

"SILVA ROSENDO ARMANDO FRANCISCO S- ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE CON ACCESO CARNAL . S/ RECURSO DE QUEJA/REC.EXTRAORDINARIO FEDERAL"

Excmo. Tribunal:

JORGE AMILCAR LUCIANO GARCIA,

Procurador General, a V.E. digo:

I.- Contra la resolución de V.E., (fs. 108/109vta.) que rechazó la Queja por impugnación extraordinaria provincial denegada, (confr. fs. 98/99), incoa Recurso Extraordinario Federal el condenado Silva *in pauperis*, (fs. 111), el que es motivado por el Sr. Defensor General, (fs. 113/118).-

II.- La inadmisibilidad de la vía es manifiesta, no solo por las tradicionales razones que desde antaño venimos señalando en casos análogos, sino porque la materia del agravio ha sido hartamente tratada tanto en el fallo de Instancia, en la Alzada Casatoria, y por V.E., siempre con idéntico rechazo.-

En suma, el análisis y refutación de V.E. oblitera la vía Federal ante la inexistencia de gravamen a Derecho Fundamental alguno, como expresión de soberanía local en la ius decisión legítima, arts. 521 y conctes. CPP, luego de la cual solo queda la Queja ante la Corte Suprema, -siempre claro está que como en este caso se trate de la reedición de los mismos agravios-, (confr. V.E. desde **"CARDENAL DOS SANTOS, Miguel - HOMICIDIO SIMPLE s/IMPUGNACION EXTRAORDINARIA"**, del 25/2/2015; idem, recientemente

"REIMONDI, Walter Marcelo - Abuso sexual simple y abuso sexual gravemente ultrajante S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA", 11/11/20; **"ZARAGOZA, Sergio Alberto - Abuso Sexual con Acceso Carnal S/IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA"**, 6/11/20, análogos al *sub examine* entre muchos).-

III.- El Sr. Defensor General al motivar esta instancia intenta subsanar el déficit conceptual del planteo defensivo contra el testimonio de la menor víctima, -en Cámara Gesell, y lo reduce a su impropiedad de valoración probatoria al haber Sofía Silva ya mayor comparecido a la audiencia de Juicio, donde lo ratificó.-

Ello, como se demuestra en el exhaustivo fallo de instancia, como en su igualmente completa revisión Casatoria mantiene el mismo déficit argumental que es enfáticamente desechado por V.E., es decir no afecta un ápice al "*due process*" ni al Derecho de Defensa, (confr. por todos, Maier, J.B., "Derecho Procesal Penal", T. II, 2003, del puerto, pag. 265 y sig.; idem. Roxin/Schünemann, Derecho Procesal Penal, 29a.ed. didot, 281 y sig., idem 340 y sig).-

Antes de explayarnos sobre lo que entendemos un grueso yerro epistemológico en filosofía de la argumentación, recalcamos que el recorte recursivo que formula ahora la Defensa, -una especie de agravio formal a la admisibilidad de valoración de la Gesell-, deja incólume todo lo atinente a la premisa fáctica investigada, -es decir sobre la ocurrencia efectiva de los abusos sexuales agravados por el deber positivo institucional de padre-, (confr. fs. 86vta/92 del fallo

Casatorio), como así también lo atinente a la "*adequatio legis ad factum*" y la individualización de la pena.-

IV.- Sostenemos desde hace años, -en criterio compartido con V.E.-, que la modalidad especial de recibir testimonios a niños víctimas que se establecen como "mandatos de optimización" -al decir de Alexy- en las Convenciones Internacionales, no están puestas en favor del imputado, sino por el contrario pretenden tutelar la múltiple victimización de los niños protegiéndolos de interrogatorios reiterados que renueven detalles escabrosos de estos sucesos, por el riesgo de aumentar el padecimiento psicológico.-

El "*Gesell dome*" (domo de Gesell), popularizado desde su empleo por el psicólogo y pediatra Arnold Lucius Gesell en sus investigaciones en la "Clínica de Desarrollo Infantil" en Yale, (el famoso "*Child Study Center*") y perfeccionado a través de mas de treinta años desde 1911 para obtener datos cuantitativos y naturalísticos observacionales en niños, dentro de una cámara parecida a un iglú, ha sido recomendado por la UN como forma protectoria de obtener testimonio de niños especialmente en casos de abusos sexuales, al recrear atmósferas no intrusivas, ni revictimizantes.-

Ello de ningún modo puede ser entendido como una nueva prueba "tasada", sino como una de las experticias para vadear las dificultades de obtención de la verdad de lo investigado, pero que puede ser reemplazables por otro tipo de pericial cuando ello sea indicado por la ciencia psicológica especializada, (confr. las "*Directrices sobre la Justicia en Asuntos Concernientes a los Niños, Niñas y Adolescentes*

Víctimas y Testigos de Delitos" aprobada por resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social de la O.N.U.-, base de nuestro Protocolo; en igual sentido el *Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación n. R (97) 13.*, del 10/9/1997, citada por el Procurador Casal en su erudito dictamen en el caso "**Gallo López**", de la CSJN, del 6/6/11; idem el Alto Tribunal en "**Fariña Acosta**", del 11/10/16 y "**Rodríguez, Marcelo**", del 19/9/17, con el comentario, en "*Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*", t. 22 y 24, ed. hammurabi).-

Hay en muchos planteos defensivos como los aquí vertidos en la instancia y en el "doble conforme" Casatorio una confusión conceptual, -explicables en la postura defensiva a ultranza pero en modo alguno justificables-, cual es entender, -peor aún pretender-, que esta tutela efectiva a la víctima, -mujer y niña- consagrada por múltiples Convenciones de DDHH , nuestras Constituciones y legislación penal y procesal derivadas, se decide cercenando derechos de defensa del imputado como ciudadano.-

Mostrando este yerro conceptual "*ad absurdum*", esto sería como afirmar que la imposición de una forma protectoria a la niñez abusada de declaración protegida con el auxilio de un experto, y que sea éste/a quien afronte el conainterrogatorio, -tanto en la Gesell como en Debate-, configura una devaluación de la defensa, una especie de apremios ilegales de voltaje menor y por ello tolerables, al modo de aquel film maravilloso "*Y...como Icaro*" de Henri Vermeuil, (1979), con un icónico Yves Montand donde se reproduce el famoso "experimento Milgram" que no sorprende al Fiscal,

(Montand), sino hasta un voltaje mayor.-

En modo alguno esto es así: Es deber del Estado Republicano investigar los delitos del modo mas eficaz posible; y su legitimidad y superioridad ética por sobre la conducta quebrantadora de la lealtad comunicativa es que lo haga respetando al ciudadano acusado como persona. Éste, así como tiene el deber de tolerar la investigación basada en probabilidad y la condena con la certeza forense, no posee el derecho a la ineficacia del orden jurídico, menos aún a destruir la prueba o a coaccionar a la víctima o a testigos, o como el caso de los abusos a niñas o a mujeres, a la continuidad del sometimiento que garantice, ahora, su impunidad.-

Existe aquí una confusión entre lenguaje objeto y meta lenguaje. La decisión Convencional o Constitucional de protección al género y a la niñez y a su tutela judicial efectiva, -metanorma o metalenguaje-, es una decisión derivada de los consensos éticos básicos, al igual que los postulados de dignidad humana que protegen a toda persona en su status de inocencia. Ninguna de ellas puede faltar en una República sin que ésta deje de serlo.-

No hay aquí colisión ni ponderación alguna , ambos derechos fundàmentales son parte inescindible del discurso moral de la modernidad tardía y de la evolución de los Derechos Humanos.-

Toda posible afectación a estos derechos solo pueden acaecer en el discurso aplicativo, -ámbito de coherencia-, de la argumentación procedimental, sea que no se permita ningún tipo de intervención a la Defensa en el examen

del testimonio especial o en su reproducción en Debate, lo que no es privativo de esta prueba, sino que, -ahora como lenguaje objeto-, forma parte de las vicisitudes de todo procedimiento que culmina en la ius decisión legítima y su revisabilidad.-

Tampoco puede entenderse en modo alguno que esta modalidad de declaración configure una especie de "*prohibición probatoria*" sacramental que acarree la nulidad ante cualquier incumplimiento formal, vgr. en este caso la decisión de la experta Licenciada Beorda, de conformidad con la Defensa y Fiscal, de recibirla pese a que la víctima había cumplido 18 años, por su grave deterioro emocional, (confr. V.E. desde **"SANTA CRUZ, CARLOS DANTE- ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO - RECURSO DE CASACION"**), en remisión al igual **"MAYDANA JOSE G. - ABUSO SEXUAL SIMPLE REIT. AGRAV. POR HABERSE COMETIDO CONTRA UNA MENOR DE 18 AÑOS... Y OTRO - REC. DE CASACION"**, del 4/8/08; idem **"SOSA PIRIZ, Alcides Abel s/ABUSO SEXUAL GRAVEMENTE ULTRAJANTE EN CONC. IDEAL CON CORRUP. DE MENORES AGRAV. EN CONC. REAL POR TRATARSE DE DOS VICTIMAS - s/REC.DE CASACION"**, 29/10/12; idem **"YURKA, Ricardo -Abuso sexual sin acceso carnal gravemente ultrajante` agravado por ser el encargado de la guarda y el aprovechamiento de la situación de convivencia S/ IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA"**, 10/6/19; idem nuestros dictámenes en los precedentes **"Reimondi"** y **"Zaragoza"** cit. supra).-

Lo que acaece en realidad es que el sistema Acusatorio que nos rige desde la reforma Constitucional y

la ley 10317, dió cobertura pragmática y coherencia aplicativa a la no revictimización de niñas víctimas, -como en el caso-, al centralizar su testimonio protegido, y evitar lo que sucedía en el sistema "*Gutemberg*", -como denominamos al llamado mixto con su Instrucción escriturista, donde la víctima de abuso era la real investigada como si hubiese provocado el delito, y que cuando llegaba al Debate Oral había sido escrutada y reexaminada siete u ocho veces, -lo que no acaecía con víctimas de otros delitos-.-

Esta ordalía revictimizante en la praxis completaba el cuadro de impunidad injustificable por Normas como las del art. 72 CP, que en la "Instancia privada" otorgaba la potestad de la "*notitia criminis*" dirimente al responsable de los abusos intrafamiliares!!!!, además de la posibilidad del "Avenimiento". Ello sin dejar de recordar el entendimiento cultural que modificaba el concepto dogmático de Consentimiento trocándolo en "*resistencia seria y constante*", etc.

Es que como hemos dicho en muchas oportunidades, la violencia de género, -que comprende los abusos a niñas-, conlleva la motivación reprochable análoga a la del odio racial o religioso, la que a veces, como en las agravantes contra la vida o la integridad física, se anticipa en el injusto.-

El paidófilo con mayor claridad, pero en general el abusador sexual goza con la situación de poder, es decir entiende a la mujer no como persona igual sino supedita su derecho a la coexistencia en tanto no pretenda ser igual, ser un partner comunicativo con la dignidad de un diálogo leal en la comunicación social.-

Esta evolución cultural que se origina

en las Ciencias Sociales y cristaliza en los consensos éticos constitucionalizados y se impone a concepciones reaccionarias, conservadoras o lisa y llanamente misóginas son cabal ejemplo de lo que el filósofo Robert Brandom, -actualmente en Pittsburgh- analiza de modo inigualable en *"Making it explicit"*, harvard un.press, 1994, (hay traducción castellana, en 2005, ed. Herder. El pragmatismo semántico de Brandom demuestra que *es la práctica social la que se normativiza en base a inferencias a la manera de una contabilidad deóntica, (deontic score keeping).*-

En sentido análogo a la anáfora que contiene implícito lo reemplazado en el uso del lenguaje, el razonamiento, la representación y el compromiso discursivo, -para usar el subtítulo del inmenso tratado-, tornan explícita la dinámica que se halla (implícita) en la pragmática social.-

Este avance incontenible hacia la eliminación del sometimiento de niñas y mujeres de indudable contenido deontológico, -justicia enfática-, en modo alguno puede confundirse con una pretensión, -menos aún legitimación-, de "standars" de suficiencia probatoria que diluyan los Derechos Fundamentales, vgr. como si se propusiese una regla epistémica que diga que en materia de abuso de niños o violencia de género se pueda condenar con la mera o simple probabilidad o sospecha.-

Todo lo contrario, -como ambos fallos y V.E. lo enfatizan, se trata de la iusdecisión legítima en base a aportes de la experticia pericial validados conforme a los cánones epistemológicos a través de la empirie de cientos de millones de casos análogos.-

V.- Precisamente, como explica concienzudamente en su voto el Dr. Dumon y lo reafirma la revisión Casatoria, fue la misma Defensa Oficial la que prestó expresa conformidad al procedimiento de la Cámara Gesell y continuó, -como lo relata la licenciada Beorda pese a advertir en la diligencia que había cumplido 18 años, pues persistía la endeblez emocional post traumática de la adolescente.-

Es decir si bien no es requisito de validez que ésta se realice siempre como "Anticipo jurisdiccional de Prueba", art. 216 bis CPP, toda vez que la misma norma prevé la innecesariedad de la autorización judicial "*...si existe acuerdo de las partes sobre la necesidad y modo de realización de esta prueba...*", (últ. parr. inc. 4) art.cit.), en el caso ésta decisión fue tomada por acuerdo de partes y la Defensa participó incluso con asesoramiento psicológico, (confr. voto del vocal Lafourcade, fs. 85 vta.)-

De consuno también dicha prueba fue admitida en la Remisión a Juicio, al igual que la pericial psicológica posterior, y obvio entonces conserva toda la validez tanto en su exhibición en plenario, como en la explicación y fundamentación por la perito Licenciada Beorda, cuyos párrafos sustanciales han sido desgrabados de modo fidedigno en la sentencia de instancia.-

Es ante el cambio repentino de táctica defensiva del sucesivo Defensor Público, -que de manera francamente inusual contradice lo que su colega del MP había propiciado-, que el Tribunal llama a la víctima que era mayor de edad.-

Pero esta deslealtad procesal, -como ocurre con frecuencia en el accionar malicioso-, resultó infructuosa pues la víctima ratificó enfáticamente los abusos sufridos en quebranto del deber positivo institucional por su padre, y refutó con solvencia el contrainterrogatorio de la Defensa, -como se transcribe desgrabado en el fallo de instancia referido.-

La contundencia de la prueba de cargo ha sido tan demoledora que, -como dijimos supra-, todo lo atinente a la premisa fáctica no ha sido objeto del recurso extraordinario Federal que se incoa, es decir se halla consentido.-

VI.- No se alcanza a comprender entonces, cual sería el vicio, -menos aún el agravio constitucional-, de que aquella testimonial especial amparada Convencionalmente, conformada en su celebración e introducción a Plenario por la Defensa, que se ve reafirmada en su validez y veracidad por la ulterior ratificación por la víctima en el Debate pueda ser desechada, cuando la propia norma procesal en el art. 446 CPP que cita ahora el recurrente prevé en su inciso c), como uno de los supuestos de excepción a la testimonial en debate.-

Claramente entonces, el anticipo jurisdiccional de prueba del art. 216 CPP juega aquí como si la menor hubiese prestado declaración testimonial en dos oportunidades durante el Debate Oral, es decir ambas tienen la misma validez y entidad, amén de que son coincidentes en su contenido.-

VII.- Aún cuando no forma parte del planteo impugnatorio y se halla firme y consentido, no podemos

dejar pasar un yerro conceptual del fallo en la decisión sobre el factum atribuido y su adecuación al injusto merecedor de pena.-

En efecto, tal como luce en el hecho atribuido se le imputaron a Silva innumerables abusos sexuales sobre su hija, que se pueden segmentar en dos períodos: desde los 9 (nueve) años hasta los 12 (doce), reiterados tocamientos en sus partes íntimas; y desde allí hasta los 17 (diecisiete) años reiterados accesos carnales vía vaginal, felaciones y tocamientos, mediando coacción y violencia física. En la imputación surge que no se puede precisar con exactitud la cantidad de oportunidades que ello acaeció, pero que en ocasiones tenían una periodicidad semanal, y el último una semana antes de cumplir 17 años.-

La prueba abrumadora de cargo que el fallo y su revisión han tenido como fundante de la certeza forense confirma la imputación de una pluralidad si bien no precisable con exactitud sí calculable en un número al menos compatible con los meses de tiempo que duró el reiterado ataque a la integridad sexual.-

En la subsunción correcta de Abusos agravados por el rol institucional de Garante, que concurren realmente entre sí pues se trata de ataques a un bien jurídico personalísimo, -Integridad Sexual-, que se renuevan en su decisión autónoma de ilicitud y que no pueden por ello se abarcados por nexo alguno de continuidad, surge francamente infundado y hasta contradictorio con la prueba producida **la artificial disminución a dos oportunidades por segmento** la reiteración, haciendo jugar de manera insólita al in dubio por reo que nada tiene que hacer aquí.-

En efecto, si los dichos de la víctima son tenidos por ciertos es decir **como verdad de los hechos** reconstruidos en el procedimiento penal Constitucional, al verse reafirmados por el contexto indudable de la pericial, los testimonios de la madre, de su amiga , de la pareja etc. , este valor de verdad se mantiene tanto en la existencia de los ilícitos como en su frecuencia y cantidad. En ningún momento de este convergente cuadro probatorio se vislumbra un ápice que en el lapso de los 9 a los 17 años, es decir durante ocho años, la frecuencia hubiese acaecido en dos oportunidades en los tocamientos y en dos mas desde los doce hasta los 17, -en las violaciones agravadas.-

Razonar como lo hace el Juzgador y también el MPF de que esto sería lo mínimo demostrado de modo fehaciente por el concurso real, art. 55 CP, contradice la lógica mas elemental, -la aristotélica-, ya que se trata de una autocontradicción: se concluye en la verdad de la víctima, pero a renglón seguido se la tiene como falsa en la cantidad de hechos.-

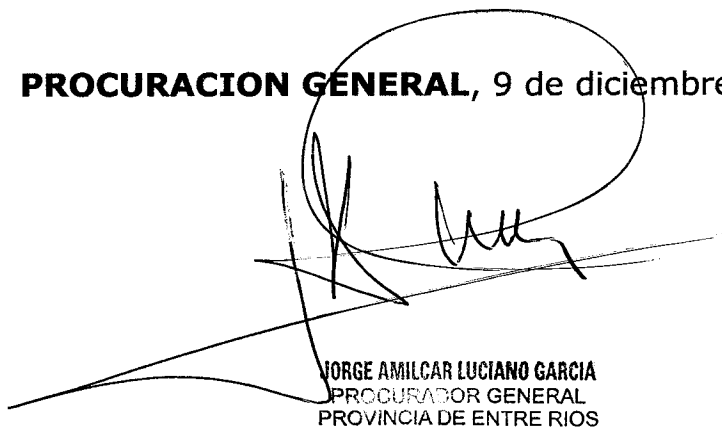
Esto además de ser dogmáticamente insostenible, genera un problema adicional, que es como se llega a la determinación de la pena, en donde nada se dice de la cantidad pero se afirma la magnitud de ilícito y culpabilidad en la extensa duración: "*mas de la mitad de la vida de la víctima*", (confr. fs.56)-

Claro está que la firmeza del fallo en lo atinente al factum y su *adequatio legis ad factum*, mas allá de la ocurrencia del obstáculo del art. 513 CPP dejan a estas observaciones como "*obiter dictum*" que han de generar

Instrucciones Generales de esta Procuración para evitar casos análogos en el futuro.-

VIII.- Por todo lo expuesto, es nuestra opinión que debe V.E. rechazar la apertura de la vía Federal incoada.-

PROCURACION GENERAL, 9 de diciembre de 2020.-



JORGE AMILCAR LUCIANO GARCIA
PROCURADOR GENERAL
PROVINCIA DE ENTRE RIOS