

Fallo N° 2998/08 - 29/04/08

Tribunal: Excmo. Superior Tribunal de Justicia -Secretaría de Recursos-.

Carátula: “Gonzalez, Rubén Héctor -Bonilla, Hugo Oscar -Santander, Sergio Andre (prófugo) s/abuso sexual -art. 119-3° párrafo C.P.”

Firmantes: Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo Gonzalez, Arminda del Carmen Colman, Héctor Tievas-en Disidencia-, Eduardo Manuel Hang-en Disidencia-.

Sumarios:

#### **DISCRIMINACIÓN-MUJER ABORIGEN-PLAN NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN : ALCANCES**

No es ocioso señalar que las mujeres indígenas han sido históricamente oprimidas y excluidas, por una triple condición: la de ser mujer, la de ser pobres y la de ser indígenas, como producto de un proceso histórico-cultural que no sólo puede verificarse empíricamente, sino que ya ha tenido recepción normativa a partir del **Decreto 1086/2005**, cuando aprueba el llamado “*Plan Nacional contra la Discriminación*”, refrendado por el entonces Presidente Kirchner, el Dr. Alberto Fernández y el Dr. Alberto Iribarne, en cuyo anexo se consigna “que es el ámbito judicial un espacio donde aparecen frecuentes hechos de discriminación hacia los miembros de comunidades indígenas y en muchas ocasiones *cuando los indígenas son víctimas de un delito, no se le reciben las denuncias o no se las investiga debidamente... las mujeres indígenas a su vez, son objeto de discriminación, tanto por ser mujeres, como por ser pobres como por ser indígenas*” (véase el anexo al Decreto 1086/2005 en la página web del Boletín Oficial de la Nación).

Ese es el contexto que no debe perderse de vista en esta causa, y que sumado al que expone el voto de la mayoría en el fallo impugnado, asignan un marco teórico relevante para el análisis y decisión del caso. Voto del Dr. Coll.

#### **MUJER ABORIGEN-CHINEO-PRUEBA : ALCANCES**

Si bien se comparten los conceptos antropológicos y de vivencias de los aborígenes de nuestra provincia y las prácticas del “Chineo” por parte de criollos; pero resulta que ello no está probado que resulte aplicable al caso, dado que ello no implica la automática calificación en esta causa, ya que el estado de incertidumbre radica fundamentalmente en las contradicciones de las declaraciones tanto de las partes, como la de los testigos, sin dar suficiente razón del por qué la credibilidad de unas y no de otras a pesar de la existencia de indicios y presunciones tanto de uno como de otros. Disidencia del Dr. Tievas.

#### **PRINCIPIO DE INOCENCIA-IN DUBIO PRO REO-RECURSO DE CASACIÓN: PROCEDENCIA**

El “in dubio pro reo” es una garantía constitucional que ampara el principio de inocencia (art. 4° del C.P.P. y art. 18 de la Constitución Nacional), en donde se exige que los juzgadores alcancen la certeza sobre todos los extremos de la imputación criminal a los efectos de condenar al reo a una pena.

“...El principio del in dubio pro reo opera como un criterio técnico-jurídico dirigido a la valoración del material probatorio; guarda coherencia con la sistemática general del Derecho Penal Liberal y aparece como concreta y primaria derivación del estado de inocencia.... La disposición constituye un directo mandato positivo para el juzgador y se vincula con los requisitos o exigencias de la debida fundamentación de la sentencia, constituyendo en tal aspecto un freno para el subjetivismo o la arbitrariedad” (Jorge E. Vázquez Rossi-Derecho Procesal Penal, Tomo I, pág. 278).

Por todo lo expuesto, existiendo algunas falencias en los argumentos de la mayoría del Tribunal de Sentencia, debo señalar que no queda a quien suscribe, la certeza necesaria sobre los hechos imputados a los condenados y en consecuencia voto por hacer lugar al recurso de casación presentado por la defensa. Disidencia del Dr. Tievas.

### **MUJER ABORIGEN-CHINEO-ART. 72 DEL CÓDIGO PENAL : CONCEPTO; ALCANCES**

Se sabe que el llamado “chineo” es una pauta cultural de nuestro oeste provincial. Se trata de jóvenes criollos que salen a buscar “chinitas” (aborígenes niñas o adolescentes) a las que persiguen y toman sexualmente por la fuerza. Se trata de una pauta cultural tan internalizada que es vista como un juego juvenil y no como una actividad, no ya delictiva, sino denigrante para las víctimas. La dificultad con que generalmente se tropieza en estos delitos es el problema de la denuncia necesario por tratarse de abusos sexuales y de la aplicación de la regla del art. 72 del Código Penal. Una de las dificultades con que también se tropieza en estos delitos, es la de género. En una cultura de raíz machista como la nuestra, muchas veces hay proclividad a creer en alguna provocación de la mujer (forma de vestir, andar sola a horas desusadas, etc.) o en el caso del “chineo” una *minoración* doble tanto por ser mujer como aborígen. Y aquí se produce la paradoja, en la cultura aborígen la mujer es dueña de su cuerpo desde la menarca, cuando va a denunciar el hecho de haber sido violada, se le pide a la menor que vengan los padres, pero éstos no lo hacen porque dan por sentado que la hija es libre sexualmente y es ella la que debe denunciar el hecho. Sin embargo ya hace muchos años la situación fue cambiando y la Cámara del Crimen N° 1 condenó a dos jóvenes de “Ingeniero Juárez” por violación en un caso de “chineo” porque el padre, asesorado por un maestro hizo la denuncia, y mucho antes en la causa “Galván” de la década del ochenta anterior, se condenó por “Estupro” en un caso de relación sexual de jóvenes criollos con adolescentes aborígenes.

Así la circularidad legal que se produce en este ámbito no es achacable al sistema judicial sino al legal, creado por una ley de origen nacional como que integra el Código Penal, siendo esta autoridad la que debe buscar cauces legales que destraben la cuestión, allanando el valladar que no han creado los Jueces. Disidencia del Dr. Hang.

### **MUJER ABORIGEN-CHINEO-PRUEBA-PRINCIPIO DE INOCENCIA : ALCANCES**

No se puede discutir que el “chineo” está arraigado en la costumbre social del oeste formoseño, la cuestión es si puede elevarse a la categoría de regla aplicable a todos los casos parecidos o similares. Me parece que no, y si bien puede contribuir indiciariamente, es necesario contar con otras pruebas decididamente más directas y conectadas con el hecho en su individualidad. Esto parece lo correcto viendo la cuestión desde el plano de las garantías constitucionales del imputado. Ello está como antes dije, más allá de la deficiente actuación policial y de los peritos médicos. Señalo en esta cuestión que el Tribunal de Juicio está habilitado para corregir tanto al perito como al Instructor Policial (ver arts. 243 y 171) cuestión que se ha omitido. Disidencia del Dr. Hang.

### **DEBIDO PROCESO LEGAL-DERECHO DE LAS MINORÍAS : ALCANCES**

Los principios que abonan el debido proceso legal (en su faz de certeza para condenar) se deben privilegiar, aún en este caso por sobre los derechos de las minorías. Mas allá de que éstos se conculquen en un proceso irregular, no puede ponerse en cabeza de los imputados la salvaguarda de tales derechos. Disidencia del Dr. Hang.

### **Fallo en extenso:**

REGISTRADA AL <b>TOMO 2008 FALLO 2998</b> del Libro de Sentencias
---

En la ciudad de Formosa, Capital de la Provincia del mismo nombre a los 29 días del mes de abril del año dos mil ocho, se reúne en la Sala de Audiencias "Dr. Juan José Paso", el Excmo. Superior Tribunal de Justicia, bajo la Presidencia del Señor Ministro, Dr. Eduardo Manuel Hang y con la asistencia de los Señores Ministros, Dres. Ariel Gustavo Coll, Hector Tievas, Arminda del Carmen Colman y Carlos Gerardo González, constituidos en **TRIBUNAL DE CASACION**, para pronunciar **SENTENCIA** en el **Expte. N° 82 F° 62 Año 2007**, registro de la Secretaría de Recursos, caratulado: **"GONZALEZ, RUBEN HECTOR – BONILLA, HUGO OSCAR – SANTANDER, SERGIO ANDRE (PROFUGO) S/ABUSO SEXUAL –ART. 119- 3° párrafo**

C.P", venidos para resolver el **RECURSO DE CASACION**, interpuesto a fs. **302/305 vta.** por la Señora Defensora Oficial de Cámara N° 2, contra la **SENTENCIA N° 4755/07** obrante a fs. **293/300 vta.** dictada por la **Excma. Cámara Segunda en lo Criminal**, que condenó a Ruben Hector González y Hugo Oscar Bonilla a la pena de Seis (6) años de prisión con más inhabilitación absoluta por igual tiempo, al ser considerados autores penalmente responsables del delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal (art. 119 3° párrafo del Código Penal), con costas. **EL ORDEN DE VOTACION** de conformidad a lo dispuesto en el artículo 25° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y sus modificatorias y artículo 126° del Reglamento Interno de la Administración de Justicia, es el siguiente: **1er Término:** Dr. Ariel Gustavo Coll, **2do Término:** Dr. Carlos Gerardo González; **3er Término:** : Dra. Arminda del Carmen Colman; **4to Término** Dr. Hector Tievas y **5to Término:** Dr. Eduardo Manuel Hang; y,

**CONSIDERANDO:**

**El Señor Ministro, Dr. Ariel Gustavo Coll, dijo:**

Que habiéndose realizado ante éste Tribunal la correspondiente audiencia de informes, vengo a emitir mi opinión con relación al Recurso de Casación promovido a fs. 302/305vta. por la Defensora Oficial de Héctor Rubén González y Hugo Oscar Bonilla, en tanto resultaran condenados, mediante el Fallo N° 4755/07 de la Cámara Segunda en lo Criminal, a la pena de Seis (6) años de prisión con más inhabilitación absoluta por igual tiempo, al ser considerados autores penalmente responsables del delito de Abuso Sexual con Acceso Carnal (art. 119 3° párrafo del Código Penal).

Se sustenta el recurso bajo examen, en el artículo 422 inciso 2° del Código Procesal Penal, al entender la Defensa que se ha aplicado erróneamente la ley procesal, por cuanto – expresa – resulta palmario que el fallo recurrido no se encuentra “debida y legalmente motivado”, extremo que a su entender acarrea la nulidad del pronunciamiento, por mandato del art. 371 inciso 3° del C.P.P., procediendo el control de legalidad de los fundamentos del fallo, toda vez que constituye un vicio *in procedendo* que torna viable el recurso.

Luego de realizar un breve relato de los hechos que se han considerado probados, señala que el voto mayoritario de la sentencia, fundamenta su convicción en “calificada doctrina sobre las costumbres aborígenes, incluso extranjeras, más con endeble o careciente valoración jurídica de la prueba concreta del caso”. Alude inclusive el pronunciamiento a las deficiencias o negligencias de la instrucción, y sin embargo, ese déficit no puede ser valorado en perjuicio de los imputados. Refiere a la designación de dos peritos intérpretes en la misma fecha del Debate, pese a la protesta de la Defensa, y contrariamente a lo sostenido en el fallo impugnado, indica la recurrente que no se pudo establecer en modo alguno, que los hechos ocurrieron como lo describe el Tribunal de Juicio.

Señala más adelante que “la valoración de la prueba objetiva introducida legalmente al Juicio y los aportes de la medicina forense, descartan toda posibilidad de abuso sexual, porque de los exámenes médicos surge que la víctima carecía de marcas en el cuerpo que acrediten el hecho denunciado. Desvalora los testimonios rendidos por medio de intérpretes, al señalar que “se tomaron la atribución de contestar como testigos” y de “interpretar” lo que decían los testigos, no aportándose datos relevantes sobre lo acontecido.

Atribuye a la sentencia no seguir las reglas de la “sana crítica racional”, lo que no permite saber si existió certeza en el ánimo del juzgador o una mera sospecha derivada de su arbitrio. Califica de “arbitraria” la valoración de las pruebas reunidas en la causa, cuando a poco que se analicen las diferentes constancias, como el acta de debate y los informes médicos, se advertirá que no existe identidad entre los hechos consignados y el plexo probatorio. Expresa que los dichos de la menor víctima son incongruentes y sin ninguna seriedad, como para afirmar sobre esa base la autoría de sus defendidos en el hecho.

Finalmente expresa que, partiendo de los hechos fijados en la sentencia, se incurrió en una errónea aplicación de la ley sustantiva, al calificar jurídicamente los hechos. Señala que “acudir al contexto cultural de las presuntas víctimas, no resulta en el caso aplicable sin más, por cuanto se ha advertido que contrariando la formación cultural que la sitúa en un contexto social en que las relaciones sexuales son normales desde la menarca, ella en todo

PODER JUDICIAL DE FORMOSA  
DEPARTAMENTO DE INFORMÁTICA JURISPRUDENCIAL  
Fallos Novedosos

momento afirmó que no obstante su edad, nunca había mantenido relaciones sexuales hasta ese día”.

En la audiencia de informes ante éste Tribunal, la Defensora ratifica y amplía los argumentos ya expuestos, haciendo referencia a que la diferencia notable de contextura física entre los acusados y la víctima, deberían haber ocasionado secuelas físicas, que sin embargo, no fueron detectadas posteriormente.

Que a su turno, el Procurador General sostuvo que la sentencia debe ser confirmada, pidiendo el rechazo del recurso planteado. Para así concluir, expresó que algunas contradicciones advertidas entre algunos testimonios, que atribuye a los problemas de comunicación de los aborígenes, no son relevantes, en tanto no constituyen la razón suficiente del fallo. Respecto al primer examen médico, lo califica de deficiente, en tanto notorio resulta que el profesional minimizó el estado de salud de la menor, si no, no puede entenderse porque varios días después de producido el hecho, la menor tenía todavía dificultades para caminar, como lo revela el informe de la Sicóloga Forense. Sostiene que la sentencia se ha construido sobre indicios firmes y concordantes, haciendo mención, porque no puede obviarse, al contexto cultural donde sucedió el hecho.

Que finalmente, la Sra. Asesora de Menores de Cámara, expresó su coincidencia con la opinión del Sr. Procurador General, y agregó que el recurso se pretende sostener a partir de considerar a la sentencia como desprovista de fundamentación lógica, extremo que por cierto la recurrente no ha podido acreditar, más allá de expresar sus diferencias con la conclusión del voto mayoritario. Propicia también un análisis integral del hecho, sin descuidar todas las connotaciones culturales y sociales que el mismo contiene, defendiendo los derechos de la víctima, amparados en cuanto es menor, por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Que así planteadas las posiciones de las partes, entiendo que resulta necesario, en primer lugar, señalar que de las constancias de autos, surge que en el caso existió relación sexual entre víctima y acusados. Éste es un aspecto sobre el cual poco se ha argumentado en el recurso, ni en la contestación del Ministerio Fiscal y el Ministerio Pupilar, pero que surge nítido de las propias declaraciones indagatorias de ambos acusados, que obran a fs. 94 y 96 y que luego, en el Debate, fueron incorporadas por lectura, en tanto ambos se remitieron a la rendida en el Juez de Instrucción, absteniéndose de formular nueva declaración (véase acta de Debate a fs. 284 y 285).

Que tengo entonces por acreditada la relación sexual de ambos, con la por entonces menor víctima, en la noche del 22 de mayo de 2005, en inmediaciones de la Escuela N° 421, sita en la Comunidad Aborigen “Matadero” de Laguna Yema, dato de la realidad que inclusive también tiene por acreditado el voto de la minoría en la sentencia impugnada (fs. 293vta.).

Que la diferencia estriba en que los acusados, sostienen que la relación sexual fue consentida y a cambio de dinero, en tanto la víctima, afirma que fue precedida por un acto de violencia e intimidación.

Esa divergencia es la que nutre a los agravios del recurso planteado, en función de lo resuelto por el voto de la mayoría, que tuvo por acreditado el hecho en los términos del art. 119 3° párrafo del Código Penal, pero resulta atinada la observación que realizara en la Audiencia de Informes ante este Tribunal de Casación, la Sra. Asesora de Menores de Cámara, cuando expresó que el núcleo del recurso, se sustenta en la pretendida violación al art. 371 inciso 3° del Código Procesal Penal, por remisión del art. 422 del mismo cuerpo legal, esto es, que debe determinarse si en el caso que nos ocupa, la sentencia recurrida, adolece de ausencia de fundamentación o si ésta, expuesta en el pronunciamiento, resulta contradictoria.

Que puesto en la tarea de revisar la decisión impugnada, en todo aquello que, como expresara la Corte en “Casal” puede llegar a ser objeto de revisión, paréceme evidente que el voto del Juez Pignocchi – al cual luego se adhiere la Juez Canavesio formando la mayoría para condenar – se sustenta en: a) la contextura física de los acusados, extremo no negado por la Defensa, a quienes describe como dos personas de aproximadamente 1,85 mts de altura y complexión atlética; b) la contextura física de la víctima, una mujer wichi de aproximadamente 1,57 mts de altura y unos 54 kilos de pesos; c) la trascendencia que asigna a la denuncia realizada

PODER JUDICIAL DE FORMOSA  
DEPARTAMENTO DE INFORMÁTICA JURISPRUDENCIAL  
Fallos Novedosos

por el padre de la menor, pese a haber sido anoticiado del hecho, días después de ocurrido, en tanto también pertenece a la etnia wichi y teniendo a la vista las ancestrales formas de relacionamiento de los mismos con los demás miembros de la sociedad; d) la situación de preeminencia en que se encuentran los criollos con relación a la mujer aborigen, citando profusa bibliografía al respecto; e) los dichos de la víctima ratificados luego en la audiencia de Debate; e) el estado de salud deplorable con el que llegó la menor al Hospital de Las Lomitas, luego de ser derivada de Laguna Yema, corroborado por la Sicóloga Forense Patricia Castro; f) el testimonio de Irma Saravia, ratificado y ampliado en el Debate y g) el testimonio de José Saravia, también ratificado y ampliado en el Juicio.

Lejos de realizar el voto de la mayoría una limitada enumeración de elementos de prueba, como sostiene la Defensa, se advierte de su mera lectura, que no sólo los menciona, sino que los analiza motivadamente, al punto que respecto a la testimonial de José Saravia, admite alguna contradicción menor, pero no relevante para la conclusión del caso.

La cuestión entonces es establecer si esa fundamentación resulta suficiente o adolece de algunos de los vicios que menciona el art. 371 inciso 3º del C.P.P. que invoca la recurrente.

De movida debemos descartar la ausencia de motivación, que es una de las hipótesis de la norma, porque la sentencia expone cuales son los argumentos en los que sustenta la conclusión. Se podrá estar o no de acuerdo con ellos, pero no puede hablarse de ausencia de motivación, porque lo que la norma sanciona con nulidad es aquella sentencia ante la cual, tanto las partes como el público ignoran *por que razón se condena o se absuelve, o cual ha sido la razón que indujo a los Jueces a fallar de una manera y no de otra*. (Vázquez Iruzubieta – Castro, Procedimiento Penal Mixto, Tomo III, p. 144, Editorial Plus Ultra). Esta claro entonces que no estamos ante la hipótesis de la ausencia de fundamentación.

Vamos a la segunda causal invocada, cual es la de aquella sentencia que exponiendo su fundamentación, ésta resulta contradictoria.

La Defensa pretende sostener la contradicción, a partir del informe médico realizado en la etapa de instrucción (fs. 03) y luego incorporado al Debate, de la cual no surgiría lesiones en el cuerpo de la víctima compatibles con un abuso sexual.

Analizado el citado informe de fs. 03, el mismo adolece de sobradas imprecisiones que por cierto lo descalifican como pieza procesal. En primer lugar, el describir el estado de los genitales, consigna que no presenta signos de desfloración ni lesiones anales, al menos así surge al resaltar la respuesta NO, por sobre la otra posible. Aclara que la examinada “no presenta lesiones visibles al examen”, pero luego más adelante agrega a la consulta sobre el elemento que habría producido la lesión (a la cual antes había negado) que fue por el miembro “viril”, si bien se ampara allí en “lo que refiere la víctima”. Más sorprendente es el dato posterior, cuando consigna que la menor presentaba desfloración de antigua data, de más de un mes, cuando antes había consignado que NO tenía signos de desfloración.

A este informe que no dudo en calificar de esquizofrénico, debemos agregar luego el testimonio del mismo médico Roberto Carlos Aguirre, cuando a fs. 33 se rectifica alegremente del informe de fs. 03, diciendo que se confundió porque la menor presentaba desfloración de larga data, pese a que al final del testimonio relata que en el informe “dejó asentado todo lo que vio en ese momento”.

Esta deficiente intervención profesional del Médico Aguirre, abona por cierto la versión del denunciante, cuando a fs. 10 indica que en el Hospital de Laguna Yema, el médico mencionado, a su hija “la revisó mal mal nomás”, sentencia concluyente, que en la parquedad habitual de los wichis, conduce a poner en duda si la menor fue efectivamente revisada por el Médico Aguirre.

No teniendo entidad probatoria alguna el informe pericial de fs. 3, (cf. art. 240 in fine del C.P.P.), corresponde tomar en consideración, tal como lo hace la sentencia impugnada, y en tanto **fue prueba no controvertida** por la defensa, el informe de la Sicóloga Forense, cuando, varios días después del hecho, pudo percibir dificultades emocionales en la víctima como consecuencia del mismo, sentimientos de tristeza y accesos de llanto, apreciando además dificultades para caminar y dolores en el cuerpo (fs. 22).

PODER JUDICIAL DE FORMOSA  
DEPARTAMENTO DE INFORMÁTICA JURISPRUDENCIAL  
Fallos Novedosos

El testimonio de la amiga de la víctima, Irma Saravia (fs. 29 luego ratificado y ampliado en Debate) es contundente respecto a las circunstancias en las cuales los acusados se cruzaron con la víctima y con ella, saliendo a correr la testigo, en tanto ya conocía lo que estos muchachos hacían con las chicas aborígenes, dejando a su amiga sola en el lugar; el posterior testimonio de José Saravia, padre de Irma, también contribuye a tener acreditado el hecho, cuando afirmó en el debate haber escuchado los gritos, luego de ser despertado por su hija para que auxiliara a la víctima.

El interrogante que no se consigue responder entonces, si se aceptara la versión del sexo por dinero de los acusados, es porque razón se llevaría a cabo un pedido a la autoridad constituida para investigar y sancionar el hecho, si, como lo afirma la sentencia en otro aspecto no controvertido por la recurrente, las menores aborígenes gozarían de aparente libertad sexual para relacionarse con los varones, sean de su misma etnia o no. Adviértase que el voto del Juez Pignochi, sustenta en calificada bibliografía, la liberalidad en que se desenvuelven las jóvenes aborígenes, luego de producida la menarca, afirmación que por cierto no es impugnada por la Defensa, quien se limita a poner en duda el inicio sexual de la víctima, pero ningún argumento serio aflora en el recurso bajo examen que permita poner en crisis el razonamiento lógico que efectúa el voto de la mayoría.

No creo que resulte necesario ingresar al análisis de cuestiones antropológicas, porque no está en juego en el caso que nos ocupa, una presunta oposición entre costumbres de pueblos originarios con la legislación positiva, la cual, en todo caso, siempre debe resolverse a favor del bloque de legalidad constitucional, como mandan los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando niegan la existencia de derechos constitucionales absolutos (Fallos 257:275; 258:267; 262:205, entre otros) y así surge del propio art. 8.1 del Convenio 169 de la OIT aprobado por Ley 24071, pero si entender que en el caso que nos ocupa, se ha puesto en crisis la protección integral a la víctima que debe brindar el Estado a través del servicio de Justicia.

No es ocioso señalar que las mujeres indígenas han sido históricamente oprimidas y excluidas, por una triple condición: la de ser mujer, la de ser pobres y la de ser indígenas, como producto de un proceso histórico – cultural que no sólo puede verificarse empíricamente, sino que ya ha tenido recepción normativa a partir del **Decreto 1086/2005**, cuando aprueba el llamado “**Plan Nacional contra la Discriminación**”, refrendado por el entonces Presidente Kirchner, el Dr. Alberto Fernández y el Dr. Alberto Iribarne, en cuyo anexo se consigna “que es el ámbito judicial un espacio donde aparecen frecuentes hechos de discriminación hacia los miembros de comunidades indígenas y en muchas ocasiones **cuando los indígenas son víctimas de un delito, no se le reciben las denuncias o no se las investiga debidamente...las mujeres indígenas a su vez, son objeto de discriminación, tanto por ser mujeres, como por ser pobres como por ser indígenas**” (véase el anexo al Decreto 1086/2005 en la página web del Boletín Oficial de la Nación).

Ese es el contexto que no debe perderse de vista en esta causa, y que sumado al que expone el voto de la mayoría en el fallo impugnado, asignan un marco teórico relevante para el análisis y decisión del caso.

Que siendo así, y no aportando la Defensa elementos de convicción que permitan considerar arbitrario o ilógico el pronunciamiento recurrido, en cuanto a la existencia del hecho y la responsabilidad de los acusados, voto por el rechazo del recurso planteado, sin regulación de honorarios por haber actuado la Sra. Defensora Oficial.

**El Señor Ministro, Dr. Carlos Gerardo González, dijo:**

De conformidad a lo dispuesto en el Art. 365 del C.P.P. me adhiero a las consideraciones y conclusiones arribadas por el Señor Ministro preopinante, Dr. Ariel Gustavo Coll.

**La Señora Ministro, Dra. Arminda del Carmen Colman, dijo:**

Conforme lo dispuesto en el Art. 365 del C.P.P. me adhiero a las consideraciones y conclusiones arribadas por el Señor Ministro preopinante, Dr. Ariel Gustavo Coll.

**El Señor Ministro, Dr. Hector Tievas, dijo:**

Que habiéndose realizado la audiencia de informes por ante este Superior Tribunal de Justicia, vengo a emitir mi opinión con relación al recurso de casación promovido por la Defensa Oficial, manifestando mi disidencia con la mayoría arribada por los señores Ministros que me anteceden, por cuanto no comparto los razonamientos y conclusiones por ellos arribadas, sino que por el contrario, de la evaluación de las pruebas, surge la duda evidente ante las contradicciones no aclaradas, dado que los indicios y presunciones no arriban a mi criterio a la culpabilidad imputada a los encartados, sino en dudas serias y razonables.

Obvio resulta que ante la ausencia de pruebas directas, el fallo cuestionado adolece de debilidad en la convicción, ya que aparecen numerosas circunstancias relevantes que también como indicios deben ser tenidas en cuenta en favor de los procesados.

Que si bien se comparten los conceptos antropológicos y de vivencias de los aborígenes de nuestra provincia y las prácticas del “Chineo” por parte de criollos; pero resulta que ello no está probado que resulte aplicable al caso, dado que ello no implica la automática calificación en esta causa, ya que el estado de incertidumbre radica fundamentalmente en las contradicciones de las declaraciones tanto de las partes, como las de los testigos, sin dar suficiente razón del porque la credibilidad de unas y no de otras a pesar de la existencia de indicios y presunciones tanto de uno como de otros.

También existen contradicciones entre las pruebas periciales médicas acerca de los vestigios del delito y en cuanto al “estado físico deplorable” que dictamina la perito psicóloga, resulta que no se basa en examen físico alguno, sino en la observación de la dificultad en caminar.

Resultando que José Saravia vivía a una cuadra del lugar del hecho y recibió oportuno y urgente pedido de auxilio por parte de su propia hija, ocurre que no concurrió a tiempo al lugar y que no encontró nada, inexplicable situación de la que se da razón suficiente.

Las negligencias investigativas policiales y médicas no pueden ser interpretadas en contra de los encartados.

El “in dubio pro reo” es una garantía constitucional que ampara el principio de inocencia (art. 4º del C.P.P. y art. 18 de la Constitución Nacional), en donde se exige que los juzgadores alcancen la certeza sobre todos los extremos de la imputación criminal a los efectos de condenar al reo a una pena.

“...el principio del in dubio pro reo opera como un criterio técnico-jurídico dirigido a la valoración del material probatorio; guarda coherencia con la sistemática general del Derecho Penal Liberal y aparece como concreta y primaria derivación del estado de inocencia.... La disposición constituye un directo mandato positivo para el juzgador y se vincula con los requisitos o exigencias de la debida fundamentación de la sentencia, constituyendo en tal aspecto un freno para el subjetivismo o la arbitrariedad” (Jorge E. Vázquez Rossi –Derecho Procesal Penal, Tomo I, pág. 278).

Por todo lo expuesto, existiendo algunas falencias en los argumentos de la mayoría del Tribunal de Sentencia, debo señalar que no queda a quien suscribe, la certeza necesaria sobre los hechos imputados a los condenados y en consecuencia voto por hacer lugar al recurso de casación presentado por la defensa de Héctor Ruben González y de Oscar Bonilla, debiéndose anular el fallo N° 4755/07, mandándose a dictar otro por el Tribunal pertinente.

**El Señor Ministro, Dr. Eduardo Manuel Hang, dijo:**

Adelanto que comparto los argumentos del Juez Tievas.

Se sabe que el llamado “chineo” es una pauta cultural de nuestro oeste provincial. Se trata de jóvenes criollos que salen a buscar “chinitas” (aborígenes niñas o adolescentes) a las que persiguen y toman sexualmente por la fuerza. Se trata de una pauta cultural tan internalizada que es vista como un juego juvenil y no como una actividad, no ya delictiva, sino denigrante para las víctimas. La dificultad con que generalmente se tropieza en estos delitos es el problema de la denuncia necesario por tratarse de abusos sexuales y de la aplicación de la regla del art. 72 del Código Penal. Una de las dificultades con que también se tropieza en estos delitos, es la de género. En cultura de raíz machista como la nuestra, muchas veces hay proclividad a creer en alguna provocación de la mujer (forma de vestir, andar sola a horas desusadas, etc.) o en el caso del “chineo” una *minoración* doble tanto por ser mujer como

PODER JUDICIAL DE FORMOSA  
DEPARTAMENTO DE INFORMÁTICA JURISPRUDENCIAL  
Fallos Novedosos

aborigen. Y aquí se produce la paradoja, en la cultura aborigen la mujer es dueña de su cuerpo desde la menarca, cuando va a denunciar el hecho de haber sido violada, se le pide a la menor que vengan los padres, pero estos no lo hacen porque dan por sentado que la hija es libre sexualmente y es ella la que debe denunciar el hecho. Sin embargo ya hace muchos años la situación fue cambiando y la Cámara del Crimen N° 1 condeno a dos jóvenes de “Ingeniero Juárez” por violación en un caso de “chineo” porque el padre, asesorado por un maestro hizo la denuncia, y mucho antes en la causa “Galvan” de la década del ochenta anterior, se condenó por “Estupro” en un caso de relación sexual de jóvenes criollos con adolescentes aborígenes.

Así la circularidad legal que se produce en este ámbito no es achacable al sistema judicial sino al legal, creado por una ley de origen nacional como que integra el Código Penal, siendo ésta autoridad la que debe buscar cauces legales que destraben la cuestión, allanando el valladar que no han creado los Jueces.

Entiendo sin embargo que las fallas de la investigación, que puedan probablemente provenir de la “capitis diminutio” con que se valora al aborigen (en la burocracia judicial y policial) no crean argumentos de cargo, salvo que se pruebe una decidida connivencia entre los acusados, el médico, la policía y el juzgado de instrucción.

Aquí es donde se corre el peligro cierto de vulnerar el principio de inocencia que exige certeza para condenar a alguien. Certeza que debe surgir plena en el caso particular.

No se puede discutir que el “chineo” está arraigado en la costumbre social del oeste formoseño, la cuestión es si puede elevarse a la categoría de regla aplicable a todos los casos parecidos o similares. Me parece que no, y si bien puede contribuir indiciariamente, es necesario contar con otras pruebas decididamente mas directas y conectadas con el hecho en su individualidad. Esto parece lo correcto viendo la cuestión desde el plano de las garantías constitucionales del imputado. Ello está como antes dije, mas allá de la deficiente actuación policial y de los peritos médicos. Señalo en esta cuestión que el Tribunal de Juicio esta habilitado para corregir tanto al perito como al Instructor Policial (ver arts. 243 y 171) cuestión que se ha omitido.

Hay circunstancias que bien ha señalado en el fallo el Juez de primer voto, como la actuación del padre de la compañera, que de inmediato concurrió al lugar y no halló nada. También debe tenerse en cuenta como indica el Juez de primer voto, que no solo el Dr. Aguirre no vio lesiones, lo propio ocurrió con los médicos Domínguez y Trachta, siendo éste último forense. De manera que la constatación de las lesiones las hizo la sicóloga que la vio desplazarse con dificultad días después.

Los principios que abonan el debido proceso legal (en su faz de certeza para condenar) se deben privilegiar, aún en este caso por sobre los derechos de las minorías. Mas allá de que estos se conculquen en un proceso irregular, no puede ponerse en cabeza de los imputados la salvaguarda de tales derechos.

Parece también fuera de contexto que se considere una publicación de Internet, sobre una presunta violación de una mujer Toba en El Espinillo, ya que no es éste el momento de corregir lo mal hecho, mas allá de que debemos desembarazarnos de la creencia mágica de que lo así publicado es verdad. Hará esto las delicias de Mac Luhan (“el mensaje es el medio”).

Sería si conveniente que se diera intervención al Agente Fiscal ya que pudo haber, de ser cierto, una Violación de Deberes de Funcionario Público.

En definitiva no se puede poner en cabeza de González y Bonilla los defectos del sistema, los que en todo caso deben ser objeto de responsabilidad para los funcionarios actuantes.

Voto por la anulación del fallo ya que la prueba cargosa no tiene entidad para llegar a una certeza de condena tal como lo exige el debido proceso legal.

Que con las opiniones concordantes de los Señores Ministros, Dres. Ariel Gustavo Coll, Carlos Gerardo González y Arminda del Carmen Colman, se forma la mayoría que prescribe el artículo 25 de la ley 521 y sus modificatorias y artículo 126 del Reglamento Interno para la Administración de Justicia, y el voto en disidencia de los señores Ministros Dres. Hector Tievas y Eduardo Manuel Hang, por lo que el,

PODER JUDICIAL DE FORMOSA  
DEPARTAMENTO DE INFORMÁTICA JURISPRUDENCIAL  
Fallos Novedosos

**EXCMO. TRIBUNAL DE CASACION**

**RESUELVE:**

- 1°) Rechazar el Recurso de Casación planteado por la defensa de Rubén Hector González y Hugo Oscar Bonilla, contra el Fallo 4755/07.  
2°) No regular honorarios por haber actuado la Defensora Oficial.  
3°) Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan los autos a origen

***DR. ARIEL GUSTAVO COLL      DR. CARLOS GERARDO GONZÁLEZ***

***DRA. ARMINDA DEL CARMEN COLMAN      DR. HECTOR TIEVAS***  
***-EN DISIDENCIA-***

***DR. EDUARDO MANUEL HANG***  
***-EN DISIDENCIA-***

***ANTE MI***

***DRA. IMELDA I.ZARACHO DE NIEVES***  
***SECRETARIA***  
***SUP.TRIBUNAL DE JUSTICIA***