseñó eso, alguien te tocó', la información obtenida en tales circunstancias no constituye un relato libre y espontáneo' (Cfme. VIOLA, L., DI LORENZO, M. y GARCÍA, I., 'Algunas consideraciones sobre el Abuso Sexual Infantil', en Revista de APPIA, Montevideo, Diciembre 2008, No. 17, pág. 109).

En similar sentido se pronuncia el Prof. Dr. Rodríguez Almada, desde la cátedra de Medicina Legal y Ciencias Forenses de aquella Facultad, cuando expresa: 'Si bien la alegación constituye un elemento anamnésico, y por ello imposible de objetivar, debería valorarse como un elemento de muy alta especificidad, en tanto resulte de un relato espontáneo. Esta alegación puede no ser realmente espontánea y, por ello, perder su carácter de elemento diagnóstico de alta especificidad' (Cfme. RODRÍGUEZ ALMADA, H. 'Evaluación médico-legal del abuso sexual infantil. Revisión y actualización', en Cuadernos de Medicina Forense, 2010, 16 (1-2), pág. 104)" (Cfme. Sentencia No. 83/2021).

Ahora bien, si bien asiste razón a la Defensa en señalar que el médico que constató las lesiones en el introito vaginal y que las mismas podían -o no- ser compatibles con lo relatado por la niña, dicha prueba no puede ser analizada en forma aislada, estanca, perdiendo de vista el cúmulo y los demás hechos. En efecto, además del relato de la menor efectuado a su madre y a su tía y de lo constatado por el galeno, se cuenta en la causa con la declaración de la psicóloga Lados -a la cual la Defensa prácticamente pretende ignorar en su escrito recursivo- en la que se señala que recibió el relato de la menor, que el mismo es coherente, integrado, no presenta fantasías y no confunde la realidad. Además, expresó que: *"Milena padeció terrores nocturnos, hipervigilancia, enuresis secundaria, dejó de controlar los esfínteres, cambios repentinos de humor, rabietas, rompe cosas y pega, también sufrió ansiedad por separación, no se podía despegar de su mamá; no había sido destetada como un elemento regresivo, percepción de 'peligro inminente' asociado con la figura del tío"*.

A diferencia de la interpretación fragmentaria que pretende realizar la Defensa con relación a lo señalado por el Lic. en Psicología Romano, el perito señaló que si bien el aporte verbal fue escueto -obviamente por referirse a una menor de

cuatro años- no impresiona como inducido, no miró a la madre cuando habló, *"no impresiona fabulado"*, pues resulta espontáneo y congruente.

En definitiva, estima el Sr. Ministro Dr. Sosa que en obrados la menor, en las diversas oportunidades, mantuvo su relato incambiado, no se observa motivo de encono o enemistad por parte de la madre o la tía de la misma para inducir a esta a mentir. Además, como bien puntualiza la *"A quo"*, *"en relación a indicadores altamente específicos de abuso sexual, del análisis surge: la manifestación de la menor, en sus propias palabras, indicadores parcialmente específicos de abuso sexual: presencia de indicadores físicos (lesión en zona genital), indicadores no específicos de abuso sexual: trastornos de la alimentación (volvió a tomar teta), fenómenos regresivos (enuresis y encopresis), indicadores comportamentales: agresividad, temores de alteración en el ritmo del sueño, hiperactividad, hipervigilancia, rabietas, no querer salir de la casa, no querer ir a la escuela, rompe cosa y pega. El cuadro completo analizado hace fiable la versión dada por la víctima a su tía, luego a su madre, a su psicóloga y al forense"*.

Tal como ha señalado este Colegiado mucho antes que ahora, *"lo relevante (...) es evaluar la confiabilidad del relato del niño, lo que*

dependerá en gran medida de su espontaneidad y de la 'no contaminación'. En la misma línea, al analizar la importancia del relato de la víctima, jurisprudencia extranjera como el Tribunal Supremo Español, señala que la declaración de ésta puede provocar el decaimiento de la presunción de inocencia del imputado siempre que concurren los siguientes requisitos: '1) Ausencia de incredibilidad subjetiva, lo que excluye todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza. 2) Verosimilitud, que se da cuando las corroboraciones periféricas abonan por la realidad del hecho. 3) Persistencia y firmeza del testimonio' (Tribunal Supremo -Sala Segunda de lo Penal- España, en sentencia 264, de fecha 7 de mayo de 2015) (...) Teniendo en cuenta tales apreciaciones, procede relevar que en autos, hay total ausencia de probadas afectaciones propias en las víctimas que obturen la aptitud de éstas para generar certeza" (Cfme. Sentencia No. 83/2021 de este Colegio-do).

Por último, tampoco asiste razón a la Defensa al pretender buscar contradicciones secundarias en los relatos de la tía y de la madre a los efectos de, a partir de tales extremos, pretender concluir que el relato de ambas en su totalidad se encuentra viciado lo que determinaría que -a su juicio- "haga tambalear la teoría de la Fiscalía". Al contrario,

lo ocurrido, lejos se encuentra de ello, pues sabido es que cada testigo declara lo que percibió en un momento determinado y que solo parte de su relato coincidirá con lo declarado por los demás. Más aún, pretender que los testimonios sean calcos uno de otros implicaría que exista una confabulación contra el imputado.

Sobre el punto, como argumento particular, el Sr. Ministro Dr. Sosa ha indicado: *"Si bien se reconoce, tal como lo menciona el Tribunal, que existieron determinados aspectos en los cuales los testigos no fueron coincidentes en sus detalles, tal aspecto no evidencia debilidad. En palabras de Döhring: 'las divergencias menores en cuanto a detalles pueden incluso fortalecer la confianza en un testimonio. No pocas veces son una señal de que el testigo ha observado y elaborado sus percepciones por sus propios medios y fuerzas y que es poco probable que haya concertado las respuestas con otros sujetos informantes (...) habiendo ciertas incongruencias, en cambio, el juzgador no tiene que temer esa concordancia engañosa, que es a veces difícil de advertir y conduce no pocas veces a una determinación errónea de los hechos' (cf.: Döhring, E. 'La prueba. Su práctica y apreciación', Ed. E.J.E.A., Bs. As., 1986, pág. 160). Tal como nos enseña Gorphe: 'En presencia de declaraciones contrarias, hay que preguntarse en primer término si existe*

verdaderamente contradicción o si las divergencias pueden reducirse a simples diferencias de punto de vista o de perspectiva. Resulta normal que varios testigos no vean desarrollarse exactamente de igual manera el mismo acontecimiento, por poco complejo y sucesivo que tal suceso sea: cada cual observa y retiene una circunstancia, tal fase, aquel aspecto, con preferencia a otro; y las divergencias de detalle no impiden admitir los testimonios sobre lo esencial en que concuerden (...) la imperfección de esta prueba deja siempre un residuo de infidelidad o de inexactitud, variable de un testimonio a otro y que rompe la buscada armonía' (cf.: Gorphe, F., 'De la apreciación de las pruebas', E.J.E.A., Buenos Aires, 1955, págs. 400-401)" (Cfme. Sentencia No. 62/2021 de esta Corporación. En igual sentido, véase Sentencias Nos. 83/2021 y 137/2021 entre otras).

Como bien puntualiza, la "A Quo", "la Sede no visualiza una intención de faltar a la verdad, lo que la memoria del testigo retuvo, son esos hechos mencionados por Gómez, que básicamente no difieren con los hechos manifestados por la defensa, BB dormía con DD y los hechos ocurrían cuando CC dormía, la existencia de uno o dos cuartos, no altera el relato volviéndolo incongruente".

Iguales comentarios co-

rresponde realizar con relación a la supuesta divergencia denunciada con relación al período en que ocurrieron los hechos. En efecto, el tema ya fue resuelto en debida forma en la instancia y, estrictamente, el recurrente vuelve a cuestionar -sin brindar mayores fundamentos- dónde se encuentra el error. Como correctamente puntualiza la "A Quo" y el votante, en honor a la brevedad se remite: *"La defensa advierte sobre un supuesto de incongruencia entre la fecha de ocurrencia de los hechos y la fecha en que Milena es bañada. Según la declaración de CC, el sábado cumplió la niña (17/4/2020) y se quedó a dormir del 20/4/2020 (lunes) entre las 4-5 de la tarde al 21/4/2020 (martes) hasta el mediodía y la develación, en el contexto del baño, se produce el 25/04/2020, para CC, a quien BB le cuenta en primera instancia el día 25/4/2020, venía de estar con CC y GG, dos o tres días. En ese mismo sentido declaró FF, luego del cumpleaños de BB, fue a pasar unos días en la casa de CC y GG. Todos coinciden que el 25/04/2020 fue la develación evidentemente los hechos ocurrieron del día lunes o martes de esa semana, del 20/04/2020-21/04/2020 (según la versión de Diamela) o en el correr de los dos o tres días antes del día viernes (en versión de Yenifer y Daiana) o sea entre el día 21 al 25 de abril de 2020. No hay una diferencia sustancial y no afecta de incongruencia a los hechos*

denunciados".

A mayor análisis, véase que lo denunciado por la Defensa es simplemente una apreciación en base a lo que cada testigo recordó, lejos -muy lejos- de una supuesta hipótesis de incongruencia (sobre la cuestión y alcances del principio bajo las normas del CPP consúltese Sentencia No. 28/2021 de este Colegiado).

Por último, también corresponde remarcar que yerra la Defensa al señalar que su cliente no posee un perfil de abusador, pues como hemos señalado en reiteradas oportunidades, parte de una premisa equivocada -tal como sostienen los expertos en la materia- dado que no existe un perfil definido de abusador sexual.

Sobre la cuestión, como argumento particular en Sentencia de la Suprema Corte de Justicia No. 355/2020, señaló el Sr. Ministro Dr. Sosa: "*(...) la coartada de la defensa basada en que su defendido no tiene el perfil de abusador -recurriendo al psicólogo Álvarez- se desmorona desde el momento que, como bien señalan los peritos del ITF -Licenciado Etchegaray y Psiquiatra Calvo- no existe una personalidad que no pueda caer en abuso, tampoco existe un perfil definido de abusador sexual. Como correctamente hace hincapié el Señor Fiscal de Corte*

citando a Baita y Moreno: 'muchas evaluaciones forenses son solicitadas para conocer si el acusado presenta un perfil compatible con la conducta por la que se lo acusa. Y la gran mayoría de esas evaluaciones concluyen diciendo que no, porque no hay tal perfil compatible. El problema se da cuando los informes concluyen con un no pero no avisan que esta conclusión por sí sola es insuficiente para determinar si la persona acusada abusó de un niño. La realidad es que la determinación de la validez del abuso sexual recae en las evidencias que recojan del niño, de su relato y de las evidencias médicas, si las hay'".

Tal como puntualiza el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Tercer Turno: "que el imputado no posea un perfil de abusador, no lo deslinda de la comisión de los actos abyectos cuando sabido es que no existe un definido perfil de 'ofensor sexual' porque no se puede identificar al agresor a partir de parámetros generales. Por ejemplo, los abusadores situacionales o regresivos no tienen orientación sexual hacia los niños sino que responden a situaciones de ansiedad. Generalmente son personas con dificultades para afrontar conflictos y con una autoestima baja. Comenten el abuso como 'una forma de descargar la tensión con una situación de poder'. 'El objetivo es el dominio, el control o el poder, no les

mueve el motivo sexual' (Cf. Carmen CAMPOS en 'No existe un perfil para el agresor sexual infantil. Puede ser cualquiera' (disponible en <https://www.rtve.es/noticias/20110425/no-hay-perfil-del-agresor-sexual-infantil-puede-ser-cualquiera/424377.shtml>). No hay entonces un perfil del abusador de niños por lo que no existe un examen psicológico que pueda fundamentar una culpabilidad. La validación de un supuesto abuso sexual depende de la estimación, por profesionales especializados, del relato de la supuesta víctima; de su examen físico, cuando hay signos compatibles con el abuso, y de la investigación jurídica que corrobore los detalles aportados por la supuesta víctima" (Cfme. Sentencia No. 85/2021).

VI) En segundo término, se irá a desestimar el agravio que guarda relación con el guarismo punitivo. En el punto, la parte recurrente señala que la pena resulta excesiva, pues su cliente es primario, nunca estuvo detenido y posee nula peligrosidad.

La Corte desestimaré el planteo.

En relación a la determinación de la cuantía de la pena, la Corporación tiene jurisprudencia de larga data en torno a la discre-

cionalidad que posee el órgano de mérito a los efectos de tal determinación. Así, se ha expresado reiteradamente que los agravios relativos a la cuantificación de la pena solo resultan atendibles en hipótesis donde la sanción aplicada se encuentra por fuera de los parámetros establecidos para el delito en cuestión (Cfme. Sentencias Nos. 53/1990, 54/1992, 86/1992, 254/2015, 636/2016 y 224/2020, entre otras).

En el presente caso el criterio adoptado por el Tribunal a la hora de individualizar la pena, aparece adecuadamente fundado y su justificación es racional, por lo que no puede hablarse en la especie de un ejercicio irrazonable o absurdo por parte de la Sala de sus potestades discrecionales -en posición de los Sres. Ministros Dres. Martínez, Morales, Minvielle y el redactor- o de que se encuentre vulnerado el artículo 86 del Código Penal -en posición del Sr. Ministro Dr. Sosa-, ya que, la pena impuesta se encuentra dentro de los guarismos recogidos por el tipo penal y el Tribunal recogió en forma correcta las alteratorias de la responsabilidad aplicables al caso.

VII) En suma, por los diversos argumentos vertidos en el cuerpo de la presente sentencia, corresponde desestimar el recurso interpuesto por la Defensa.

VIII) La conducta procesal de las partes no amerita la especial imposición de sanciones.

Por los fundamentos expuestos y conforme lo dispuesto por los artículos 119, 368, 369 y demás normas concordantes del Código del Proceso Penal, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

DESESTÍMASE EL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO.

NOTIFÍQUESE AL SEÑOR FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN.

ATENTO A QUE EL ENCAUSADO SE ENCUENTRA EN LIBERTAD, REMÍTANSE LOS AUTOS AL "AD QUEM" CON CARGO DE SU INMEDIATA DEVOLUCIÓN AL JUZGADO LETRADO DE PRIMERA INSTANCIA A LOS EFECTOS DE LIBRAR ORDEN DE DETENCIÓN RESPECTO DE AA A FIN DE PROCEDER AL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA RECAÍDA, URGIÉNDOSE.

COMÉTESE A LA SRA. JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA QUE, FECHO LO ANTERIOR Y DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 116.3 DEL CPP, PROCEDA A NOTIFICAR A LA FISCALÍA ACTUANTE, AL SR. DEFENSOR EN EL DOMICILIO CONSTITUIDO Y AL CONDENADO.

PUBLÍQUESE Y OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

DR. JOHN PÉREZ BRIGNANI
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. DORIS MORALES
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. GABRIELA FIGUEROA DACASTO
SECRETARIA LETRADA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA